



CRÍTICA JURÍDICA pertenece a CRÍTICA JURÍDICA A.C., sociedad civil sem fins lucrativos constituída de acordo com la legislaçã maxicana. A partir da 17ª edição. A revista passou a ser publicado em Curitiba-Brasil, representando o órgão científico oficial de publicação de Crítica Jurídica A.C. (México), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades da Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-México), Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (FIDH-Espanha). Este número também teve a colaboração da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UNBA-Argentina) e das Facultades do Centro do Paraná – UCP, Pitanga-Paraná-Brasil.

Todos os artigos são submetidos à arbitragem dos membros do conselho editorial e do conselho internacional de asesores. Pelas opiniões sustentadas nos trabalhos respondem unicamente seus autores, não representando, a publicação dos mesmo, a opinião de CRÍTICA JURÍDICA. O material publicado nesta de trabalhos somente será autorizada por CRÍTICA JURÍDICA em caso de haver autorização expressa dos respectivos 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 Culpi

Coordenação do 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

Director:

Dr. Daniel Cazés

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° 25

2006

CARTA DEL DIRECTOR

Estimados amigos: la entrega número 25 de CRÍTICA JURÍDICA contiene textos que sin duda sorprenderán a nuestros lectores. A finales de 2005, convocamos a la PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA, que se celebró en la UNAM, en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, que cobija a nuestra revista, en México. Publicamos la convocatoria y las entrevistas que hicimos a varios compañeros en preparación de la reunión. Y publicamos también, algunas de las intervenciones de los participantes. Presentamos también un segundo archivo especial, sobre Pluralismo Jurídico, como anuncio de un número completo especialmente dedicado al tema. Nos adelantamos con estos textos, que preferimos publicar aquí, y no próximamente, porque se trata de artículos que nos fueron entregados hace ya tiempo. Como siempre, por lo demás, presentamos nuestra sección de Artículos, Análisis y Notas.

Cuando ustedes estén leyendo este número, ya se conocerán los resultados de un importante suceso latinoamericano: las elecciones presidenciales en México. Pero también en Perú. Aquilataremos entonces las fuerzas de estos pueblos en el concierto de un rápidamente cambiante mapa político latinoamericano. Sabremos entonces si estos países se suman, o no, a esta ligera inclinación hacia la izquierda que se percibe en América Latina. Ligera, porque no nos confunde este medio giro que no alcanza para inclinarnos a pensar en una victoria, después de tantas derrotas. No nos confunde un socialismo a la chilena o a la brasileña. Ni el peronismo de centroizquierda argentino, ni la impotencia del uruguayo. Mientras que miramos, con cierta esperanza, el giro boliviano tanto como el empuje populista de Venezuela. Perú y México. Dos incógnitas, en los cuales el imperialismo ha puesto todas sus artimañas y amenazas. Mientras, la violación masiva de los derechos humanos en México, apoyada firmemente por el candidato de la derecha, nos hace temer lo peor. Y es que la democracia, rehén del capitalismo, en especial de las empresas mediáticas, no parece conducirnos a ninguna parte. “Democracia”, si es que puede ser así llamado un gobierno surgido de las urnas, pero que no considera deberles nada a las mismas. Una democracia coja, sin armas defensivas, que no pone a consideración del pueblo lo que verdaderamente se juega en la política: el futuro, que sólo puede ser promisorio si es rotundamente antiimperialista y anticapitalista.

Nos sigue ocupando, y preocupando, el pensamiento jurídico crítico. Sin embargo, no hemos conseguido convocar a una SEGUNDA CONFERENCIA, y nos sigue costando incorporar a jóvenes juristas al concierto de nuestros autores. Y especialmente en México, donde precisamente nació CRÍTICA JURÍDICA. Y nos sigue preocupando promover la militancia de los abogados por los derechos humanos y el cambio social. Por eso, otra vez, la vigésimoquinta, invitamos a

nuestros lectores a la producción de textos auténticamente críticos de la ideología jurídica dominante en nuestros países.

CRÍTICA JURÍDICA ha cumplido ya más de veinte años. Y por eso, y a pesar de todo, festejamos una vida ya larga, y azarosa. Nos gustaría avizorar desde ahora a los jóvenes que nos reemplazarán. Porque el pensamiento jurídico crítico no morirá, y seguirá molestando a los ideólogos del poder capitalista. Los invitamos.

O.C.
Junio de 2006

PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA

ARQUIVO ESPECIAL

CRÍTICA JURÍDICA ofrece los materiales de la PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA, que fue convocada precisamente por la revista, y que tuvo lugar en la sede del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, en octubre de 1994. Durante la preparación de la conferencia, Crítica Jurídica entrevistó a varios académicos invitados, y ofrecemos aquí las respuestas, así como también entregamos las participaciones de algunos asistentes. Esperamos próximamente anunciar una Segunda Conferencia.

CONVOCATORIA**PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA
JURÍDICA****CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS
UNAM****FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS****UNIBRASIL****REVISTA CRÍTICA JURÍDICA**

Las formas democrático-electorales, duramente ganadas en América Latina, acotadas por los poderes mediáticos, la corrupción de importante número de políticos, la falta de cumplimiento de las promesas electorales, el poder del imperialismo y la banca mundial, han puesto, nuevamente, en el orden del día, el papel de los juristas progresistas y la Crítica Jurídica. En esta etapa de la vida de nuestros pueblos, sin dictaduras, militares o no, en la mira inmediata, los juristas críticos se preguntan si tienen tareas importantes a realizar. Y desean discutirlo con colegas de otros países. Entre otros temas, se destaca la escasa relación existente entre juristas críticos militantes, dedicados a la defensa de los derechos humanos y de los sectores desprotegidos y débiles de la sociedad, y colegas ocupados casi totalmente en tareas académicas. La distancia entre ambos, suele producir ausencia de militantes en la formación universitaria de jóvenes juristas, y escasa investigación y reflexión teórica acerca de esas tareas militantes y las dificultades con que se encuentran los abogados en el ejercicio de su profesión. También se destaca la cuestión de los abogados y la lucha por la democracia, en un contexto de ineficacia de estados y gobiernos elegidos en procesos corrompidos por el poder mediático, la deuda, el imperialismo y las agencias bancarias internacionales, generadores de procesos de aún mayor empobrecimiento de los sectores populares.

La Crítica Jurídica, con distintos nombres en distintos países en Argentina Teoría Crítica del Derecho, en Brasil Direito Alternativo, con escaso desarrollo en otros, apuesta al pensamiento y a la organización de los esfuerzos por la construcción de un mundo mejor, en los cuales cabe la organización internacional de juristas críticos. Esta PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA pretende ser otro jalón en la convicción de que otro mundo sí es posible, y que los juristas tienen un papel para cumplir en su construcción

CONVOCATORIA
PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA

Entre los días 16, 17, 18 y 19 de noviembre de 2004, el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, será el anfitrión de esta PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA. La invitación es para todos los juristas latinoamericanos, y amigos de otros países, que se sientan interpelados por la difícil vida de millones de hermanos y hermanas del continente.

ENTREVISTA CON ANTONIO AZUELA ¹

Querido Toño. En cualesquiera de los próximos, se harán 25 años desde que nos conocimos. Formabas parte, entonces, de las huestes de Azcapotzalco, mientras yo buscaba un destino en Puebla. Han pasado años y cosas, temblores y fumarolas, cargos y huidas, aunque la amistad se ha conservado. Quiero, por eso, que me contestes, por escrito, y para publicar en nuestra revista, una sencilla entrevista.

1 ¿Qué había en aquel Azcapotzalco de hace más de veinticinco años, que ocupó aquellos momentos de estreno de tu vida profesional?

En la UAM Azcapotzalco de principios de los ochentas encontré una curiosa combinación de dos diferentes espacios institucionales, que me dio la ocasión para darle dirección a mi trabajo. Por un lado, en el Departamento de Derecho había las condiciones que mencionas para ejercer la crítica jurídica. Eso era muy importante, porque uno no tenía que enfrentarse con los “defensores del derecho” que es dable esperar en cualquier escuela de derecho tradicional. Sin embargo, la orientación predominante de la crítica jurídica tendía a una mirada reduccionista del derecho. Así, el derecho era visto como un epifenómeno de la política o como un epifenómeno de la economía. Poca gente se preguntaba sobre el papel específico del derecho en la reproducción (o incluso en la transformación) de las relaciones sociales. Como sabemos, tendría que pasar algún tiempo para que el tema de los derechos humanos condujera a muchos a “tomar en serio” al derecho.

Yo venía regresando de Inglaterra, donde había descubierto no sólo la Sociología Jurídica, sino una serie de autores que, desde diferentes vertientes del materialismo histórico, estaban reivindicando la importancia del derecho como “elemento constitutivo (solíamos decir algunos en esos años) de las relaciones sociales”. Entre ellos, el emergente Paul Hirst, el ya tradicional (pero relativamente marginado) Karl Renner y el más importante, E. P. Thompson, quien no sólo a través de su polémica con Althusser, sino sobre todo por su obra historiográfica (Whigs and Hunters) había demostrado con pasión y rigor histórico la importancia del derecho en un momento clave de la historia de Inglaterra. Por eso me sentía yo un poco extraño entre mis (por otro lado entrañables) compañeros de la crítica jurídica: la mayor parte de ellos todavía se estaban peleando con el fantasma de sus maestros de derecho civil. Una pelea que puede ser importante en el diminuto espacio de una escuela de derecho pero que, en el terreno de las ciencias sociales, ya era absolutamente innecesaria. ¿A quién había que convencer de que las sociedades humanas no están realmente “regidas” por los códigos de nuestros

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

maestros? Sólo una necesidad parricida (que en el caso de líderes intelectuales tan importantes como Boaventura de Souza Santos se prolongó por demasiado tiempo) explica esa obsesión.

El otro espacio era el Departamento de Sociología, a donde me trasladé en 1983 después de haber tenido la suerte de perder las elecciones para ser Jefe del Departamento de Derecho. Ahí encontré al mejor grupo de sociología urbana de México. Eso fue lo que le dio el giro más importante a mi carrera académica. Si bien la mayor parte de ellos seguían en principio (y muy vagamente) las ideas reduccionistas sobre el derecho que circulaban entonces (por ejemplo, la oposición entre el ‘contenido’ económico de la propiedad y su ‘forma’ jurídica), por otra parte gracias a su trabajo empírico (o su militancia, que a veces era lo mismo) estaban en contacto con procesos sociales reales —como los movimientos sociales urbanos cuyos dirigentes, por cierto, hoy ejercen el poder con las ‘formas jurídicas’ propias de la democracia burguesa, como el fuero parlamentario.

Esos sociólogos urbanos (Priscilla Connolly, Oscar Núñez, René Coulomb, Pedro Moctezuma y sobre todo Emilio Duhau,) fueron muy sensibles a mis propuestas y su estímulo orientó mi trabajo durante todos los años ochenta. La culminación de mi trabajo de esos años (el libro “La ciudad, la propiedad privada y el derecho”) está articulado por la idea de que el derecho importa, que es parte de la realidad social. Esa preocupación es resultado de la interacción con ellos.

2 ¿En que han perdurado o variado, tus ideas y perspectivas desde aquellos años hasta hoy?

Mis ideas no han cambiado tanto, lo que ha cambiado es mi actitud digamos ‘estratégica’ hacia mi propio trabajo académico. En los ochentas me enfrasqué en un pleito contra los reduccionismos que acabo de mencionar. Además de que eso ya no me parece necesario, hoy tengo una idea más precisa de para qué sirve la sociología jurídica: Sirve para que los estudiantes de posgrado (de muy diferentes disciplinas) entiendan la complejidad de los fenómenos jurídicos. Parece una idea modesta, pero parte del reconocimiento de que los únicos que leen con atención los trabajos académicos en ciencias sociales son quienes están haciendo una tesis (jóvenes de entre 20 y 30 años que experimentan cierta curiosidad y tienen tiempo para leer libros). Por otro lado, si pensamos que de ellos sale parte de la elite ilustrada de América Latina, el propósito no es tan modesto. Sobre todo si uno se olvida un poco de publicar en revistas “internacionales” (eso usualmente quiere decir en otra lengua) y reconoce la inmensidad y los códigos comunes del mundo hispanoparlante, el impacto que la sociología del derecho puede tener es nada despreciable.

Más abajo vuelvo a tu pregunta sobre los cambios de ideas.

3 ¿Crees en la democracia mexicana, en su profundización, en su perversión?

No creo que “la democracia mexicana” sea un objeto dotado de rasgos esenciales y, sobre todo, de una permanencia como para preguntarse si uno

“cree” en ella. Los cambios en las condiciones políticas de la producción del derecho han sido tan importantes que lo último que debemos hacer es verlos como objetos fijos. Desde luego que (genéricamente) creo en la democracia y no le pongo comillas a ninguna de las dos palabras porque, a pesar de todo el escepticismo que pueda sentir tanto por las creencias como por las democracias, cualquier alternativa es peor.

El problema que debemos reconocer, como interesados en el derecho, es la relación entre democracia y orden constitucional (es decir, estado de derecho). Nos ha faltado asumir y difundir las muchas tensiones que existen entre ellos, mientras a nuestro alrededor florece la idea de que existe una relación necesariamente virtuosa entre ambos. Sobre esto podríamos empezar leyendo y divulgando el libro que acaba de terminar Pedro Salazar.

Hay que reconocer que estamos dominados por una visión heroica del derecho; en el debate público mexicano nos rasgamos las vestiduras por cualquier cosa que parezca atentar contra el orden jurídico. (El gobierno de izquierda en la capital, por ejemplo, legisla en contra de quienes se ganan la vida obteniendo propinas de los automovilistas a cambio de protección contra los ladrones de autos). Después de décadas de ignorar los problemas jurídicos, ahora no sabemos qué hacer con ellos. La responsabilidad de los académicos aquí es enorme y tiene que partir del reconocimiento de que la relación entre democracia y derecho es compleja y, muchas veces, contradictoria. Reconocer y desmenuzar las mil formas que adopta esa contradicción, trivializarla para poder procesarla, es una de las labores de los juristas críticos de hoy.

4 ¿Crees que los juristas, en tanto tales, pueden, o deben, cumplir algún papel, en la mexicana época posterior a del absolutismo priísta?

El papel de los juristas es importantísimo. La mala noticia es que el derecho, como disciplina profesional y como disciplina académica, ha sufrido una enorme pérdida de calidad. Creo que no exagero al decir que el deterioro de la profesión jurídica (resultado de décadas en las que los problemas complicados se resolvían fuera del Poder Judicial) está causando estragos al estado en general. La incompetencia jurídica está detrás de muchos de los grandes conflictos políticos de hoy en día, desde las luchas a muerte por recursos naturales hasta las expropiaciones mal hechas que dan lugar al procedimiento de desafuero —también mal hecho—, del político más popular de los últimos años.

En el terreno del ejercicio profesional la cosa es grave, pero es todavía más grave en el de la academia. Si uno pone atención a la producción académica en ciencias sociales y humanidades hoy en día, va a aprender mucho más acerca de lo que es y ha sido el derecho en México por la vía de los no juristas que por la vía de la investigación jurídica oficial. Historiadores (como los que han esclarecido el origen de nuestra división territorial, nuestro régimen agrario o nuestro régimen criminal), politólogos (que discuten con una gran variedad de métodos de investigación y preguntas teóricas el modo en que se producen las

condiciones del trabajo legislativo), antropólogos (que han estudiado empírica y teóricamente la producción jurídica en el mundo indígena y su compleja relación con el derecho del estado), economistas (que aunque no nos guste a los antipatizantes del ‘law and economics’ han planteado problemas muy importantes de regulación de la actividad económica e incluso de administración de justicia) entre otros, están aportando mucho más a la comprensión sobre el significado del derecho que los propios juristas. ¿No debería eso obligarnos a reorientar las estrategias de investigación jurídica?

En general, el papel del jurista y del abogado, es ahora mucho más difícil, ya que no puede mantener la distinción entre política y derecho como excusa para no pensar el mundo real, como hizo la generación anterior.

5 ¿Hay algo qué decirle a los jóvenes juristas interesados en la política y demás cosas públicas latinoamericanas?

Que no se rajen, se pongan a estudiar y no pierdan el sentido del humor (mi duda es si un “joven jurista interesado en la política” puede tenerlo)

6 ¿Has cambiado en veinticinco años? ¿En qué, cuanto y dónde?

Creo que si he cambiado en algo en los últimos 25 años, ha sido en tomarme mucho más en serio al derecho. En las épocas de la UAM Azcapotzalco mi actitud era una mezcla (nunca resuelta) de positivismo y sociología, pero a partir de 1988 (no me preguntes exactamente porqué pero fue la campaña de Cuauhtémoc Cárdenas) comencé a reconocer explícitamente el valor del derecho como espacio de solución de conflictos. En particular, en mi campo de investigación, llegué a la conclusión de que el “derecho a la ciudad”, por vago que resulte al igual que todos los derechos sociales, sirve como una orientación axiológica para analizar los problemas jurídicos del espacio urbano; como una manera de darle sentido al derecho.

Desde luego que mi experiencia de funcionario público me marcó mucho. Aunque no me hizo cambiar radicalmente ninguno de mis anteriores puntos de vista, me enseñó a trivializar el problema de la indeterminación del derecho. Este problema hace que muchos tiren la toalla demasiado pronto: efectivamente, el mundo de la experiencia jurídica está (como el mundo de la vida) lleno de incertidumbres y uno puede encontrar millones de ejemplos donde la cosa funciona mal. Pero creo que, si Europa pudo sobrevivir a los horrores del siglo XX con un pacto social donde el estado de derecho es un valor central, no veo porqué no podamos tener una actitud similar – más aún si reconocemos que, en el balance del siglo, el récord mexicano para resolver conflictos no es tan malo como el europeo. Pero para recuperar una actitud favorable a la idea del derecho hay que despojarnos de muchas de las expectativas heredadas. La creencia de que el derecho puede ser un jardín de rosas en el que sólo se necesita “voluntad política” para dejar a todos contentos, es el camino más directo para la desilusión. Hoy tenemos que reconocer las enormes limitaciones del derecho, si queremos seguir creyendo (aunque sea sólo un poquito) en que sigue siendo parte esencial de cualquier proyecto civilizatorio.

ENTREVISTA CON ROBERTO BERGALLI¹

Querido Roberto. Ya han hecho veinte años de conocernos y hemos compartido mesa, vinos e ideas, no sé cuál más que cual. Hace poco apareció el primer libro en tu homenaje, y vale la ocasión para publicar la entrevista de hace un par de años, cuando intentamos comenzar con las Conferencias Latinoamericanas de Crítica Jurídica. Éstas fueron tus respuestas.

1. ¿Cuáles eran las perspectivas de los juristas y estudiantes de derecho cuando comenzaste este largo matrimonio con el mundo jurídico?

Si la pregunta se pretende vincular con mis comienzos universitarios, me agradaría entonces decir que mi acercamiento al *matrimonio* aludido no fue por *conveniencia* (tal como se celebran tantos matrimonios...). Más bien lo fue por curiosidad y búsqueda de instrumentos para ampliar mi horizonte cultural. Por ello, no sólo estudié derecho, aunque este campo de conocimiento —tal como lo aprendí, en una Universidad de Buenos Aires, que pese a balancearse entre el último peronismo (el de Perón de 1950), y un gobierno *de facto* que removió las instituciones constitucionales de entonces, debe haber sido una Universidad “de lujo”, en todo sentido (docentes, estudiantes, organizaciones estudiantiles y de gobierno universitario, niveles de debate, etcétera)—, fue para mi de suma importancia. Escuché y seguí a algunos “maestros” que favorecieron la ampliación de mis interrogantes críticos. Estoy aludiendo a los tiempos de inicio de la llamada *guerra fría* y de los años del goce argentino de los “beneficios” del entonces país productor de alimentos. Mas, también esos fueron tiempos de la toma de conciencia de los conflictos sociales generados en Argentina por la plena instalación de una cultura industrial, mientras en Europa se irradiaban los conocimientos de unas disciplinas sociales que hasta antes de la Guerra habían estado vedadas por los totalitarismos. De tales maneras, se ponían de manifiesto las primeras contradicciones entre un conocimiento jurídico, construido en el siglo XIX para las sociedades del capitalismo liberal, y las constataciones empíricas acerca de unas situaciones que ya no podían ser canalizadas por un universo normativo comprensiblemente desfasado. Es desde este marco de la situación esbozada que aparecían las frustraciones de quienes, creyendo en el derecho como un instrumento de regulación social, ensayaban análisis críticos los cuales se extendían a todo el firmamento de la cultura, incluyendo por supuesto a los actores de las escenas jurídicas.

2 ¿Cómo, cuándo, y por qué, saliste del mundo estricto del derecho penal? ¿Adónde dirías que llegaste, en términos teóricos y profesionales?

¹ Profesor de la Universidad de Barcelona.

Como puede extraerse de la respuesta anterior, si bien yo alcancé una formación en derecho penal, también desde un comienzo me preocuparon los aspectos meta-normativos respecto del empleo del control punitivo; ¿cómo se produce el derecho, todo y cualquier derecho penal, y cómo se aplica? Para ello, es imprescindible contar con herramientas propias a otros ámbitos disciplinarios, pues esos dos niveles de análisis a los que aludo, están configurados por comportamientos humanos que se manifiestan a consecuencia de unos determinados intereses sociales. Las reglas jurídicas motivan comportamientos, pero ellas son el producto de comportamientos concretos y resultan aplicadas mediante más comportamientos. ¿Por cuáles motivos, en un concreto momento histórico-político, un órgano parlamentario crea unas reglas? ¿Cuáles son los intereses que se han movido para que esto ocurra o deje de ocurrir? Luego, ¿quiénes son los policías, los fiscales, los jueces, los funcionarios penitenciarios que están investidos de la capacidad de aplicar aquellas reglas?. ¿Movida por cuáles motivos difiere en cada caso la interpretación que hacen de las reglas jurídico-penales, en ocasión de su aplicación? Todos estos interrogantes no pueden ser respondidos con los instrumentos que todo jurista, sobre todo en la tradición hispano-parlante, recoge en su proceso de formación. La tradicional educación legal que brindan nuestras facultades de derecho no proporciona a los juristas tal instrumental. Así las cosas, el concepto que se forman de lo que es un *sistema penal* queda limitado al universo normativo. Fijarse en el uso que se hace de este concepto en la manualística al uso; títulos de libros, capítulos de ellos, alusiones reiteradas al sistema penal. ¿A qué se alude con él? Pues, *únicamente* al conjunto de las reglas que componen lo que yo he denominado el *sistema penal estático* o *abstracto*, aunque tampoco estas perspectivas abordan los aspectos relativos a los fenómenos de creación de tales reglas. Mas, ¿quién se ocupa de lo que puede llamarse el *sistema penal dinámico* o *concreto*? ¿Quién estudia el comportamiento de los policías, los jueces y los funcionarios penitenciarios? Pues, seguramente, no el jurista, por la sencilla razón de que es incapaz de hacerlo con sus limitados conocimientos meramente normativos. Así fue que, sobre la base de estos razonamientos, llegué a la Sociología, a los estudios culturales, a la psicología social, a la economía y a la filosofía políticas. Desafortunadamente, después de un proceso de profundización en estos campos, en Cambridge (UK), en Roma, en Bologna, y en Köln, llegué a Barcelona como docente. En el medio español y catalán, en la década de 1980, superada la “larga noche” del obscurantismo, los penalistas fueron, y salvo muy pocas excepciones, siguen siendo, monotemáticos. Sólo en los últimos tiempos, y con el aprendizaje de otras lenguas, algunos comienzan a esbozar análisis más ricos sobre la *cuestión criminal*. No obstante, y puesto que siempre ha existido una profunda dependencia del paradigma etiológico, o de la búsqueda de las causas del comportamiento criminal individual, en lo que se concibe como conocimiento criminológico, aunque siempre “controlado” desde el campo de los juristas, la desconsideración de relaciones con las esferas eco-

nómica, política y cultural de la sociedad, supone una limitación de otro tipo de perspectivas más plurales y ricas para conocer el sistema penal completo. Así las cosas, y habiendo yo llegado a Barcelona de la mano de penalistas, ante mis propuestas fui velozmente marginado de toda capacidad académica, aunque en algún corto período pude emprender algunas iniciativas. Proponer debates y discusiones respecto de los fundamentos, los límites, los objetos y los métodos de conocimiento, es decir intentar analizar el terreno de una epistemología jurídico-penal y criminológica, resultó muy avezado de mi parte, pues ello supuso poner en crisis el modelo arraigado de penalista. Salvo los y las jóvenes que se acercaron, luego doctorados, e incluso convertidos en docentes, fueron quienes han hecho un esfuerzo superior para mantenerse en una universidad anclada todavía en usos medievales; ello son los que han captado la necesidad de ampliar los enfoques, y, en el presente, aunque con suma dificultad, hacen penetrar un discurso crítico, incluso en las instituciones de control penal.

3. ¿Crees que han cambiado totalmente las posibilidades de las transformaciones sociales que pensábamos hace treinta y cuarenta años?

Mi respuesta está condicionada por mi propia experiencia vital. Yo salí en origen de Buenos Aires, a consecuencia de una interrupción de la legalidad constitucional en 1966, producida por una profunda crisis del sistema de democracia representativa y de la incompresión de la clase política acerca de lo que se pretendía de la República Argentina por parte del bloque del capitalismo industrial. Fui uno más de los dos mil cuatrocientos universitarios que nos alejamos del país. Llegué a Europa en los prolegómenos de las grandes expresiones culturales del final de la década. Viví los sucesos que conmovieron en 1968 y 1969 a Roma, París, Frankfurt a. M., y que han sido denominados como la expresión de una *revolución cultural*, en cierta consonancia con lo acontecido en los *campus* de Berkeley, La Jolla, etcétera. El pensamiento crítico de Frankfurt estaba muy presente; el *compromesso storico* italiano se estaba fraguando. Asistí al nacimiento de *il Manifesto* y quedé recluido algunos días, junto a jóvenes docentes y estudiantes, en la *Città Universitaria* de Roma ante las revueltas de *Valle Giulia*. Así conocí y compartí esos momentos con quienes luego se constituyeron en cabezas del movimiento estudiantil, posteriormente lúcidos críticos del sistema de partidos políticos de entonces en Italia. Experiencias semejantes viví en Frankfurt a. M. Desde todos estos lugares, aunque obnubilados por cuanto se vivía, aquellos jóvenes miraban y discutían acerca de Latinoamérica en la creencia que la gesta de Ernesto Guevara iba a producir muchos Vietnam. No hay duda que buena parte de los países de la llamada Europa Occidental se encontraban bajo grandes transformaciones. El constitucionalismo social de post-guerra había proporcionado las bases jurídicas y las seguridades sociales para que se produjera la reconstrucción. Los “milagros económicos” hicieron el resto. Mas, la guerra fría y el veto de los Estados Unidos para que los partidos y las posiciones políticas de progreso asumieran responsabilidades de gobierno en estas sociedades que

ya entraban en el post-industrialismo, congelaron el proceso de transformaciones. Antes de nada fueron la *guerra de los seis días* y el cambio radical en las políticas sociales (Thatcher), para contrarrestar la insuficiencia del único recurso energético con el que se podía mantener los ritmos de producción y empleo. Luego, la caída de la Unión Soviética y el Pacto de Varsovia hicieron el resto. La *globalización* de un solo tipo, y el *pensamiento único*, arrasaron con las opciones políticas de igualdad y justicia social. Hoy, las estructuras económicas se asientan sobre la especulación y los juegos financieros. En estos tiempos que corren, salvo rincones donde por antiguas razones culturales o de creencias religiosas no han irrumpido las corrientes arrasadoras, el resto del planeta se encuentra inmerso en enormes contradicciones. La explotación del trabajo humano, de hombres, mujeres y niños, es la única forma de producción. La guerra es el primer medio de intervención para obtener el fluido que mueva las economías occidentales. La brutal acumulación en pocas manos y la difusión de la miseria en vastas franjas sociales, producto del reemplazo de las normas del Estado por las reglas del mercado (de un mercado muy peculiar, configurado por pocos oferentes y cada vez menos demandantes), ha dejado aplazada cualquier transformación que suponga justicia social. Entiendo que mi respuesta está teñida de escepticismo, pero tal como la he comenzado, mi experiencia vital la ha dejado condicionada.

4. Como quien ha vivido en Europa en los últimos treinta años, ¿qué dirías acerca del desarrollo de la izquierda jurídica de ese continente?

En las épocas de la convivencia de democracia social y política de coaliciones fueron admitidas, particularmente en Europa continental, las posiciones de una tal *izquierda jurídica*. En la academia y en la magistratura judicial surgieron expresiones mediante las cuales se reclamaban ciertas correcciones en la cultura jurídica liberal para adecuar las categorías y las aplicaciones del derecho a una sociedad que alcanzaba entonces elevadas cotas de bienestar. Fue de este modo que, por una parte, se produjeron brechas en las férreas concepciones de una interpretación del derecho apegada a *las palabras de la ley*. Mientras, por la otra, la toma de conciencia por parte de sectores mucho más sensibles a los cambios sociales, generó la apertura de instituciones de ancestral rigidez. Las posiciones, tanto dialécticas como analíticas, de una filosofía jurídica alimentada por las contribuciones provenientes de otros ámbitos disciplinarios, se constituyeron en el marco teórico y reflexivo para que, sobre todo la interpretación, mas también la aplicación del derecho pudiera captar aquellos cambios. Pero asimismo una *militancia* democrática de los intérpretes y aplicadores de las reglas, comportó una revitalización de una cierta cultura jurídica más cercana a los principios de solidaridad e igualdad de oportunidades. Hoy se viven tiempos de gran incertidumbre. La ola conservadora, xenófoba, reaccionaria proveniente del norte de América, ha favorecido semejantes posiciones, de antigua raigambre europea. El terror como arma no es un único recurso de supuestos enfrentamientos religiosos (o de civilizaciones, tal como se ha pretendido travestir los verdaderos motivos). El terror del

Estado (de los Estados), corporizado en la guerra y en la tortura, no puede sino ser combatido con una cultura de la tolerancia y la aceptación del otro, de los demás, pues la convivencia es la única posibilidad que le queda a la humanidad. Esta comprensión es la que debe asumir y desarrollar toda posición de *izquierda*, incluso en el terreno jurídico.

5. ¿Qué piensas de las perspectivas de la democracia en América Latina? ¿Piensas que esta democracia cumple con las expectativas de hace treinta años?

Una cosa es la democracia como sistema de vida, y otra como régimen de gobierno. Ambas han sido muy difíciles de arraigar en la vida social de los pueblos latinoamericanos y, pese a la trascendencia que tuvieron las grandes revoluciones (mexicana y cubana), las fuertes resistencias de las oligarquías a los cambios han impedido la plena vigencia de una convivencia pacífica con las mayorías campesinas y la masas urbanas. La discriminación del mestizaje sigue siendo un fuerte condicionante de la democracia; no parece todavía fácil que las élites acepten a “los otros”. Más, la penetración de una cultura difundida por los medios, de clara procedencia septentrional, profundiza aún más las diferencias. Mientras, las clases políticas, agrietadas por la corrupción que ha alimentado el gran poderío de las corporaciones multinacionales, perdieron los referentes del período de entreguerras, los cuales alentaron la constitución de los grandes partidos nacionales. El deterioro de la representación política y sindical sirvió para desprestigiar las instituciones democráticas, todo lo cual favoreció un *golpismo* cívico-militar, sin hacer mención de casos concretos. En el presente es asimismo difícil hacer pronósticos; el contexto mundial y, el continental en particular, casi todo en las manos de un poder polarizado, no alienta la confianza en los mecanismos de la democracia formal. El terror parece ser una herramienta mucho más eficaz para controlar las rebeldías; en tanto, las mayorías dóciles se amedrentan con los discursos sobre el crimen y la inseguridad.

6. ¿Crees que existan perspectivas de transformación social en Argentina y América Latina?

Semejantes perspectivas jamás pueden decaer. No obstante, las fuertes restricciones que imperan sobre el desarrollo autónomo de las ataduras financieras (la deuda ilegítima que el Fondo Monetario Internacional hace pesar sobre las economías nacionales) impide materializar muchas de dichas expectativas. El caso argentino es paradigmático, aunque en los últimos dos años se revelan signos de un esforzado empuje social y político. Naturalmente, las contradicciones son también evidentes y, mientras el saneamiento de la vida pública parece constituirse en un rasgo del nuevo sesgo político, las profundas heridas causadas en el tejido social por las reiteradas crisis de décadas precedentes, obstaculizan unas relaciones más armoniosas en la sociedad civil. El drama de la muerte, la desaparición, la tortura y los bárbaros atentados todavía no del todo esclarecidos, continúan demorando una clarificación institucional. Los demás países latinoamericanos, aunque esta denominación global debe admitir matices, dan muestras

dispares en la realización de sus perspectivas de transformación. Ya se sabe que Brasil y México son dos potenciales motores de semejante transformación, y no sólo interna. Mas, tal como se viene manifestando en otros continentes, la regionalización y la constitución de polos alternativos para favorecer el intercambio entre núcleos de países, es una posibilidad alentadora. MERCOSUR se configura, por ejemplo, en un marco que debe potenciarse no sólo como ámbito de desarrollo regional, sino también como interlocutor válido ante otros polos continentales o potencias emergentes.

7. ¿Tienen algo qué plantearse, los juristas jóvenes, como perspectiva para su militancia en el futuro?

Espero que la militancia a la que alude la pregunta sea aquella relativa a adoptar una posición crítica y cuestionadora de una cultura jurídica sumisa a los cánones impuestos por unas formas de conocimiento fiel al uso del derecho como instrumento de dominación. La neutralidad que semejante cultura ha requerido de los juristas ha estado amparada en la negación de toda naturaleza política a la creación y aplicación del derecho estatal. Nadie pretende una militancia *partidista* para los juristas. Pero sí otra militancia que tienda al uso del derecho como instrumento de protección para las necesidades de los desposeídos, de los desamparados y de las capas más modestas de toda sociedad.

Barcelona, veintisiete septiembre de dos mil cuatro.

ENTREVISTA CON CARLOS CÁRCOVA¹

Respuestas a las preguntas de Oscar Correas en julio de dos mil cuatro.

Debo responder en este reportaje, cuatro preguntas que formula mi amigo y compañero de muchas aventuras, Oscar Correas. Aventuras preferentemente intelectuales que, sin embargo, también fueron amicales, culturosas, musicales y existenciales. Como él lo recordaba en el correo que me remitió, comenzaron veinte años atrás y discurrieron entre México y Buenos Aires, Ámsterdam y Madrid, el País Vasco y San Pablo, San Salvador y La Rábida, Zaragoza y Florianópolis, Puebla y Tiradentes. En todos esos lugares y en algunos cuantos más, escribimos páginas de una modesta autobiografía que solo quedará en la memoria de otros muchos amigos, que nos mostraba siempre polemizando, discrepando-confrontando argumentos, cuando no teorías. Es que ésa fue la forma que inconscientemente descubrimos para entendernos. En esa escenografía de apasionadas discusiones aprendimos a encontrarnos, como otros se desencuentran en el cortesano disimulo de acuerdos inexistentes.

Veinte años después, como tuvieron que hacer los personajes de Dumas, me invita a reencontrarnos con el pasado. Lo hace desde sus propias angustias y desilusiones, pero también desde su empeinado propósito de seguir luchando para que la historia no pase por delante sin que él pueda dejarle su marca, su señal. Y en esto me encontraré, una vez más, cerca suyo. Seguramente, de manera más nítida y clara que la que pudiera consistir en nuestro modo de hacer balance, de valorar más crítica o más benevolentemente, los resultados obtenidos por las luchas de los sectores que quisieron inscribir sus prácticas en las lógicas de la emancipación.

Oscar está organizando un encuentro para noviembre de este año en México, sobre el movimiento de la Crítica Jurídica. Con la primera convocatoria que envió, algún párrafo de su documento generó una polémica en la que estuve tentado de intervenir. No lo hice entonces pero deseo ahora, formular un par de breves señalamientos a ese respecto. Se plateaba una dicotomía entre el papel de los abogados militantes y el papel de los abogados “académicos”. Ciertamente, como lo sugirió Vittorio Olgiati, en respuesta a los comentarios de Roque Carrión Wam, la realidad diferente de los países europeos, respecto de los de América.

Latina, sobre todo en estas últimas décadas, pueda generar perspectivas de análisis relativamente inconciliables. Sin embargo, quien suponga que en Italia, en Francia, en Inglaterra o en Alemania, no han sucedido acontecimientos que exigían ética y políticamente, vigorosas tomas de posición, por parte de la ciudadanía en general y en mayor medida por parte de los juristas que, en su calidad de tales, monopolizan el conocimiento de las reglas de juego básicas de la

¹ Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

organización social contemporánea, se confunde gravemente por error u omisión. Por otro lado, la oposición que dio lugar a las polémicas me parece poco consistente. En la historia de América Latina, sobre todo en la historia próxima, hay abogados que se han preocupado no solo por mejorar una formación académica insuficiente para desempeñarse profesionalmente con mayor eficacia, sino también para comprender críticamente el papel que el derecho desempeña como discurso social, para relevar sus dimensiones ideológicas, políticas, económicas y con ello actuar como operadores más conscientes y poner su saber y su práctica del lado de los débiles, de los perseguidos, de los explotados. ¿No son esos abogados militantes? Por otro lado, he conocido muchos abogados que aparentando defender los intereses de la clase obrera (me refiero a experiencias argentinas en particular), no han vacilado en ser, primero los asesores, y luego los socios de dirigentes sindicales amarillos, traidores y corrompidos por el dinero y el poder. En fin, quiero decir que no se necesita ser bruto e ignorante para ser progresista, democrático o re-volucionario; y que un abogado militante, cuanto mayor sea su compromiso con lo ideales que declara defender, mayor es su obligación de reflexionar, de aprender, de lograr la mayor eficacia profesional y la mejor comprensión general del sentido de los instrumentos técnicos que manipula. Y ahora sí, voy a las respuestas.

1. Hace treinta, y hasta cuarenta años, creíamos que sucederían cosas que no sucedieron, como alguna revolución, por ejemplo. Y militamos en las filas de los abogados de izquierda, mientras se pudo. ¿En qué crees que puedan haber cambiado las perspectivas y la militancia de los juristas?

En efecto, hace unas cuentas décadas atrás, mientras salíamos de la adolescencia y entrábamos a la adultez, el mundo prometía cambios radicales. Muchos jóvenes, como nosotros mismos, quisieron ser parte de esos cambios. Y no se equivocaron. Los cambios, finalmente, sucedieron. Solo que no en el sentido ambicionado. No se construyeron después de las turbulentas manifestaciones de los 60, ni de las violentas luchas de los 70, sociedades más justas. El mundo bipolar de la guerra fría, no fue sustituido por una multipolaridad democratizadora y tolerante. El llamado socialismo real, no se transformó en un socialismo en serio. Al contrario, sobrevinieron la pobreza extrema, la marginalidad más cruenta, la práctica desaparición del socialismo existente, las dictaduras genocidas y, finalmente, la hegemonía a escala planetaria de una potencia militarista dispuesta a ejercer su dominio “a como dé lugar”, para usar una expresión mexicana. Las últimas dos décadas del siglo XX, han visto emerger, y también fracasar, a aquellas dictaduras, claro que con saldos siempre luctuosos para nuestros pueblos; han presenciado la aparición de democracias, en la cuenca del mediterráneo primero, luego en América Latina, y más tarde en Europa Central. Pero se trata de democracias lábiles, incapaces de atender el cúmulo de demandas insatisfechas. Democracias “gobernadas”, han dicho los cientistas políticos, para indicar que las decisiones fundamentales no se toman en los ámbitos institucionales

previstos, sino en el seno de las corporaciones, para volver a aquellos, al solo efecto de su formal legitimación. O democracias “delegativas” para indicar que los gobernantes poseen legitimidad de origen, pero no de procedimiento, porque una vez elegidos actúan como autócratas. Este panorama, que parece bastante desalentador no es, con todo, lo único que ha ocurrido. Hoy tenemos, en América Latina al menos, instituciones. No las mejores posibles, pero sí las que permiten importantes grados de participación ciudadana, ciertas garantías fundamentales, jueces más independientes del poder político, opinión pública que se expresa por lo general libremente, lucha social y sobre todo una dinámica de cambios y transformaciones que no obedece ya a una estricta planificación o previsibilidad de un poder concentrado y monopólico. Los cursos de acción se han vuelto azarosos e imprevisibles. Vivimos, como dirían los pensadores sistémicos, en la era de la complejidad, del exceso de posibilidades del mundo. Ello supone riesgo, pero también oportunidad. No todo, en consecuencia, me parece perdido. Nuestras militancias de antaño, estuvieron cargadas de omnipotencia, de irracionalidad, de voluntarismo y de autoritarismo. Ahora, algo hemos aprendido. Somos más modestos y más pluralistas. Sabemos que la construcción de una sociedad mejor que la que vivimos, no advendrá como resultado inmanente del desarrollo de la historia, que será menester crearla, conseguirla, y que esa no puede ser la tarea de un grupo de iluminados vanguardistas, sino la modesta y plural elaboración de una ciudadanía movilizadora tras ese objetivo. Hemos aprendido, con la posmodernidad y la globalización, que existen muchas culturas, muchas religiones, muchas y diferentes visiones del mundo, y que todas ellas deben ser capaces, para evitar su propia autodestrucción, su propia inmolación, de tornarse conmensurables, a construir dialógicamente un mundo compartido, respetuoso e igualitario. Creo que es en el sentido que he expuesto hasta aquí, como han cambiado las perspectivas militantes. De los juristas y de otros grupos sociales diferenciados. En lo personal, como vos sabés, yo he tratado de seguir siendo lo más coherente posible con mis convicciones de juventud. De modo que he continuado participando, aun en las épocas más duras. A veces, muy pocas, en la política grande. Otras en la militancia gremial profesional y, fundamentalmente, siempre, por vocación e interés, en la vida académica. La lucha en la teoría, de la que hablaba Althusser en los 70.

2. ¿Qué crees que se ganó, y se perdió, después del regreso a la democracia? Y, la democracia recuperada, ¿ha estado a la altura de tus –nuestras– ilusiones?

He contestado antes, al menos en parte, lo que aquí me preguntás. Ciertamente la “democracia realmente existente” resultó muy frustrante. Lo peor es que son los viejos y heroicos compañeros los que te dicen que hay que ser realista, que el mundo está ordenado de cierta manera y que no te podés caer del mundo. Y son también los que justifican la corrupción porque, argumentan, la política demanda en una época mediática, de grandes recursos. Hay que juntar plata para el Partido, porque si no los únicos que pueden hacer política son los ricos. Este discurso permeó la lógica de acción de los partidos populares y, entre

otras cosas, condujo, en la Argentina, a la crisis cuasi terminal de diciembre del 2001, y al estallido social subsiguiente. Sin embargo, hoy tenemos un Gobierno con legitimidad de origen y también de procedimiento; que confronta con las corporaciones internas y externas; que reivindica la capacidad de decisión nacional; que intenta combatir con firmeza la corrupción, que levanta la vigencia de ciertos valores que ya parecían olvidados. Viene manejando la economía con eficacia y exhibe cifras de equilibrio y crecimiento que resultan sorprendentes hasta para el FMI que, dicho sea de paso, ha tenido que formular una pública autocritica de las políticas que impuso en los 90. Sería poco serio hacer vaticinios definitivos respecto de la experiencia que se lleva a cabo en la Argentina, pero al menos se ha probado que muchas cosas que se planteaban como imposibles en el marco del reparto de fuerzas existentes a nivel global, en realidad no lo eran. Se precisaba voluntad política y, por qué no reconocerlo, algo de audacia y otro poco de suerte. Por fin, vos y yo tenemos un amigo muy querido, muy entrañable para ambos, que ha llegado a una de las más altas magistraturas de Brasil, nominado por el Presidente Lula. No perdió en el camino, que yo sepa, ni un solo ideal, ni abandonó ningún principio. Eso representa, para mí, un reencuentro con la esperanza.

3 ¿Crees que existen espacios, objetivos, perspectivas, para la militancia de los juristas de izquierda en la Argentina del post menemismo?

Creo que sí. El menemismo fue el nombre que adquirió una de las alianzas posibles de las fuerzas políticas en Latinoamérica, más siniestras. La alianza entre lo más amoral del populismo y lo más salvaje de la burguesía predatoria. Por primera vez en la historia de Argentina, el proyecto de la derecha reaccionaria, ligada a los grandes grupos del capital transnacional, contó con el paraguas de legitimidad que le brindaba un gobierno elegido por el pueblo, y constituido por un grupo de hombres hábiles, tan ambiciosos como inescrupulosos. El menemismo fue más que una política, fue una cultura. La del éxito a cualquier precio, la del latrocinio, la del enriquecimiento ilícito, la de las complicidades más espúreas. La de la ostentación y el cinismo. Frente a ese modelo de sociedad sin valores, sin referentes éticos, sin solidaridades básicas, los jóvenes parecen haber elegido las salidas individuales. Rechazan y condenan esos arquetipos pero piensan en su realización individual, por lo general tratando de conseguir un destino en el extranjero. El compromiso, la militancia no es de naturaleza política. Por lo general descreen (y no les falta razón), de la acción política. Expresan su preocupación social, cuando la tienen, de otros modos. A veces con la denuncia pesada o la sátira (ver las letras de las cumbias villeras o del rock heavy), a veces ayudando en tareas de solidaridad (comedores populares, campañas de alfabetización). Yo creo que nuestra tarea, sobre todo la de quienes manejamos las categorías técnicas del discurso jurídico, es demoler esa cultura heredada, mostrar que la política es hoy más que comité o capilla, comunicación. Y que otros discursos son posibles, para que otros imaginarios, otra cultura, sean también posibles.

4 ¿Cuáles son las perspectivas que avizoras para los próximos tiempos argentinos?

Observo con moderado optimismo el futuro. Moderado, porque después de tantas ilusiones frustradas, sería necio no manejarse con prudencia. Optimismo, porque como te decía más arriba, este Gobierno ha hecho en un año y medio, lo que hace veinte que los anteriores decían que no se podía hacer. Descabezar los restos de los elementos aún subsistentes del proceso, en las cúpulas militares; producir una limpieza muy drástica tanto en la Policía Federal, como en la de la Provincia. de Buenos Aires, ambas muy corrompidas. Resistir con éxito las presiones de los organismos económicos internacionales y de E.E.U.U., animar decididamente una política de bloque para el MERCOSUR; crecer económicamente aún con el default de por medio; reducir la tasa de desocupación en un tres o cuatro por ciento; ostentar un discurso coherente de defensa de los derechos humanos y actuar en consecuencia, y muchas otras cuestiones que son públicamente conocidas. De todos modos restan muchísimas cosas por llevar adelante, sobre todo generar más empleo para terminar con la pobreza extrema, sin recurrir a prácticas clientelísticas o asistencialistas y encarar con eficacia el tema de la inseguridad ciudadana y la criminalidad en constante aumento que, aunque es una problemática ligada a la anterior, tiene aristas propias y complejas especificidades.

ENTREVISTA CON ROQUE CARRIÓN WAM¹

1. La primera Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica ha puesto como tema del orden del día el papel de los juristas y la crítica jurídica, en el contexto de las luchas políticas que se han desarrollado en América Latina a lo largo de los últimos 45 años del siglo XX y comienzos del siglo XXI, ¿cómo describirías el movimiento de crítica jurídica en este período de la historia social y política de los países de América Latina?

Desde por lo menos la primera mitad del siglo XIX, se puede señalar una nota característica de la disputa social reflejada en la doctrina jurídica: la crítica al derecho positivo en Europa hace su irrupción con fuerza bajo las formas de la “lucha por el derecho” o, ya en la primera mitad del siglo XX, bajo el rubro de “crisis del derecho”. En América Latina adquiere diferentes manifestaciones en distintos países del subcontinente, hasta llegar a los años 60, en que se manifiesta una fuerte crítica de la ideología jurídica. Sin embargo, por los años 40 se abre una historia del derecho en las sociedades latinoamericanas. En algunas habrá una mayor inclinación por una disputa de crítica interna de las teorías y prácticas jurídicas que corresponde a una versión que podríamos llamar la crítica del derecho de los “juristas académicos”. En especial, el caballito de batalla será la crítica a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, tan vapuleada como desconocida. En el esfuerzo teórico por criticar a esta teoría surgieron nuevas propuestas que desarrollaron algunos académicos en centros universitarios de Argentina, Brasil y México, y, con menos intensidad en los otros países de la subregión.

Creo que es posible afirmar que a partir de los años 60 la crítica teórica de los juristas académicos adquiere perfiles propios e interesantes, en especial en la creación de nuevas propuestas de estudio de la particularidad normativa deóntica del discurso jurídico y de la crítica al lenguaje del derecho. Pero, al mismo tiempo, la crítica ideológica del derecho se expresaba en una forma radical por parte de los juristas críticos militantes. Tal crítica del derecho se desarrolla en el contexto de una lucha ideológica contra ciertas formas específicas de organización social y que se expresaron en un discurso que exigía cambios revolucionarios o, menos radicales, cambios sociales, o, más condescendientes con el status quo, cambios orientados al “desarrollo”. “Revolución”, “Cambio Social” y “Movimiento al Desarrollo” fueron tres expresiones al uso durante los años 60 a los 80 y que encontraron eco, de muy distintas maneras, en varios países de la América Latina. En este contexto, la crítica jurídica se confunde con la crítica ideológica,

¹ Profesor de la Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela. Ex Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. Esta entrevista se realizó en el mes de Febrero del 2005, aunque se adelantaron algunos temas tratados aquí en comunicación con Oscar Correas el 12 de Abril del 2004.

es decir con la disputa, a veces radical, entre ideologías. El discurso jurídico positivo imperante fue objeto de una crítica externa, es decir de una visión crítica metajurídica que ponía en cuestión no tanto los constructos de una sistema jurídico, sino su orientación ideológica. Se criticaba, en términos de teoría jurídica actual, la legitimidad de una determinada legalidad. En esta época, el panorama de la crisis y crítica político-jurídica se movía entre una posición radical de ruptura con el sistema jurídico ideológico capitalista imperante y la lucha por replantear un nuevo discurso ideológico-jurídico socialista.

Independientemente de la conformación del estado socialista cubano, después de una lucha armada, inmediatamente se pone en circulación, como políticas de estado, propuestas para pacificar todo intento de transformación social de, por lo menos, los países de Sudamérica. La voluntad de cambio político se regó como pólvora en estos países y, en algunos, se intentaron reformas ideológicas que subvertían el esquema jurídico-político entonces vigente. Ambos procesos políticos ideológicos se desarrollaron paralelamente y, a veces, vinculados estrechamente al movimiento del “Derecho y Desarrollo”. Tal movimiento venía impulsado a través de programas y planes universitarios dirigidos por algunas instituciones universitarias americanas. En Chile, durante el gobierno de Allende, y en el Perú, en el gobierno de Velasco Alvarado, se desarrollaron experiencias ideológicas de cambio social a partir de una crítica al derecho positivo vigente.

El entonces subsecretario del Ministerio de Justicia de Chile, en su discurso en la sesión inaugural de la Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y Desarrollo, en Abril de 1971, afirmaba, entre otras cosas, lo siguiente: “Nuestro sistema legal debe ser modificado [...] del realismo del Congreso depende, en gran medida, que a la legalidad capitalista le suceda la legalidad socialista conforme a las transformaciones socioeconómicas que hemos implantado, sin que una práctica violenta de la juridicidad abra las puertas a arbitrariedades y excesos que, responsablemente, queremos evitar”. Aquí la legalidad es concebida como una cuestión meramente táctica. La tesis que critica a la legalidad capitalista afirmaba que “respetando la legalidad podemos cambiar el rumbo histórico del país, que dentro de los cauces jurídicos vigentes podemos alterar la realidad y por consiguiente el mismo derecho. Ningún demócrata puede negarnos esta posibilidad”. Posición que, en su momento, fue internacionalmente criticada por Régis Debray. La crítica que estaba en el fondo del debate era una crítica al sistema de legitimidad a través de una determinada legalidad.

Y el otro ejemplo de crítica ideológica del derecho es el que planteó el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada del Perú, que, en su momento, fue visto como el tercer camino político: ni capitalismo, ni comunismo. La nota más radical de este movimiento revolucionario fue la realización de una radical reforma agraria, a través de la “aplicación revolucionaria de la ley” que, en términos del Tribunal Agrario de entonces se expresaba así: “la aplicación de una ley revolucionaria conlleva la acción de normas de implementación, así como el necesi-

rio afinamiento de sus disposiciones para que estas no sean erradicadas por los grupos de poder interesados en el mantenimiento de las estructuras que ella trata de transformar para el logro y bienestar de la comunidad rural”. Surgía así, en este contexto, una función tuitiva del juez agrario, lo que significaba que “es inexacto que los latifundistas y los campesinos sometan sus causas ante el órgano jurisdiccional en igualdad de condiciones, pues de un lado está el nivel cultural, la posición social, la soberanía económica y la asesoría profesional remunerada, y del otro el analfabetismo, la marginación social y la falta de recursos”. Como es obvio, esta segunda expresión de una crítica ideológica del derecho atacaba directamente al “mito de la igualdad jurídica”, valor que como condición de funcionamiento del derecho moderno es aceptado y reconocido en los sistemas jurídicos. Sólo suponiendo, idealmente, la vigencia de este valor se podía mantener una “lucha pacífica”, domesticada por el derecho como “orden jurídico”, evitando la violencia del conflicto social subyacente. La crítica a este valor jurídico, como se ha visto, suponía una tendencia a la igualación material efectiva de los sujetos de derecho en conflicto.

Si nos retrotraemos a estos contextos de lucha ideológico-político-jurídicos podemos intentar clasificar mejor el concepto de “juristas críticos militantes” y el de “juristas críticos académicos”, según se ubiquen en algunos de los campos de lucha ideológica señalados. Para los primeros la crítica al derecho era una crítica radical del sistema de organización social denominado capitalista que asumió como ropaje formal una específica estructura conceptual jurídica que no ponía en cuestión la legitimidad sancionada por una legalidad, cuya formalidad era garantía de su validez, bajo el supuesto epistemológico que era imposible determinar jurídico-positivamente la justicia material del sistema legal; así, no había, para esta posición del derecho métodos de interpretación jurídico-positivos que garantizaran la convicción de la mejor y más fiel interpretación del derecho positivo.

La historia de los países de América Latina cambió a partir de los años 80 y, después de una larga y sangrienta historia de más de veinte años (y, en otro país, por más de 40 años a la fecha) que dejó miles de muertos, desaparecidos y torturados, la crítica jurídica se orienta hacia la estructura de la administración judicial. Aquí se trata de acentuar la crítica respecto de la incapacidad moral y legal de los “operadores de justicia”, en especial la actuación de los jueces y del funcionamiento del Poder Judicial. El nuevo giro crítico asume que el problema central de una nación que busca el “desarrollo” debe poner en consonancia la actuación de los jueces con las políticas económicas del gobierno que, a su vez, siguen líneas político-ideológicas de un nuevo orden social mundial. El expresidente del Poder Judicial peruano lo ha dicho, hace poco, claramente: “El planteamiento sugiere que las instituciones tengan consistencia en sus acciones, pues el enfoque integral expresado en la voluntad conjunta de cambio tiene su contraparte en el aumento de recursos. En este sentido, la premisa a sostener es

que el Estado verá mejor al sistema de justicia si éste permanece alrededor de un plan consistentemente integrado, con vialidad para la inversión”. El “inversionismo”, es decir los instrumentos económicos financieros, del que crónicamente carecen las sociedades latinoamericanas, se convierte hoy en un valor metajurídico y en un criterio de justicia que debe guiar la práctica judicial de los jueces en la solución de los conflictos legales.

Paralelamente a este hecho consumado se han desarrollado, en los últimos quince años, movimientos críticos de la estructura conceptual positivista formal del derecho estatal, y sus versiones han sido el movimiento del *uso alternativo del derecho*, que se orientó hacia la manipulación de las normas jurídicas vigentes orientándolas a satisfacer demandas sociales, competir con el monopolio del Estado en la producción de normas jurídicas; los jueces imbuidos de esta ideología crítica se inclinaban por interpretar las leyes considerando las diferencias materiales de los litigantes y, en algunos casos, se tomaba partido por la creación de un “derecho de clase”. Por otro lado el movimiento del *pluralismo jurídico* puso de relieve el hecho sociológico e históricamente comprobable de la existencia de diferentes, simultáneos y contrarios ordenamientos legales y sociales en un mismo Estado (Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, etc). El movimiento que propugna una *postmodernidad jurídica* acoge en su seno la crítica de los dos movimientos anteriores y postula, además, una crítica al tipo de racionalidad jurídica vigente, poniendo énfasis en otros valores que deben orientar a las sociedades: la visión ecológica de la vida, el reconocimiento y respeto de la alteridad, al “otro diferente”, al género, etc.

Así, pues, el siglo XXI nos pone nuevos retos que los juristas críticos (a estas altura ya podemos diferenciar las actitudes y preocupaciones de un jurista crítico académico o militante de un jurista práctico, por ejemplo) deben asumir con claridad y orientarse a la construcción de un “paradigma de ciencia jurídica” que tenga en cuenta esta historia de los últimos 45 años de vida social y política de América Latina. Pero esta “experiencia jurídico política” de la vida social latinoamericana no puede dejar de conocer y entender la historia más lejana de la cual forma parte, incluso desde el mismo día de su descubrimiento como sociedades del Nuevo Mundo. Y aquí me refiero al hecho de que nuestra historia jurídica no es independiente de la historia de las ideas jurídica modernas, la misma que nos permite entender la constitución del derecho moderno que es el substrato de nuestra visión estándar del derecho positivo. Se trata de una historia crítica de las razones últimas y su justificación de la estructura conceptual jurídica heredada. Me parece que este camino crítico de la historia del derecho moderno pone en evidencia muchos equívocos que se han consolidado en los siglos XIX, XX y siguen vigentes en el siglo XXI. Esto quiere decir que la “ciencia jurídica” tiene su historia y que conocerla y entenderla nos pone en mejores condiciones para intentar crear nuevos paradigmas teórico-jurídicos.

Al lado de esta orientación histórico-crítica del derecho, indispensable para descubrir nuestra “identidad” en tanto juristas, hay muchos e intensos movimientos que rescatan viejas cuestiones de la retórica, del lenguaje, de la argumentación e interpretación del derecho. En el contexto de estas orientaciones críticas hay dos tópicos que resumen las preocupaciones teóricas y prácticas del derecho en la vida social: uno, herencia de la modernidad filosófico-política, se ha constituido como una referencia obligada y obligante de los estados y de las personas y lleva el nombre de “derechos humanos”, referencia que, incluso, sirve para proteger a los individuos como para aniquilarlos. Los “derechos humanos” se ha convertido en criterio para medir las formas políticas de gobierno de las naciones. Y el otro tópico es una forma particular de gobierno llamada “democracia” que ha extendido sus alcances significativos hasta la idea de un “Estado Constitucional Democrático”. Ambos tópicos aparecen, en la crítica ideológico-jurídica, como conceptos indeterminados, pero con un claro efecto de sentido perlocucionario que funciona como una carta de presentación que abre las puertas para el diálogo. Todo esto adquiere sentido en el contexto de una disputa crítica racional que desarrollan los juristas críticos académicos y militantes. Entretanto han surgido nuevos actores cuyos discursos se imponen de una manera diferente a la práctica de la racionalidad crítica.

2. ¿Te refieres a los poderes internacionales, a las instituciones de propaganda, a los medios de formación de opinión que copan la atención del ciudadano común y hasta de los propios académicos?

Efectivamente, estos nuevos actores se caracterizan no tanto por su poder de convicción a través de un nuevo discurso crítico racional, sino que su eficacia se debe a un poder institucional mediático que persuade las conciencias débiles e ignaras gracias a una manipulación casi instantánea de la información. Me refiero a las instituciones internacionales que asumen diferentes denominaciones: agencias internacionales de ayuda, Organizaciones No Gubernamentales (ONG), y a un nuevo y poderoso operador y manipulador de la “opinión pública”: el cuarto poder de los estados que se institucionaliza en la prensa, la radio y la televisión. Todos estos actores son “formadores de opinión”, creadores de “matrices de opinión” que se excluyen de la disputa racional crítica y que actúan con eficacia orientando las decisiones de políticas públicas. En esta nueva arena de la lucha ideológica la función de los juristas críticos académicos y militantes es claramente insuficiente. Sin embargo, esta situación hace más urgente y actual el reforzamiento de la crítica racional en un sentido que recupera, para la sociedad misma, la seriedad y profundidad del análisis y de los términos de la disputa efectiva en la vida político-jurídica de una nación.

3. Pero a estos nuevos actores parece que hay que agregar otro, que ejerce un dominio casi omnímodo en el panorama político mundial. Me refiero al “nuevo orden mundial” que significa, en los hechos, la imposición —muchas veces *manu militari*—, de una ideología. Los actores portadores de este discurso

del “nuevo orden mundial” no se caracterizan por su disposición y apertura al diálogo racional y crítico.

Y sin embargo no se trata de una actualización de la versión moderna de un estado universal, en donde todos vivan en paz y felicidad. Hay aquí una disputa que pone en evidencia la actualidad de una *vexata quaestio* : el triunfo del “hombre económico” de un modo desconocido hasta ahora. Tal versión económica del nuevo orden se expresa concretamente en exigencias, desde el poder omnímodo de los actores del nuevo orden mundial, concretas de organización de las estructuras económicas de los países que abarcan desde las formas de estructuración del trabajo hasta la reforma de la administración de justicia de esos países, quienes, como ya vimos, ponen por delante la instauración de una “certeza jurídica de las inversiones”. Mientras que tradicionalmente la certeza jurídica era considerada un valor intrasistemático del derecho positivo, ahora se expresa como un valor extrasistemático que se orienta al control de los jueces en sus criterios de interpretación y en el de su comportamiento moral.

4. El panorama que has trazado desde la posición de un jurista crítico, parece conducirnos a un tipo de vida académica y de enseñanza universitaria desprovista de las garantías de racionalidad y de criterios intrasubjetivos de consenso siempre dispuestos a la crítica racional. ¿Cómo aprecias el futuro de las universidades y de la enseñanza del derecho en ese contexto académico?

De hecho las universidades son, cada vez menos, centros de lucha teórica, de intercambio crítico racional y de enseñanza crítica de los conocimientos. Y, en general, la historia de las universidades latinoamericanas no se caracteriza, desde fines de los años sesenta, precisamente por ser centros en los que se debate críticamente la vida de la sociedad, en nuestro caso, expresada en las estructuras jurídicas positivas y en la aplicación práctica judicial de las mismas. De hecho una actividad crítica racional es vista como una actividad que socava las raíces del sistema establecido y sus actores son desplazados. El “profesionalismo” en su sentido más banal y procedimental se reproduce alegremente, y la indigencia teórica se refleja en la actuación de los operadores de la vida jurídica. Hace poco se han presentado quejas graves respecto de esta situación de indigencia en la enseñanza del derecho y en la ausencia de la reflexión crítica de la vida social. En el Perú se quejaban recientemente por la mala enseñanza del derecho en las Facultades de derecho de ese país. Esto que es *vox populi* desde hace mucho tiempo, ha sido comprobado a través de una encuesta de campo. En Chile, hace poco, el testimonio de un representante de la derecha chilena, miembro de la Comisión de Tortura, señalaba: “Uno de los juicios críticos violentos que tengo sobre el tema es que ni el Colegio de Abogados, ni las facultades de derecho hicieron ¡nada! por evitar esto. Y eran los únicos que tenían la capacidad de reflexionar. Ni siquiera los institutos de filosofía, ¡nada!”.

Esta desgarradora crítica pone al desnudo la lucha, a muerte en este caso, entre el poder versus la racionalidad crítica. ¿Hay un lugar, hoy, para la re-

flexión?. Nadie puede olvidar los hechos de guerra recientes en cualquier parte del mundo. Si vivimos en un estado de guerra permanente, entonces no es posible ninguna reflexión, y toda actividad de los juristas críticos sólo es posible en un espacio de limitadísima clandestinidad. Y, como sabemos, ese refugio construido en la modernidad reciente y realzado después de la segunda guerra mundial, los ‘derechos humanos’, no se impone a su sola invocación. Para algunos hay que hacer la guerra para imponerlos. Para otros la positivación jurídica de los mismos no constituye ninguna garantía de eficacia y cumplimiento de estos derechos. “Hay, pues, hermanos, muchísimo que hacer”.

ENTREVISTA CON CARLOS HERRERA

Saliste de Argentina hace varios años. Hiciste tu doctorado en Francia, y ahora te desempeñas en una universidad francesa. Eso es difícil y poco frecuente. ¿Quieres hablarnos de tu trayectoria?

Creo que lo que llamas tan generosamente “trayectoria”, es el corto trecho andado por mi trabajo, y es lo escrito que sirve de mojón para marcar tanto algunos avances como las vueltas en redondo.

Tengo, por cierto, un recorrido personal: estudié derecho en la Universidad de Buenos Aires, sin (casi) ninguna vocación jurídica pero pensando, después de leer a Weber, que la profesión de abogado me daba la independencia necesaria para consagrarme a la política. La irresponsabilidad de un profesor adjunto (que seguramente estaba harto de no cobrar un peso por sus clases), me puso, a los 19 años, frente a un curso de “derecho político”. Poco después, mi encuentro con la “teoría crítica del derecho”, que en esos años '80 era un proyecto muy activo, me convenció que el derecho podía ser un objeto teórico interesante. Para 1988 era abogado, pero disentía con el partido que se había convertido en la esperanza de la izquierda sobre el rumbo que el país estaba tomando. Esto, y otras circunstancias, me alentaron a dejar la Argentina y con ello, mi proyecto de vida, pensando que, en ambos casos, todo era provisorio... Bueno, en algún lugar pienso que la universidad es, para mí, la continuidad de la política por otros medios.

Establecido en París, hice un primer posgrado de “teoría general del derecho”, pero una cierta insatisfacción sobre las problemáticas jusfilosóficas que estaban entonces en debate, al menos en la corriente del positivismo crítico, me llevó a continuar mis estudios en filosofía. Pese al provecho que me dió esta segunda formación, me di cuenta, sin embargo, de que se tenía una mejor comprensión de lo político en un manual de finanzas públicas que en Platón o Locke. Entre tanto, los debates en la teoría del derecho se habían ampliado, con la aparición de estudios y traducciones de justistas alemanes sobre los que trabajaba. Me doctoré en filosofía política, pero volví resueltamente a la facultad de derecho, esta vez como docente. Recorrí todos los peldaños de la carrera universitaria: ayudante, adjunto y ahora catedrático. Enseño “Filosofía del derecho” y “Teoría del Estado” en la universidad de Cergy-Pontoise, una institución joven que se ha mostrado generosa con mis intereses intelectuales. Dirijo su Centro de filosofía jurídica y política, lo que me da cierta libertad para plantear temas de investigación. Y desde hace un año, soy también responsable de un posgrado sobre “Transformaciones del Estado”.

Te has interesado por temas poco frecuentes. En primer lugar, tu tesis fue sobre Kelsen politólogo. ¿Qué encuentras en ese Kelsen como para explicar un

interés tan profundo? ¿Qué es lo que Kelsen tiene para decir al mundo contemporáneo?

Esos textos permitían ya mostrar que Kelsen no era el teórico alejado de la realidad, “sin sangre”, que se nos pintaba tradicionalmente. Más bien todo lo contrario: su positivismo mostraba ser terriblemente concreto, sobre todo si se lo leía en su contexto. Algo que, por cierto, los autotitulados “kelsenianos” no hacían. A partir de sus escritos políticos traté de mostrar la “politicidad” de la teoría pura, es decir también de su teoría jurídica, que, para mi, no puede separarse de sus reflexiones “politológicas”, para usar tu expresión. Los textos políticos podían mostrar esto con mayor claridad, pero es en la *Reine Rechtslehre* donde dice que su teoría se revela como “auténtica ciencia del derecho” justamente por sus tendencias anti-ideológicas; no es en trabajos menos jurídicos donde afirma que el derecho es la más poderosa ideología del poder. E incluso, mucho antes que Foucault, insiste en que el poder no es una sustancia.

Creo que el valor de Kelsen es ante todo crítico, es decir político: nos enseña, ni más ni menos, que el derecho es una técnica para la producción de conductas, y que su medio específico es la coacción física. De la centralidad de este instrumento deriva su importancia ideológica. Y esto lo dice a partir de un análisis estructural, interno, del derecho, partiendo de la norma jurídica. No creo que esto sea ocioso, porque incluso las teorías críticas no han logrado siempre escapar de esquemas de derecho natural. Al concluir que el derecho es la forma de todo contenido posible, libera enormes espacios para trabajar la relación del derecho con lo social y lo político. Y si el derecho es una técnica social, es también la medida de lo social.

Pero lo que tenía para decir tal vez ya lo haya dicho. Pienso que allí donde el creía forjar su obra, la epistemología, su teoría tiene hoy solo un valor histórico. En el seno mismo de su proyecto había una fuerte contradicción entre lo empírico y lo normativo que no llegó a resolver nunca del todo.

También te has interesado en temas que hacía mucho no recibían la atención de los juristas, como la cuestión del derecho y la segunda internacional. ¿Qué buscas allí?

Bueno, supongo que el desinterés por estos temas tiene con ver con una forma especial de relación que tienen los juristas con la historia, y que me parece particularmente grave para aquellos que trabajan cuestiones conceptuales.

En mi caso, había, pues, un interés teórico: buscaba una reflexión jurídica que pensara el cambio social sin caer en los esquemas del jusnaturalismo. Si bien no siempre la encontré, hallé al menos un conjunto de análisis que buscaban articular la relación entre democracia, derecho y socialismo. Y, finalmente, se tomaba al Estado por las astas. En definitiva, la tradición del socialismo reformista era la única que tenía una reflexión sobre el Estado y el derecho, ya incluso en el siglo XIX, pero había quedado sepultada por el “éxito” del marxismo dentro de las corrientes socialistas. Ya me había llamado la atención que los autores

marxistas que más habían trabajado la cuestión del derecho y el Estado en el área latina (Cerroni, Poulantzas), no le prestaran mayor atención a estas corrientes, por ser políticamente reformistas (por razones obvias, en cambio, se encontraban algunas reflexiones en idioma alemán y el propio Pasukhanis se había sentido obligado de dar cuenta de ellas).

Estas investigaciones me permitieron también redescubrir ciertos pensadores olvidados, no solo europeos, sino también latinoamericanos, como el constitucionalista argentino Carlos Sánchez Viamonte.

¿Qué otros temas te han interesado?

A partir de mi trabajo sobre los juristas socialistas, y con la ayuda de dos “categorías” —en realidad, provisionales y conscientemente imprecisas—, las de “jurista de izquierda” y de “teorías jurídicas de lo político”, traté de construir una llave (pero tal vez se trate de una ganzúa...) que me sirviera para visitar un conjunto de teorías del derecho que se revelaban como auténticos proyectos políticos. Esto me lleva a avanzar ahora hacia algunas reflexiones más abstractas sobre la relación entre filosofía del derecho, política e historia. En el fondo, se trata de defender una cierta apropiación del nexo entre derecho y política desde la filosofía, que no se confunda con la sociología política, cuyos análisis encuentro a menudo reductores de la especificidad normativa del derecho.

Ligada a esta investigación surgió también un interés por los conceptos jurídicos que fueron introducidos, o en todo caso activados, por los juristas de izquierda, como los de “Estado de derecho” o, más recientemente, de “derechos sociales”. Espero que estas últimas elaboraciones me permitan desarrollar pronto algunos estudios de derecho positivo, al menos en clave comparada.

Por otro lado, trabajo desde hace ya algunos años sobre temas de historia de la izquierda argentina. La disciplina histórica me permite, con mayor facilidad que la filosofía, reflexionar e intervenir sobre ciertas cuestiones políticas de mi país.

¿Qué hay de nuevo, o de viejo, en el actual marxismo francés? ¿Te parece un pensamiento vigente, u opinas que debe ser dejado de lado, o corregido fundamentalmente?

No creo que haya novedades absolutas, pero sí existe una profundización, en muchas direcciones, por las vías del (pos)althusserianismo. Es en torno a la revista *Actuel Marx*, de la cual soy parte desde hace ya algún tiempo, que estas elaboraciones muestran su vitalidad. Algunos de estos intentos no me han resultado afortunados: por ejemplo, no creo que el marxismo necesite una teoría de la justicia (y menos neo-contractualista); si, tal vez, una teoría realista de lo político. Por cierto, me parece un pensamiento vigente, tan vigente como pueden serlo obras como las de Hegel o Nietzsche, que en algunos aspectos fueron más lejos que Marx.

No cabe duda de que es en Marx que se encuentra la explicación más integral del fenómeno capitalista. Y nosotros vivimos bajo su dominación. Para

decirlo de otro modo, no se puede entender nuestro mundo sin Marx. Yo tuve la “suerte” de tener mi formación marxista por fuera de algún partido político que se proclamase como tal o que considerase que algún Estado burocrático era la encarnación de ese pensamiento. Nunca lo vi, en consecuencia, como una “visión del mundo” (mucho menos como un dogma). Me pregunto si tiene sentido seguir situándose dentro del “marxismo”, entendido como un cuerpo de doctrina común y en permanente expansión. Supongo que para un observador externo, mi trabajo se encuadra dentro del “marxismo”, pero yo no sé si me definiría hoy como marxista, al menos en la medida en que esa identidad me obligue a justificar mi interés por ciertas problemáticas o por ciertos autores. En todo caso, “mi” marxismo está ahí, sin que tenga necesidad de ir a buscar lo que dice Marx sobre los temas que me interesan. En realidad, hace ya mucho años que no lo estudio sistemáticamente, pero hace unos meses, preparando un trabajo sobre las concepciones políticas del Círculo de Viena, volví a leer algunas de las páginas de Engels que sirvieron para canonizar el “Diamat”. Y bien, me ref de mis prejuicios, porque están llenas de intuiciones, e incluso proposiciones, muy vigentes, al menos tanto como algunas tesis de Otto Neurath.

¿Cómo ve un latinoamericano a América Latina desde Francia? ¿Hay diferencias entre los puntos de vista de la izquierda europea y la latinoamericana, en punto a los procesos que vienen dándose en nuestros países?

Ve al capitalismo escandalosamente desnudo, cuando aquí suele pasearse (pero no siempre), vestido de Armani y perfumado con Calvin Klein.

Una respuesta cabal a tu pregunta, y solo limitada al país que conozco mejor, la Argentina, llevaría muchas páginas, y solo pensando en temas como el vínculo de la cultura de izquierda con el peronismo, el “progresismo”, el trabajo académico, o algo mucho más concreto como las relaciones con el Brasil. Pero para resaltar algunos aspectos políticos que abren elementos interesantes de reflexión para la izquierda, diré que los sucesos de diciembre del 2001 en Argentina, y su “qué se vayan todos!”, tuvieron una importancia que aun no medimos con precisión. Creo también que alrededor del zapatismo se dió una reflexión sobre la izquierda y la cuestión de la “toma del poder” que puede ser interesante, aunque no tuve ocasión de ocuparme directamente del tema.

Me parece que el propio proceso de mundialización (que, a mi entender, es menos una realidad fundamentalmente inédita que una nueva aceleración capitalista) ha servido para acortar bastante las distancias en aras de entender lo que ocurre en ambos continentes. Pero bueno, hay algunos fenómenos latinoamericanos que resultan más difíciles de juzgar para los europeos, sobre todo aquellos procesos ligados al populismo, lo que lleva a que se malinterpreten, para un lado y para el otro, experiencias como las de Venezuela (con Chavez) y la de Argentina (con Kirchner).

¿Qué opinas de la izquierda europea? ¿Y de la izquierda jurídica?

La izquierda europea tiene una ventaja con respecto a la latinoamericana: no está tan contaminada por el populismo ni el catolicismo “social”, tampoco se preocupa por crear identidades amorfas del tipo “centro-izquierda”. La cultura obrera de la izquierda europea está aún allí, en algunos casos también las heridas de una guerra civil perdida, aunque más no sea como una marca inconsciente sepultada por tantas experiencias poco felices de ejercicio del poder.

Pero la categoría de “izquierda”, y encima “europea”, tal vez sea demasiado amplia. El problema es que lo que aquí se denomina “izquierda” son partidos de gobierno, que en mi país de adopción, especialmente después de la llamada experiencia de la “izquierda plural”, incluye en sus desatinos también al PC y a los Verdes. Entendámonos bien: el problema no es que sean “reformistas”, sino, justamente, que hayan dejado de serlo. En esa óptica, me parecen interesantes ciertos procesos abiertos en algunas corrientes de lo que se llama aquí la “extrema-izquierda”, que van en el sentido de romper con la dicotomía reforma-revolución, que, para mi, no tiene mucho sentido, al menos tal como se planteó a principios del siglo XX.

La “izquierda jurídica” sufre la separación, muy tajante, entre el trabajo académico y el militante, como vos y algunos otros compañeros ya lo evocaron en la discusión preparatoria para este encuentro. No creo que la situación sea muy halagüeña: a la “izquierda jurídica” militante le faltan a menudo instrumentos teóricos para afrontar la discusión, a veces incluso para comprender ciertos procesos. La “izquierda jurídica” académica es muy débil, pero, sobre todo, difícil de definir, porque la universidad es un espacio complejo, donde los clivajes derecha/izquierda tienen matices específicos. Los dos principales criterios que tal vez podamos utilizar para caracterizarla, el de los objetos de interés y el de las posiciones políticas en los debates de la vida universitaria o nacional, no siempre son coherentes entre sí. Puesto a sopesar las respectivas limitaciones, creo que prefiero a los juristas militantes. “Siempre el coraje es mejor/la esperanza nunca es vana”, decía Borges...

¿Deseas agregar algo más?

Quizás preguntarme si una perspectiva crítica sobre el derecho sigue teniendo en su agenda una reconstrucción general de sus proposiciones en clave epistemológica. En verdad, tal vez cabría preguntarse qué tipo de pertinencia tiene la cuestión de la “ciencia del derecho” en la reflexión jusfilosófica. Sospecho que Kelsen, quien pusiera con mayor radicalidad esta problemática sobre el tapete, tenía ideas demasiado simples sobre la relación entre conocimiento científico e ideología.

Pero temo hacerme demasiado largo en mis respuestas, y pronto estaremos juntos.

París, veinte de octubre del dos mil cuatro.

ENTREVISTA A GABRIEL VARGAS LOZANO.

Gabriel Vargas Lozano es actualmente, profesor-investigador titular en el Departamento de Filosofía de la UAM-I. Fue fundador y hasta la fecha director de la Revista Dialéctica de la Universidad Autónoma de Puebla. Recientemente dejó el cargo de Presidente de la Asociación Filosófica de México, A.C. Ha escrito varios libros entre los que podemos mencionar: *¿Qué hacer con la filosofía en América Latina?* Ed. UAM, México, 1990 y *Mas allá del derrumbe*. Siglo XXI Editores, México, 1994. Ha impartido conferencias y presentado ponencias en diversos países y en prestigiosas universidades. Recientemente fue Presidente de la sección de filosofía contemporánea en el XXI Congreso Mundial de Filosofía celebrado en Estambul, en agosto de 2003. Sus trabajos han sido publicados en italiano, alemán, inglés, servo-croata, ruso y portugués.

1. Te hemos invitado especialmente a la PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA, aún cuando no eres jurista. No obstante, desde tu actividad principal, la filosofía, has empujado durante pronto hará treinta años, una revista, DIALÉCTICA, que has conseguido mantener a pesar del tiempo y a pesar de la evidente hostilidad contra el marxismo, que se palpa en nuestro mundo intelectual. Cuéntanos de la revista, de su trayectoria, y de su situación actual.

Para mi es un honor pero también una magnífica oportunidad la invitación que me has hecho, para expresar, ante una audiencia especializada, algunas ideas sobre la situación del marxismo en la actualidad. Reafirmo lo que dices en cuanto a que no soy jurista y lo único que puedo aducir a mi favor es que me muevo en un terreno limítrofe como es la filosofía política.

Sobre la revista *Dialéctica*, como tu sabes, porque también fuiste parte del grupo fundador, se inició en 1976, en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla. Uno de sus principales objetivos fue el de defender a una Universidad que se había declarado crítica, democrática y popular, y que estaba amenazada por la ultraderecha (fuera y dentro del gobierno) ya que no deseaban que la institución se pusiera al servicio de las clases populares. Otro de sus propósitos era (y es) el de aportar ideas nuevas desde una perspectiva filosófica, marxista abierta y crítica a la situación en que nos encontrábamos en México y Latinoamérica. Fue así que, a trancas y barrancas y enfrentando a las grandes dificultades que enfrentan todas las revistas universitarias (financiamiento y distribución) que publicamos de 1976 a 1988, 20 números con un gran éxito ya que al tiempo que dimos a conocer textos de figuras tan importantes como Lukács, Habermas, Mézaros, Sánchez Vázquez, Georges Labica, González Casanova; inéditos de Marx o documentos como el manifiesto de Solidaridad Polaco; también celebrábamos coloquios como el realizado en 1987 titulado “Marxismo y cultura política en la crisis actual”. Luego, vino el derrumbe del

llamado “socialismo real” en 1989 y la revista sufrió una suspensión para reaparecer en 1991 en una segunda época que se inició con un número dedicado, precisamente a dar una explicación del colapso del socialismo real con textos de Semo, Löwy, Salazar Valiente, Enrique de la Garza y otros. Por cierto, Löwy decía en su ensayo, que el comunismo no podía morir porque todavía no había nacido en ninguna parte. En esta segunda época, cambiamos de formato y de estructura y hemos publicado textos muy interesantes como los relativos a las señas de identidad de la izquierda; un detallado análisis de Juan Brom sobre la forma en que el gobierno, durante el período de Ernesto Zedillo, ya en plena adecuación a su política de anexión vergonzante a la economía Norteamericana, cambió los libros de texto de historia de enseñanza básica, alterando hechos e interpretaciones; la izquierda en los Estados Unidos y reflexiones como el de Raúl Páramo sobre un tema que nos afecta a los latinoamericanos: “el trauma de la conquista” desde el punto de vista psicoanalítico y la forma en que podríamos redimir dicho trauma. Pongo solo algunos ejemplos porque sería muy largo hablar de las importantes colaboraciones que hemos recibido. Objetivamente creo que la revista ha cubierto un espacio teórico filosófico y científico social que ha logrado un prestigio nacional e internacional. Un ejemplo de ello es que recientemente, *Dialéctica* fue mencionada como una de las revistas de izquierda mas importantes del mundo en el *Dictionnaire Marx Contemporain* publicado por Jacques Bidet y Eustache Kouvélakis publicado por PUF (2001) en Francia. En otras palabras, a pesar de ser una revista crítica de orientación marxista y a pesar de los enormes golpes que ha recibido la izquierda socialista, el interés se ha mantenido. Después de un número extraordinario en que recogimos las intervenciones de un coloquio muy representativo de las fuerzas progresistas de México (“La Izquierda, hoy. El debate de Puebla” en octubre de 1999) estamos por publicar un nuevo número que amenaza con estar bastante bueno con colaboraciones de Dominico Losurdo, Perry Anderson, Iztván Mészáros y otros.

2. Te hemos invitado especialmente porque conoces profundamente el marxismo, y porque la Crítica Jurídica no sería sin el aporte marxista. En eso somos caminantes del mismo camino. ¿Cómo se explica esta hostilidad contra el marxismo, y el cambio de bando de muchos intelectuales que hace 25 años eran pilares del pensamiento revolucionario?

Esta es una pregunta muy interesante y desde luego habría que preguntarle a cada uno de los exmarxistas, las razones de su cambio de ideas. Sin embargo, quisiera mencionar un dato: en Estados Unidos, el adalid del anti-comunismo, existe un grupo en la Universidad de Massachussets que ha organizado congresos muy importantes sobre Marx y publica una revista teórica llamada *Rethinking Marxism* pero también está la “Radical Philosophy Association” que realiza una gran actividad teórica y práctica. En Inglaterra se mantiene un importante grupo de marxistas alrededor de *New Left Review* y de una magnífica revista *Histoirical Materialism* para no mencionar a *Radical Philosophy*; en Alemania, Wolf Haug

dirige una empresa teórica extraordinaria en su *Historish Kristisches Wörterbuch des Marxismus* en trece gruesos volúmenes de los cuáles van publicados cuatro (por cierto yo elaboré dos trabajos: uno sobre el “fin de la historia” y otro sobre el difícil tema de las “leyes de la historia”) y el primer volumen del *Historisch Kritisches Wörterbuch des Feminismus* coordinado por Frigga Haug. En Francia, se desarrolla el magno proyecto de la revista *Actuel Marx* que lleva muchos números publicados y congresos mundiales muy importantes (el cuarto congreso acaba de realizarse en París a fines de septiembre bajo el tema de “Guerra imperial y Guerra social”) y finalmente, en Italia se está organizando un centro de investigaciones sobre el Pensamiento de Marx en el que intervendrán varias universidades italianas. Todo esto ¿qué quiere decir? Quiere decir que la investigación sobre el pensamiento de Marx y del marxismo continúa en sus vertientes más fecundas y creativas en los países desarrollados. Pero ¿qué ocurre en México? En nuestro país el marxismo como teoría y como práctica ha disminuido de manera increíble. ¿Por qué? En mi opinión se trató en algunos casos, para decirlo con claridad, del oportunismo de diversos intelectuales frente a las corrientes dominantes. En otras palabras, al ver que desaparecía del panorama el bloque socialista y que se imponía el neoliberalismo como política de Estado, dieron un salto triple mortal y aparecieron reconvertidos con su camiseta de “Tome Coca-Cola”. En otros casos, se trató de una inconsistencia teórica muy usual en nuestro medio ya que se toma a las corrientes filosóficas o científico-sociales en forma superficial y repetitiva. Por tanto, es fácil cambiar de corriente de acuerdo con los vientos que corran. En otros más, frente a tantos problemas que ha enfrentado el marxismo, se han dado por vencidos en lugar de buscar una explicación y una alternativa a la situación actual. No los culpo. No es nada fácil nadar contracorriente. Tiene muchas consecuencias políticas.

Pero lo más grave es que, en nuestro país, la izquierda política renunció a cualquier versión del marxismo para poder mantenerse vigente. Es decir, en lugar de iniciar un proceso de re-adequación del marxismo a las condiciones presentes, adoptó una posición pragmática. Un ejemplo de ello fue la desaparición del Partido Mexicano Socialista, para convertirse en Partido de la Revolución Democrática, después del fraude realizado en contra de Cuauhtémoc Cárdenas. No estoy juzgando el hecho sino solo exponiéndolo.

3. Has escrito sobre el derrumbe del mundo socialista en Europa. ¿Podrías ayudar a nuestros jóvenes lectores a explicarse ese proceso?

Me haces una súper pregunta que tendré la temeridad de intentar su respuesta lo más sintéticamente posible: en 1994, es decir, a tres años del derrumbe que duró de 1989 a 1991, publiqué en la Editorial Siglo XXI mi libro titulado *Mas allá del derrumbe*. Se trataba de explicar y de explicarme, entre otras cosas ¿por qué había caído el llamado socialismo real y cuál era la alternativa que tenía la izquierda?

En forma muy resumida, en mi opinión existieron causas históricas, políticas y teóricas. En primer lugar, el socialismo en la URSS trató de ser realizado en una sociedad atrasada (véase el libro de Lenin, *El desarrollo del capitalismo en Rusia*). Este hecho tendría profundas consecuencias. Como se recordará, la revolucionaria rusa Vera Zasulich le escribió a Marx preguntándole si era posible pasar de la Comuna Rusa al socialismo, o si había que construir primero el capitalismo. Pregunta estratégica central. Marx, después de meditarlo mucho, le escribió a Vera Zasulich diciendo que este salto era posible. Sin embargo, en el prólogo a la edición rusa del Manifiesto, un poco antes de morir, consideró también que sólo podría sobrevivir dicha sociedad, si se desarrollaba el socialismo en Europa Central. Lo que ocurrió fue la derrota de la revolución socialista en Europa Central; el cerco de los países imperialistas a Rusia; el surgimiento del fascismo y el nazismo que, en forma sangrienta, no sólo acabó con los movimientos revolucionarios y sus dirigentes (entre ellos, Gramsci, Rosa Luxemburgo o Karl Liebknecht), sino que inició un plan demencial para dominar al mundo, cuyo primer paso fue la invasión a la URSS. Esta invasión le costó a la URSS 20 millones de muertos. Aquí tenemos entonces dos problemas: tratar de iniciar el socialismo en una sociedad atrasada (por tanto, lo primero que había que hacer era superar el atraso), y tratar de lograr dicha sociedad sin apoyo internacional, es decir, en una fortaleza asediada. Ahora bien ¿qué pasó al interior de la fortaleza? Ocurrió que murió Lenin en 1924, quien era el único que podía mantener un equilibrio entre los revolucionarios, y accedió José Stalin, quien realizó diversos actos de barbarie: el primero de ellos, la colectivización forzosa y el asesinato o envío a Siberia de millones de campesinos; el segundo fue la ejecución de la vieja guardia en los llamados “Procesos de Moscú” en los años treinta, y de quienes no se han probado, hasta la fecha, los cargos de contra-revolucionarios. Aquí mismo, cerca de Ciudad Universitaria, se encuentra la casa en donde se asesinó a León Trotsky. En tercer lugar, se deformó la teoría de Marx y Engels, y se forjó una concepción (el llamado marxismo-leninismo) que se sostenía en el mecanicismo, determinismo e ideologismo más pedestre y, finalmente, en cuarto lugar, se creó una burocracia (la famosa *nomenklatura*) que impuso una “dictadura sobre el proletariado”. Pero como el demente Hitler y sus aliados se opusieron a todos, la Segunda Guerra Mundial terminó con un nuevo reparto del mundo, en la famosa reunión de Yalta entre los dirigentes de las grandes potencias, y muchos países de Europa Oriental quedaron dentro del bloque socialista. Stalin muere en 1953 pero en 1956, Jrushov denuncia sus crímenes en una sesión secreta del XX Congreso del PCUS. Este hecho podía haber iniciado una “revolución dentro de la revolución”, pero Jrushov fue derrocado, en 1964, por la vieja guardia estalinista, y ésta volvió al poder con Brezhnev. Esta burocracia, en lugar de adaptarse a las nuevas circunstancias, quiso mantener su dominio a sangre y fuego, e interrumpió la modernización del socialismo en Checoslovaquia con sus tanques en 1968; se opuso a cualquier reforma en Polonia; hostilizó a Yugoslavia; se

enemistó con China e invadió Afganistán. En otras palabras, en lugar de iniciar un proceso de reforma interna que permitiera destrabar los problemas que ya se advertían en la planificación socialista, y permitir una libre expresión de las ideas, se encerraron en su propio poder creyéndose indestructibles. Pero además, había dos graves problemas con los que había que contender: el primero era la profunda revolución tecnológica que se estaba operando en los países capitalistas, y que ha producido, nada menos que una nueva etapa de dicha sociedad. Esta revolución no fue incorporada (no podía serlo manteniendo aquella estructura anquilosada) en los procesos de producción, distribución, intercambio y consumo en los países socialistas, con lo cual apareció la obsolescencia. El segundo problema fue la carrera armamentista. Los estrategas de Washington, conociendo la debilidad de aquellos regímenes, decidieron, maquiavélicamente, iniciar un programa armamentista espacial que obligaría a la URSS a gastar una gran parte del presupuesto en ese objetivo, produciendo un colapso de los servicios sociales (salud, educación, deporte, cuidado de la niñez y de la vejez, etcétera), que el Estado socialista tenía que proporcionar en forma gratuita. Por tal motivo, si el aparato de gobierno estaba desprestigiado ante la gente por su antidemocracia y autoritarismo; si había una serie de trabas estructurales que no podían resolver; si no había forma en que la gente expresara su descontento; si habían mentido descaradamente en su versión de la historia, y si el estado benefactor se encontraba colapsado, sólo podía venir el derrumbe de aquellos regímenes. Lo que hizo Gorbachov con su *perestroika* y su *glasnost*, fue sólo precipitar la crisis con una ingenuidad digna de la Madre Teresa de Calcuta. Permíteme una breve anécdota: en 1987 me encontraba viendo las noticias en la televisión, narradas por el campeón de anticomunismo Jacobo Zabłudovsky y, para sorpresa mía, hizo un enorme elogio de Mijail Gorbachov y después, fue recibido calurosamente en los Estados Unidos y le otorgaron el Premio Nobel de la Paz. ¿Qué significaba esto? Que Gorbachov, como lo dice claramente en su libro *La Perestroika*, les estaba entregando el poder a los Estados Unidos, en bandeja de plata.

Ahora bien, al derrumbarse el llamado “socialismo real” en Europa del Este y la URSS, el capitalismo difundió la buena nueva: ¡ha muerto el socialismo! Lo que había muerto, en realidad, era un régimen burocrático que se había denominado a sí mismo como socialista. También dijo: ¡Ha muerto el marxismo! Aquí la pregunta ¿era cuál de los muchos marxismos existentes? Y, finalmente, difundió por todos los medios masivos de comunicación que ¡Había muerto Marx!. Lo que me pregunté era ¿qué no había muerto en 1883? Pero como dijo Jacques Derridá, el espectro de Marx sigue allí por una razón: la mayor parte de su obra constituye una explicación y crítica de las características del capitalismo, y, en lo que se refiere al socialismo, había que construirlo, pues Marx escribió al respecto sólo una treintena de páginas.

4. ¿Crees que el marxismo de Marx debe ser repensado en algunos aspectos? ¿En cuáles?

Marx decía que él no era marxista. Yo diría que todo debe ser repensado porque nada puede permanecer estático. Marx mismo tenía como guía la frase: *de omnibus dubitandum*. Pero pondría un par de ejemplos:

Yo creo que la división esquemática entre nivel económico; superestructura jurídica y formas de conciencia ideológica que se derivan del famoso “Prologo a la Contribución de la Economía Política de 1859” es sumamente esquemático y sin abandonar la prioridad de lo económico, se debería, como por otro lado, también hizo Marx en *El Capital* o en el *Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, o historiadores como Erich Hobsbawm y Pierre Vilar, o sociólogos como Immanuel Wallerstein, repensar en forma dialéctica y compleja.

Otro ejemplo muy importante de lo que debe ser repensado es la estrategia del cambio. Marx y Engels decían en el *Manifiesto del Partido Comunista* que la palanca fundamental del cambio era la clase obrera industrial: hoy sabemos que ha habido una profunda transformación de la clase obrera, y que no sólo ha aparecido el sector de los servicios, sino fenómenos tan importantes como los movimientos ecologistas, feministas y, en nuestro caso, indigenistas, que forman también parte de un grupo de fuerzas que se deben unir para producir el cambio.

Por tal motivo, desde mi punto de vista, todo debe ser ampliado, desarrollado, modificado, recreado a partir de la profunda mutación histórica que venimos experimentando.

5. Siendo el marxismo un pensamiento ligado directamente con la práctica revolucionaria, ¿cuál crees que debe ser la acción política y cultural de los marxistas contemporáneos? Quiero que contestes pensando en que nuestros lectores son juristas, cuya actuación profesional no puede ser ilegal o clandestina, y debe mantenerse en los estrechos márgenes que el derecho acuerda a la defensa de los intereses de las víctimas del capitalismo. Pero son juristas que han apostado su profesión y su vida a la defensa de esas víctimas.

En mi opinión hay, al menos, dos formas del cambio: una es la revolución que no ocurre cuando la gente, en lo individual, desea, sino cuando las condiciones históricas y sociales lo posibilitan. La otra es la reforma que implica cambios más o menos pacíficos. Ahora bien, en mi opinión, el marxismo es una herramienta teórica de primera importancia para conocer el capitalismo y, por tanto, en mi opinión, a un jurista le conviene estudiar las características del sistema analizadas no sólo por los clásicos sino por una serie de autores como Samir Amin, Sweezy (que acaba de morir); Wallerstein; González Casanova, Gerard Pierre Charles, Theotonio dos Santos, Hobsbawm, Arrighi, Mandel, Mézarios, Anderson y tantos otros.

En segundo lugar, considero que la perspectiva jurídica se ha vuelto central para analizar y denunciar las tropelías cometidas por las grandes potencias, y que están en contradicción con los propios documentos firmados. Un ejemplo extraordinario es el “Tribunal de los Pueblos” que se ha reunido en Roma y ha

emitido una serie de resoluciones en torno a la ilegalidad e ilegitimidad de las acciones imperialistas en Kosovo, Afganistán e Irak.

De igual forma, tenemos vacíos jurídicos impresionantes que sólo quienes son especialistas pueden llenar, por ejemplo, el de la autonomía de los pueblos indígenas. Todo ello, independientemente de que la denuncia de las contradicciones del propio sistema jurídico junto a los movimientos políticos, pueden permitir evitar injusticias sin fin en virtud de que el propio sistema ha colocado como “tribunal supremo” al estado de derecho.

Finalmente, los juristas críticos podrían pensar la forma que adoptarán las nuevas instituciones en un nuevo Estado que substituyera al actual.

6. Tu vida profesional ha girado en torno de la universidad, la investigación y la enseñanza. ¿Cuál es el papel de los intelectuales marxistas en la universidad? ¿Qué se puede conseguir allí? (Hace años, algunos pensaban que había que salir de la universidad e insertarse en las luchas proletarias).

El marxismo es un paradigma filosófico, científico y político complejo y en evolución, que, al igual que el liberalismo o el positivismo, se ha propuesto como vía de solución para los problemas de la sociedad.

En la universidad, estudiamos estos fenómenos; los enseñamos y desarrollamos una serie de teorías que, en esta sociedad dividida en clases, deberían servir para un mejor conocimiento, tanto de la sociedad en su conjunto, como para las fuerzas que quieren el cambio. En mi opinión la Universidad no es un partido y, si las fuerzas progresistas en México lo pensaron así durante las décadas de los sesenta y setenta, fue por una razón muy concreta: no había libertad política en nuestra sociedad, hecho que empezó a corregirse a partir de la década de los ochenta, pero ello no quiere decir que la Universidad pública no pueda aportar luces para salir de la situación actual.

Ahora bien, entre los investigadores universitarios y el movimiento político deben establecerse puentes constantes para poder fortalecer a la práctica.

La Universidad es un bastión de producción y re-producción de conocimientos en una sociedad que, como en la nuestra, no existen suficientes organismos de investigación en otros lugares, como lo serían los propios partidos y otros organismos de la sociedad civil.

7. El espectáculo del mundo actual no hace sino dar la razón a Marx. Pero ¿también le da la razón a Marx en su búsqueda de un cambio revolucionario de la sociedad?

En mi opinión, Marx no estaba casado con una forma del cambio determinada. Su diagnóstico era que, como había ocurrido hasta ahora, los cambios se habían presentado en forma violenta. Sin embargo, muchos se sorprenderán de que, en un discurso en Ámsterdam, dijo que si había las condiciones políticas y culturales suficientes, el cambio podría presentarse en forma pacífica.

Pero a tu pregunta la pondría en un plano más realista: el instrumento más importante que contamos, desde el punto de vista científico es “El informe

sobre desarrollo humano” de la ONU. Este informe nos dice que no sólo 20% de la humanidad concentra la mayor riqueza del mundo, sino que la pendiente de la pobreza y miseria tienden a acentuarse en el futuro. En mi opinión esto es producto del desarrollo capitalista. Por tanto, hay tres opciones: o se produce un cambio en los países desarrollados; o se genera una sociedad democrática que impida, dificulte y transforme las directivas del capitalismo salvaje que se quiere imponer en Latinoamérica, o los pueblos encontrarán vías inéditas para salvarse de la crisis.

8. Has andado mucho. Cuéntanos de si ves diferencias entre los marxistas europeos y los latinoamericanos.

Ya lo he mencionado, mientras los marxistas europeos han sido muy creativos y están a la vanguardia, los latinoamericanos, en general, estamos esperando qué es lo que se les ocurre teniendo frente a nosotros una realidad que nos reclama innovaciones y respuestas teóricas y prácticas.

9. Con todo lo difícil que es hacer proyecciones, ¿piensas que el marxismo servirá como esa herramienta intelectual de progreso social que siempre se ha propuesto ser? ¿Ves al marxismo retomando posiciones en los procesos latinoamericanos que parecen avecinarse con la llegada al poder de algunos presidentes no del todo bien vistos por Washington? ¿O el marxismo sólo podrá dar pelea en el mundo de la cultura?

Cada vez me haces preguntas más amplias que deberíamos responder colectivamente. Sobre la primera pregunta yo diría que la única manera de que el marxismo se mantenga vigente, será por la audacia y pertinencia de sus respuestas a los problemas actuales. Sobre la segunda habría que hacer una revisión, país por país. En Cuba y Colombia, se han estado efectuando Congresos Internacionales sobre “Marx en el siglo XXI” que han planteado con franqueza, y más allá de las posiciones tradicionales, los problemas mundiales. Creo que debería continuarse con esa línea. En Argentina, se mantienen revistas como Tesis 11; una buena producción editorial y, desde Clacso, Atilio Borón ha lanzado la iniciativa del desarrollo de una filosofía política del marxismo. Por cierto, en *Dialéctica* publicamos un texto (que luego se re-publicó en un folleto independiente por el “Centro de documentación en teoría crítica” de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM) interesante, y que debería ser objeto de debate en torno a las vías de renovación del paradigma en esta dimensión. En Brasil hay un importante desarrollo del marxismo. En Nicaragua, en cambio, hasta donde sé, hay una decadencia después de su vínculo con la teología de la liberación, y, en Venezuela, si no me equivoco, el marxismo no juega un papel central aunque sí algunos marxistas.

¿Quieres agregar algo? ¿Algo que debimos preguntarte y no lo hemos hecho?

Me has hecho una entrevista muy amplia la cual te agradezco. Lo que creo es que debemos pensar, en forma urgente, el problema de las alternativas a la situación actual. Por lo demás, te felicito por tus iniciativas; por haber mantenido por largo tiempo a *Crítica Jurídica* una revista tan valiosa como única y por seguir explorando la reflexión en torno al marxismo en sus diversas dimensiones.

ENTREVISTA A XIXO (ALIAS WILSON RAMOS FILHO)¹

1. ¿Desde hace cuanto tiempo te dedicas a defender los derechos de los trabajadores?, ¿Cómo te iniciaste en este trabajo?

Em 1982, terminando de cursar os créditos do mestrado em Direito de Estado e Ciência Política na Universidade Federal de Santa Catarina, fui convidado a trabalhar no escritório de advocacia de um velho militante de esquerda, Edésio Passos. A partir de então venho me dedicando à advocacia em defesa dos direitos dos excluídos.

2. ¿Crees haber contribuido a mejorar la situación de tus clientes? Quiénes son tus clientes?

Nos últimos 15 anos nossa advocacia tem se concentrado na defesa de trabalhadores demitidos em face de seus ex-empregadores. Nesse trabalho se consegue reaver um pouco da mais-valia expropriada pelos empregadores, nada mais que isso.

3. ¿Cuál ha sido tu experiencia con el judiciario trabalhista? Son jueces progresistas? Reaccionarios o conservadores?

A Justiça do Trabalho no Brasil é uma estrutura concebida para não funcionar. Os processos são demorados (uma empresa representada por um bom advogado consegue prolongar uma demanda por mais de 10 anos), os juros sobre os débitos trabalhistas são insignificantes, não há uma multa pelo descumprimento das leis trabalhistas, etc. Como em toda instituição a Justiça do Trabalho é composta por juizes das mais distintas orientações políticas e ideológicas (lembro que no Brasil o acesso ao cargo de magistrado se dá por concurso público de provas e títulos). Os problemas da Justiça do Trabalho não estão centrados na figura dos juizes mas na própria estrutura do Judiciário e na existência de um sem-número de recursos que fazem com que muitas vezes os trabalhadores prefiram fazer acordos por 40% do valor da demanda do que esperar o regular trâmite do processo

4. ¿El judiciario ha constituido un problema para ustedes, o ha sido favorable a los obreros?

As demandas trabalhistas em geral são julgadas procedentes, sendo rara encontrarmos ações improcedentes.

5. Eres miembro del partido de los trabajadores, hoy en el gobierno. ¿Qué perspectivas, favorables o no, puedes avizorar para el ejercicio de tu profesión al servicio de los trabajadores?

Está em curso uma reforma trabalhista. Caso a proposta governamental seja aprovada sem grandes alterações no Congresso Nacional se espera que os

¹ Wilson Ramos Filho es, en tanto Xixo, abogado laboralista defensor de obreros y sindicatos. Entanto Ramos Filho, es profesor de la Universidad Federal de Paraná.

processos tenham tramitação mais ágil e que diminua o nível de delinquência patronal no descumprimento da legislação trabalhista.

6. ¿Qué piensas sobre el futuro de la democracia, el derecho y los abogados críticos, luego de esta experiencia en el gobierno?

É difícil respondê-la, pois se trata de vaticínio. Lula está fazendo um excelente governo (comparado com os 500 anos dos governos anteriores), atacando privilégios, reduzindo as desigualdades sociais, promovendo reformas estruturais (para desespero das elites, da mídia conservadora e de uma certa “esquerda” pequeno-burguesa encastelada em algumas universidades que, só sabendo criticar, continua criticando o governo que ajudou a eleger) que mudarão a história do país. Sendo assim, não acho que possa haver uma resposta sobre o reflexo desse governo para o “futuro da democracia” pois isso dependerá de uma correlação de forças que se dará no futuro. Também não posso responder sobre os reflexos do atual governo de esquerda para o direito e para os advogados críticos. Até onde posso compreender, o direito não depende do governo, até porque as leis não mudam de acordo com o calendário eleitoral. O que sim, pode mudar, é a *aplicação* do direito por parte dos tribunais. De fato, ao tempo em que o neoliberalismo estava na moda, era comum vermos interpretações judiciais repetindo os dogmas neoliberais. Hoje, muito timidamente, já vemos julgados se referindo a fatores sociais na fundamentação das decisões. Mas isso também é um processo: a mudança na percepção dos magistrados não se opera automaticamente em função do calendário eleitoral (até porque vários magistrados não votaram no PT e muitos deles foram “prejudicados” com a reforma previdenciária que acabou com vários privilégios que a eles haviam sido historicamente concedidos).

Quanto aos advogados críticos, pouco mudou. As urgências sociais não desapareceram com a eleição de Lula. A nós, advogados do movimento popular, cabe continuar a pressão sobre o Estado para que as reformas necessárias sejam efetivamente implementadas e no menor tempo possível. O governo do PT, como qualquer governo, será uma resultante da correlação de forças que se estabelecer na sociedade. Como parte dos empresários se aproximam do governo tentando influenciá-lo, cabe ao movimento social influenciar o governo com suas táticas (ocupações, greves, etc) e aí o papel dos advogados críticos vinculados ao movimento permanece o mesmo: servir de instrumento do movimento social na frente de lutas jurídica. Seria terrível se não fosse assim, pois os advogado críticos não são e nunca serão governo: são instrumentos dos movimentos sociais na pressão sobre o Estado e sobre este e ou sobre qualquer governo. Até porque, se ocuparem cargos no governo, embora advogados e embora críticos, não serão “advogados críticos” no sentido em que estamos habituados a utilizar a expressão, como sinônima de “advogados comprometidos com a emancipação dos explorados” em face dos patrões e do Estado.

Em resumo: a chegada do PT ao governo (que poderia ser mais ousado em suas políticas, segundo nosso entendimento) não acabou com o capitalismo,

com a exploração e com a exclusão social. Os advogados críticos, que continuam atuando como advogados do movimento social e popular (dentre os quais eu me incluo) terão que seguir agindo como sempre agiram, instrumentalizando o direito na defesa dos interesses dos excluídos sociais. Essa postura não se confunde com aquela da pequeno-burguesia meramente universitária pretensamente de esquerda que, absolutamente afastada das lutas populares, se dedica a criticar o governo Lula (nisso se aproximando das elites e da direita reacionária) apontando-lhe as contradições e dificuldades. Esses setores (que não são propriamente “advogados críticos” embora possam ser “professores de direito críticos”) nunca foram realmente fundamentais ao movimento social e, na verdade, poucos são os que ainda lhes dão ouvidos (salvo pela imprensa conservadora que, para atacar o governo de esquerda, amplificam as “críticas” formuladas por tais setores).

Espero haver respondido à sua pergunta, grande camarada.

ENTREVISTA CON BÁRBARA ZAMORA¹

1. Has decidido ejercer tu profesión al servicio de causas populares y de los derechos humanos ¿cual es la historia que te condujo de la facultad de derecho, conservadora a tu militancia actual?

No es en la facultad de derecho donde tomé la decisión de conducir mi vida por el rumbo que ahora sigue. Fue en mi niñez, sin saberlo, donde se gestó mi decisión. Desde pequeña fui consciente de la existencia de que una gran parte de la población era excluida de todo. Ignoraba entonces todo concepto sobre la justicia, sobre la igualdad social. Si la posición en la que me encontraba era justa o era injusta yo lo ignoraba. Ningún concepto, ninguna palabra abstracta tenía importancia en esas situaciones. Sólo sabía que la vida —para ciertas personas, incluida yo—, era difícil y no muy agradable, y que para estar en ella había que trabajar mucho. Y que había otras personas para quienes la vida era algo más que el trabajo.

Esta conciencia muy temprana y un poco simple de lo que era la desigualdad en la vida no la obtuve en la escuela, o por una precocidad intelectual, sino, porque yo formaba parte de ese enorme grupo de seres humanos que había sido excluida de la economía, de la justicia, de la educación, etcétera. Pero, insisto, cuando uno está en esa situación, ninguna de esas palabras tiene sentido. Ninguna reunión para mejorar la gobernabilidad o la impartición de justicia, ninguna reunión para combatir el hambre, es útil en ese momento.

Fue a la edad de doce años cuando comencé a trabajar, y fue quizá entonces cuando, secretamente, sin saberlo yo, tomaba la decisión de defender a los excluidos. Esta historia no te la cuento porque prefiero no hablar de lo dramático de esa situación y hasta te va a parecer telenovela.

No me gusta la palabra militancia, porque implica cierta noción de lo militar con la que nunca estaré de acuerdo. Y porque, insisto, hay muchas palabras que carecen de sentido cuando uno está excluido. Y militancia, como justicia o democracia, es una de ellas. Yo prefiero trabajar de forma silenciosa para dotar de sentido a todas las palabras, y entonces, un día, salir del silencio y poderlas pronunciar con la certeza de que dicen algo.

2. En esa militancia, perdón por la insistencia, has enfrentado poderes formidables ¿cuales son los obstáculos con los que te has enfrentado?

Los obstáculos que he enfrentado son múltiples, pero podrían resumirse en tres: intereses, poder y dinero. En el ámbito federal, en los casos de perseguidos y presos políticos, es donde más se hace patente la situación de desigualdad procesal en la que tenemos que litigar por la discrecionalidad con que actúan los jueces, dando privilegios a las autoridades que son parte en un juicio, en perjuicio de nuestros representados.

¹ Abogada defensora de presos políticos y los derechos humanos, en México.

En los casos de extradiciones que hemos litigado, tenemos que pelear contra todo el aparato gubernamental, tanto nacional como extranjero. Estos casos implican un desgaste y una gran impotencia. El poder ejecutivo y el judicial se han amafiado para complacer al Reino de España en sus solicitudes de extradición, a costa de los que sea, aún de la propia Constitución mexicana. Pero también en los casos que no tienen un impacto político, las condiciones son desiguales, y ello se debe a que las comunidades y ejidos que defendemos no tienen capacidad económica para enfrentar los gastos de un juicio, los cuales aumentan tratándose de litigios agrarios porque son muy largos. Tal es el caso de los servicios periciales topográficos, grafoscópicos, etcétera, que se requieren, y que por falta de recursos económicos nuestros representados no pueden pagar, lo que se traduce en una clara desventaja.

En el ámbito municipal y estatal, todas las autoridades tienen intereses de diferentes tipos. En ocasiones la contraparte es pariente del Juez, del Ministerio Público y del Presidente Municipal por lo que es casi imposible que procedan las denuncias penales y, por el contrario, se agilizan las acusaciones en contra de nuestros defendidos.

En resumen, enfrentamos desigualdad procesal; discrecionalidad y dualidad en la aplicación de las leyes; carencias económicas, corrupción en los juzgados, amenazas, tanto a los campesinos como a los abogados, desinterés de los medios de comunicación para hacer la denuncia pública, etcétera.

3.-¿Cuál es tu experiencia con el poder judicial y la procuración de justicia? Las leyes, especialmente el amparo ¿han sido eficaces para ti?

El poder judicial y la procuración de justicia, en la mayoría de los casos, han actuado con criterios políticos y no jurídicos.

El trabajo de los abogados que defendemos los derechos humanos de los grupos sociales más desprotegidos, marginados y reprimidos, es hoy en día sumamente difícil. En México la situación es cada vez más problemática, pues el gobierno ha instrumentado una gran cantidad de reformas a la Constitución, convirtiendo en letra muerta sus principios éticos, políticos y filosóficos esenciales; la ha destrozado a tal grado, que ha perdido su naturaleza como pacto social. A pesar de ello, quedan algunos preceptos constitucionales emanados de la Revolución de 1910, encaminados a garantizar el bienestar social que, sin embargo, son meramente declarativos, pues el grupo gobernante ha hecho de esta función de gobierno, una gran junta de negocios de la que ellos se han erigido como Administradores y han instituido el poder público en beneficio propio y no del pueblo.

Todo esto viene a cuento porque en 1994, Ernesto Zedillo realizó una reforma constitucional mediante la cual el poder judicial está sometido de hecho y de derecho al poder ejecutivo, en virtud de que el Presidente de la República nombra a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, que es la cabeza del poder judicial, perdiendo de esta manera en gran medida, su independencia y autonomía. Esta falta de independencia se refleja en sentencias más que inicuas.

El error judicial muchas veces no es error sino una maquinación perversa, y en otras ocasiones los jueces por debilidad se hacen cómplices de las mayores iniquidades.

Esto se ve agravado por la subordinación de la mayoría legislativa al intervenir en el proceso de ratificación de los nombramientos de los ministros hechos por el ejecutivo, pero que aunque no estén de acuerdo con la terna que manda el Ejecutivo, éste debe mandar otra terna y siempre será éste quien elija, pues el Senado simplemente avala. También influye la mala administración del poder judicial en el manejo de sus recursos económicos y los desproporcionados y exagerados sueldos, bonos y prestaciones que perciben Ministros, Magistrado y Jueces que provocan que cuiden con gran interés sus puestos y no se atreven a contrariar los intereses del ejecutivo.

Por si fuera poco, el sistema jurídico mexicano carece de mecanismos eficientes de control público y de fiscalización ciudadana sobre las procuradurías y Agentes del Ministerio Público, ni del poder judicial. Por lo que se refiere al Consejo de la Judicatura, resulta un organismo inútil además de costoso, debido a que de los siete consejeros que lo integran, cuatro provienen del poder judicial, y uno de ellos es su Presidente, que en un acto absurdo y de total incongruencia, es al mismo tiempo Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; esto significa que el órgano de vigilancia está presidido por el mismo funcionario que encabeza el órgano vigilado.

Esto implica una dependencia del órgano que debe vigilar, con lo cual pierde totalmente su autonomía y convierte al poder judicial en el instrumento ideal para que un gobierno autoritario utilice el derecho como medio para defender a los grupos hegemónicos con los que tiene compromisos económicos y políticos, y que le conviene proteger con leyes y prácticas judiciales que les favorezcan.

En cuanto a las leyes, y en particular a la Ley de Amparo, ha sido muy eficaz y muy valiosa en los casos que no tienen implicaciones políticas, pues gracias al juicio de amparo hemos podido abrir las rejas de la prisión a dirigentes sociales acusados y condenados a largas sentencias por delitos que no cometieron.

De casos ganados con juicios de amparo, han sido 7 los que implicaban la libertad de las personas en diferentes momentos y circunstancias; así como de los estudiantes presos por la huelga de la UNAM. Creo que la Ley de Amparo es un instrumento jurídico muy valioso e indispensable para la defensa de los ciudadanos en contra de los actos arbitrarios de las autoridades. Precisamente por ello desde hace tiempo existe un proyecto presentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para reformar la Ley de Amparo que hasta la fecha no se ha aprobado, afortunadamente.

4. ¿Qué vislumbra en el futuro inmediato, para el ejercicio de tu profesión? ¿Se extenderá la democracia hasta permitir tu militancia en mejores condiciones?

Difiero de tu opinión de que hay democracia en nuestro país. Pero de cualquier manera, creo que no hay un futuro promisorio para el ejercicio de la profesión de los abogados que defendemos los derechos humanos de la población perseguida y desprotegida. Cada vez se cierran más las vías legales para defender a la gente, pues las leyes se están modificando para uniformarlas a la supuesta lucha internacional contra el terrorismo, reduciendo cada vez más los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Por otra parte, y en este mismo tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de facto está legislando, pues mediante jurisprudencia y criterios que emite, está modificando de facto la Constitución y reduciendo derechos establecidos, llegando al absurdo de contravenir disposiciones constitucionales, como es el hecho de que el ejército pueda perseguir delitos y hacer detenciones, cuando eso está expresamente prohibido por la Constitución; sin embargo los jueces y magistrados aplican la jurisprudencia y las tesis en lugar de la Constitución, dejando con ello en total estado de indefensión al ciudadano.

Espero que te sirvan estos breves comentarios y seguramente ya tendremos ocasión de platicarlos con más detalle.

ENTREVISTA CON MARTÍN SAAVEDRA

1. Háblame de tí, de tu origen académico e ideológico, inquietudes profesionales.

Mi carrera docente comenzó, en un primer momento, como estudiante colaborando con la Dra. Moguillanes Mendía en la asignatura Interpretación de la Ley, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Luego, ya graduado, me incorporé a la Cátedra del Dr. Eduardo Ángel Russo en la asignatura de Teoría General del Derecho colaborando con la Dra. Cruz Ceballos, tarea que mantengo hasta el momento.

Mis inicios en la academia cuentan con unas publicaciones sobre el derecho a la intimidad y sobre libertad de prensa, publicados en el año 2002 en Buenos Aires. Luego he publicado en el Reino Unido en inglés. Soy miembro del cuerpo de directores de LatCrit, Latina and Latino Critical Theory, Inc. desde el 2004 además de ser parte del cuerpo de profesores de un interesante proyecto académico de LatCrit que, en un principio han desarrollado en conjunto con la Escuela de Derecho de la Universidad de Baltimore, llamado Critical Global Classroom, un programa crítico de estudios en el extranjero, basado en el estudio de los derechos humanos y el derecho comparado en varias regiones del mundo orientado, a estudiantes de derecho de universidades de los Estados Unidos. A nivel local, pertenezco al Área de Estudios Queer, de la Universidad de Buenos Aires, en conjunto con el Laboratorio de Políticas Públicas, un área interdisciplinaria de estudios de géneros, diversidad sexual, minorías.

2. Queremos que nuestros lectores conozcan a fondo la organización a la que perteneces. Su historia, sus objetivos, sus integrantes, sus reuniones, sus publicaciones, el público al que se dirigen, y todo lo que creas que nuestros lectores deberían saber de LatCrit.

LatCrit es principalmente una respuesta al estado de situación en el que se encontraba la academia de derecho de los Estados Unidos al principio de los noventa. Un grupo de profesores de derecho, que no encontraban su inclusión en los esfuerzos académicos existentes hasta el momento, decide reunirse en Puerto Rico en el año 1994, y forman LatCrit como, desde un primer momento, un lugar de convergencia y enriquecimiento intelectual entre profesoras y profesores de derecho de origen latino en los Estados Unidos, pero no encerrándose en una clasificación identitaria. Muy por el contrario, extendiendo su interés hacia toda práctica discriminatoria identitaria, o no, fomentando la inclusión como base del entendimiento y la formación académica.

LatCrit, como organización y teorización, se encuentra en este momento a punto de cumplir diez años de constantes emprendimientos y de continuo crecimiento, la inclusión de América Latina dentro de la teorización LatCrit es un claro ejemplo del constante movimiento llevado a cabo, básicamente por la

conjunción del interés y la dedicación de las individualidades que la conforman y el esfuerzo comunitario.

La producción intelectual, así como los esfuerzos prácticos de LatCrit para fomentar tanto la inclusión como la apertura de la academia a los problemas que en la actualidad nos enfrentamos dentro del derecho, hace de esta particular teorización sobre el derecho, una empresa en constante revisión, autocrítica y movimiento.

Con pilares teóricos como la anti-subordinación, la praxis, la auto-crítica y la coalición, LatCrit continúa intentando una resignificación y una acción dentro del derecho que beneficie justamente a aquellos que más necesitan un derecho efectivo pero no discriminante, complejo pero no excluyente, veloz pero justo.

El proyecto intelectual de LatCrit se concentra en nuestra conferencia anual, que este año de 2005, se llevará a cabo durante el mes de Octubre en San Juan, Puerto Rico. Las ponencias de las pasadas conferencias han sido publicadas por revistas jurídicas en los Estados Unidos, cuyas citas específicas están disponibles en nuestro sitio de web.

LatCrit continúa abriéndose a nuevas miradas y proyectos que renueven constantemente la academia y el trabajo social. Dentro de nuestra página web se puede encontrar, entre otras cosas, nuestros emprendimientos tanto futuros como en ejecución, en extenso las bases teóricas y prácticas que nos sustentan y las formas de contactarnos. <http://www.latcrit.org>.

**INTERVENCIONES EN LA PRIMERA
CONFERENCIA LATINOAMERICANA
DE CRÍTICA JURÍDICA**

DIREITO ALTERNATIVO E CONTINGÊNCIA HISTÓRICA. (ESBOÇO PARA UMA CRÍTICA)¹

EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR²

1. Direito Alternativo: Auto-crítica e Alternativas para o direito em tempos de (re)ciência e “desideologização. 2. Novas Práticas Instituintes de Direitos: Reflexões sobre Ética e Hermenêutica. 3. Sistema Judicial brasileiro: elementos para discutir a reforma.

1. Introdução:

Lula, governabilidade num mundo de concorrências globalizantes. Poder Popular: utopia e realidade.

A chegada de LULA à presidência é um dos fatos importantes na política mundial, sob o ponto de vista da alternativa democrática, em países sem essa tradição. Ela se situa numa mudança de tempo e de espaços ainda não bem compreendidos em suas definições e conseqüências, em seus limites e alcances. Sem dúvidas, há avanços na governabilidade, no plano da vontade e em algumas ações imediatas. Mas há obstáculos herdados do passado, como a cultura política patrimonialista que se quer romper, o ideário doutrinário de alguns militantes e o pragmatismo neoliberal de outros dentro do PT e partidos comunistas que o apoiam, uma visão limitada das instituições jurídicas e mesmo da democracia, as forças arcaicas e renovadas da direita avessa à mudanças substanciais. Acresça-se a isso a força do mercado financeiro em suas exigências de cobrança da dívida e refinanciamento da mesma. Mas LULA encontra-se, em seus dois anos de governo, frente-a-frente ao fogo cruzado de governabilidade em tempo de redefinições continuadas de espaços sócio-culturais nem sempre bem situados em todas as suas determinações. O MDA procura também situar-se dentro desse turbilhão de mudanças.

Trata-se de uma experiência válida e plena de desafios, porque: a) resultante de uma ampla luta por cidadania, de mais de duas décadas; b) inserida no contexto de profundas mudanças espaciais que o tempo global nos impõem, não somente por força da esfera do mercado hegemônico, das políticas neoliberais e seus negativos, mas por um conjunto de transformações planetárias em

¹ Este texto resultou da pesquisa elaborada em parceria com os Professores Oswaldo Agripino e Marcus Fabiano Gonçalves, para oferecimento ao grupo de trabalho sobre reforma da justiça, a convite do Ministro da Justiça, Dr. Marcio Thomaz Bastos, através do Dr. Sérgio Sérulo da Cunha.

² Universidade Federal de Santa Catarina.

outras esferas da vida (cultural, social, política, religiosa), acirrando o politeísmo de valores, do virtual aos movimentos pós-modernos, da célula-tronco e transgênicos às desilusões ideológicas com as utopias tradicionais (liberal ou de cunho marxista, entre outras). Importante uma breve e superficial retomada de duas experiências alternativas passadas no campo dos projetos de governabilidade em grande medida não aproveitadas com continuidade histórica.

Na Polônia, desde a década de setenta, o movimento Solidariedade, liderado por Lech Walessa desafiou a ditadura pró-soviética do general Jarelsky. Na Espanha Felipe Gonzáles chegou ao poder na década seguinte, colocando fim, em grande medida, ao legado franquista. As duas experiências européias são distintas mas guardam uma identidade, *o desperdício da experiência de governabilidade*. Walessa tornou-se presidente da República e Gonzáles, primeiro ministro. Am-bos não consolidaram o poder popular, anteabrindo a porta para o retorno das forças conservadoras, agora atualizadas na bandeira neoliberal. As tradições

do franquismo e dos socialismos reais representaram duas formas de totalitarismo, ao eliminar a liberdade e asfixiar o mercado de suas potencialidades em termos de trocas culturais e de realização de graus de liberdade por reconhecimento de interesses e diferenças. Em ambos os casos o neoliberalismo tem sido a política que melhor ocupa os espaços, na tendência global, na exata medida em que produz velhas e novas formas de exclusão social constrói o discurso da irrecobilidade de seu sentido histórico de globalização. Como ficamos nós na América Latina, precisamente no Brasil atual? Problematicar questões como esta diz

respeito ao movimento de direito alternativo (MDA) e ao exercício da crítica por parte de seus intelectuais, separando momentaneamente organicidade de militância partidária pelo que denomino de organicidade de militância pela cultura democrática.

Pois bem. LULA chega ao poder como Mitterrand na França, após três derrotas e tendo que lidar com a causalidade do mercado sob a lei de bronze da *lex mercatoria* em seu momento financeiro especulatório. Mesmo assim, tem buscado ações institucionais internas e externas.³ A vitória foi construída em cima da análise de erros nas outras tentativas. Presidir um país somente seria possível ampliando o leque de alianças sociais. De pronto essa tendência do partido, se expressava um inegável amadurecimento, tornava mais complexa a luta política,

³ No plano interno o emprego na indústria é recorde, com crescimento de 5.99% do número do pessoal contratado e com 11,09% de aumento dos salários reais líquidos, segundo a CNI, F. de São Paulo, 10.11.2004. O Partido dos Trabalhadores (PT) apresenta inegável crescimento, passando de 187 prefeituras em 2000 para 411 em 2004. Na educação, Justiça e Saúde tenta-se dixer uma base para um processo planejado e profundo para avanços. No nível externo Lula amplia a credibilidade do Brasil e de seu governo, liderando uma pressão de 19 países latinos (por mais "espaço fiscal"). França e Brasil também passam a pensar na possibilidade, para 2005, de uma taxa global para ajudar a luta mundial contra a fome.

acirrando-lhe conflitos de toda ordem. Uma república sindical seria ao mesmo tempo cômica e reacionária (pois contra-revolucionária) em face do politeísmo de valores, este, resultante em grande medida da realização constitucional, com todos os seus avanços e recuos. Sob os efeitos da *glassnost* e *perestroika*, bases para o efeito dominó que caracterizou a derrocada dos regimes socialistas, rapidamente a tradição da luta sindical começa a se desconectar de um mundo no qual cada vez mais falta uma ideologia para viver, na expressão do cantor Cazuza, constatação somente compreensível com a explosão multifacetária de formas de vida (e de morte) que caracteriza a “modernidade pós-moderna”.

Aos tombos e barrancos agoniza Fidel, ainda seduzindo certa esquerda romântica, e cínica. A pena de morte na Ilha e outras agressões aos direitos humanos são “justificáveis” em face de alguns “benefícios sociais” da ditadura, e “incomparáveis” aos genocídios perpetrados em todos os cantos do mundo pela imperialismo da *pax americana*. O Ministro das Relações Exteriores de LULA, Embaixador Celso Amorin não optou pelo silêncio quando dos fatos: partiu para uma surpreendente defesa do regime cubano, de sua auto-determinação, etc. Saramago afirmou-se como intelectual, e não como pastor. Frei Beto continuou no sacerdócio. Chico Buarque está repensando suas posições.

Há no governo LULA, ainda, nichos marxistas-leninistas convivendo com sociais democratas, assumidos ou não. Ambos irmanados num estranho pragmatismo que alguns analistas tipificam como original, para dizer pouco. Um das raras cabeças pensantes no governo, Tarso Genro, está sendo cozinhado em fogo baixo num ostracismo oficial. Sem ser do ramo da educação, ensaia uma reforma no ensino superior brasileiro viciada pelas restrições orçamentárias que a ortodoxia do Ministro da Fazenda e do Banco central impõem. A verdade deve ser registrada. Trata-se, sem negar os avanços nos ministérios sociais, nuns mais, no, utros menos, de um neoliberalismo de esquerda, na falta de melhor expressão. Se a ampliação de alianças era a única alternativa para evitar a quarta derrota, se a política de boa vizinhança com os banqueiros era inevitável para manter a estabilidade e criar condições de redefinição dos rumos do nosso desenvolvimento, com maior integração e sustentabilidade.

Mas sendo um processo social enfrenta e administra contradições e antagonismos evidentes, capitaneados pelos críticos de sempre bem como por uma parte considerável da pequena-burguesia próxima ao partido, ansiosa e deprimida pela falta de resultados mais rápidos em seu favor. É preocupante como a política oficial não somente reprime os movimentos clássicos que marcaram as lutas desde o ABC, com reformas dantes inaceitáveis para o PT, como coopta e torna letárgicos, ao menos pelo momento, antigos agentes de pressão política por mudanças. Reforma da previdência, reforma fiscal, admissão dos transgênicos de forma um tanto apressada, silêncio com os fuzilamentos em Cuba e na China, e certa “justificativa” (injustificável) por parte de algumas lideranças governistas, promoção do Diretor do Banco Central a Ministro, assegurando-lhe

imunidade justamente quando o ex-presidente do Bank Boston era questionado em termos de sonegação fiscal; ameaça expurgo dos que pensam diferente, etc. No que se refere à reforma do judiciário, perseguida por José Dirceu, ministro chefe da casa civil, como tarefa pessoal, os magistrados (pessoas seriíssimas em sua maioria), acabam sendo considerados quase como responsáveis pela crise do Estado, etc.

Confusões como essas certificam problemas de governabilidade que misturam não somente o pós-ressaca que causou a queda do muro de Berlim como outros elementos da política: contaminação pela tradição cultural e institucional; reprodução material de quadros na estrutura burocrática do poder em todas as esferas da federação; necessidade de aumentar a credibilidade junto a agentes internacionais; manutenção da ordem e das alianças regionais e municipais; dependência de novos créditos junto a organismos de fomento financeiro; legitimação junto aos setores produtivos nacionais, entre tantos outros.

A idéia central que perpassa a todos os fatores elencados acima, repito, parte do processo social de mudanças, pressupõe o afago aos credores e o sucesso na obtenção de novos créditos para o esperado aquecimento de nossa economia (espera-se crescer mais de 4,5% nos próximos anos). Tomara que isso seja verdade, embora a direção do crescimento aponte para muitos problemas latentes e explícitos, maior deles a indefinição quanto à necessária opção de energias alternativas.

Pois sabemos que as fontes energéticas resultantes dos fósseis, como o petróleo, esgotam-se em no máximo trinta anos no oriente (e em quatro anos, nos EUA), apontando para novas geopolíticas dentro das quais países periféricos como o Brasil, em razão de sua inigualável biodiversidade, poderá estar exposto à realpolitik americana bem mais justificável que a que justificou a ocupação do Iraque. Porque tanta letargia na busca de energias alternativas, base para uma real soberania em face dos poderes hegemônicos em termos mundiais? Talvez as vozes ambientalistas devessem ser mais ouvidas. Espera-se que o nosso voto vitorioso não siga a trilha da tradição de *desperdício da experiência de governabilidade*, anteabrindo as portas para o retorno agora triunfal da direita, talvez desta feita mais legitimada e arrogante, afinal, não foi Collor o grande construtor

da política na qual seguiu FHC I e II e agora o governo popular? São indagações importantes que preocupam os militantes do MDA no Brasil.

2. Uma nova conjuntura, liberal cor-de-rosa?

Esta indagação pressupõe um conjunto de *discussões teóricas e políticas* em curso, atropeladas em grande medida pela conjuntura da recém inaugurada *experiência brasileira das esquerdas no poder* de presidir a República. Foge

ao objetivo deste pequeno ensaio resgatar os argumentos básicos daquelas discussões. Se a organicidade do intelectual deve ser medida não em termos de pertinência doutrinal a esta ou aquela vertente ideológica, mas pela real capacidade de incomodar por dentro da igreja a qual pertence, dando razão ao conhecido conselho de Humberto Eco, então ganham sentido notas que se seguem.

Obviamente que as questões conceituais *não resolvidas minimamente* (no campo progressista) e as questões conceituais *minimamente resolvidas* (sem reais consequências práticas no campo da militância da esquerda tradicional) são em grande medida as responsáveis pela ampliação do déficit de prognose sobre a relação entre política e mercado, obliterando a visibilidade quanto a suas possibilidades e sentidos. O pragmatismo oficial na arena política causa estranhamento e angústia existencial, mesmo se a dosagem seja justificado como necessário, por intelectuais do PT, como Marilena Chauí. Estaríamos num período de transição e seriam ingênuos todos aqueles que esperavam mudanças imediatas...pois as mudanças estariam ocorrendo, ainda que mediatamente, preparando o terreno para uma sociedade mais justa, ou com menores graus de sofrimento. O crédito político confere legitimidade a curto e médio prazo, mas a cobrança popular em 2004 foi implacável nas eleições municipais, ao menos em capitais com tradição de governabilidade, a exemplo de Porto Alegre. De alguma maneira as derrotas ou como preferem alguns companheiros, “vitórias relativas”, ante-abre o pano de fundo para os próximos dois anos: a descrença e a perda de eficácia orgânica conferida eleitoralmente em outubro de 2002, hipótese não descartável de desilusão quanto as promessas de campanha incumpridas. A busca eleitoral dos grotões políticos (interiorização do PT) e a comunicação do presidente diretamente com as massas será possível, dispensando-se as mediações orgânicas de intelectuais de classe média que fundaram e construíram o partido. Mas é de se perguntar se não estaríamos abrindo espaço para a emergência e o reforço de arcaísmos na cultura política, soterrando antigos caciques e criando novas formas de populismos, cuja nocividade à democracia é por demais conhecida.

Há questões velhas sem solução e questões relativamente renovadas, em processos de atualização no debate político. Entre os intelectuais de peso acadêmico e político não se vislumbra o otimismo das luzes em face dos curtos-circuitos da democracia representativa. Se ela avança em muitos cantos do mundo, inclusive no Brasil, em outros ela retrocede. Mesmo em países com maior densidade de socialização cultural e tradição socialista, os efeitos nefastos das diretivas do “Consenso de Washington” se fazem presentes, inclusive em termos ecológicos. Na periferia-BRASIL o mesmo dilema se reproduz de forma mais dramática. Após vinte anos de luta democrática contra a herança autoritária LULA chega ao poder numa vitória democrática espetacular, mas a esse inegável avanço político, resultado de um prévio consenso possível entre capital

e trabalho (tanto no plano das forças internas quanto internacionais), defronta-se com uma capacidade enorme do mercado financeiro em forçar a direção da luta democrática contra ela mesma. As racionalizações oficiais e acadêmicas quanto aos melhores caminhos para o fortalecimento institucional da democracia não convencerá se ganhos concretos não forem obtidos por enormes contínuentes eleitorais que fazem a notícia política. Massas e setores medianos, intelectuais liberais e de esquerda tenderão a afrouxar sua orgânica aposta na possibilidade de uma outra forma de desenvolvimento, afirmativa da vida, vale dizer, contrária ao processo de destruição das condições de vida no planeta, como tem salientado Francis Capra há décadas. As práticas tendentes ao cumprimento de metas no que se refere ao déficit fiscal e às dívidas, com todas as suas implicações (archo salarial, aumento das taxas de juros, pouco investimento em projetos sociais, por exemplo, educacionais e de saúde) são desgastantes tanto no mercado da política quanto no mercado da cultura democrática, podendo fomentar o incremento de um certo relativismo conservador.

Mais importante é ressaltar a velha questão do que é minimamente consensual embora sem resultados práticos mais contundentes. Ainda há no seio da composição governamental uma estranha busca de unidade no governo LULA, entre pragmatismo neoliberal de esquerda (contra o neoliberalismo *tout court*) e um núcleo de esquerda marcado pela indefinição quanto ao conceito de democracia. A essa composição interna soma-se uma rede de articulações já desenhadas quando da terceira campanha presidencial (o vice-presidente é de um partido

de direita, o PL —Partido Liberal—), e acirradas no nível municipal nas eleições de 2004, prenúncio de acirrada disputa presidencial em 2006.

Para alguns a democracia é um valor a ser universalizado, desde a polêmica tese de Luciano Coutinho na década de setenta, pressupondo, no limite e até mesmo para os mais realistas, uma redefinição do sentido do mercado, em face de uma previsibilidade mínima de estabilidade social. Para outros a democracia ainda é um valor de classe e o mercado essencialmente o lugar do Capital, para não dizer, dos interesses “burgueses”. As teses da democracia direta desgastam-se se defendidas de forma residual por referência a válida experiência do orçamento participativo. Da comuna de Paris ou do experimento do Kromstad também não se retiram conhecimentos para a ação política na atualidade. Ora, nem a democracia é propriedade de uma classe (muito menos da classe operária, até mesmo porque ela se enfraqueceu sobremaneira em termos de composição da estrutura social) nem o mercado é regido em termos causais, sem outra possibilidade histórica. De qualquer modo o impasse cor de rosa (mistura de um vermelho do passado e a bandeira da *pax americana* de outro...) já por si só a prova da possibilidade de emergência de grandes questões (velhas, não resolvidas e mal resolvidas) e novas (a serem problematizadas e socializadas adequadamente, vale dizer, dentro das esferas políticas institucionais, dentro e fora do Direito).

Não há dúvidas que o governo LULA tem apontado para inegáveis ações positivas, dentro dos limites dos espaços consensuais disponibilizados institucionalmente (ações de alguns de seus ministérios, da reforma agrária, da saúde, da educação, da justiça) mas seus alcances são diminuídos em face das determinações internacionais que sujeitam as políticas dos Ministérios da Economia, do Desenvolvimento, e do Banco Central. Os ministérios do Trabalho, da Previdência também sofrem os impactos da heteronomia do neoliberalismo na governabilidade de esquerda. Mesmo a política em termos gerais segue o mesmo caminho. A derrota do partido do governo, o PT (partido dos trabalhadores) nas grandes cidades, São Paulo, Porto Alegre e Curitiba, somente para citar três, base de um eleitorado de classe média, politicamente progressista, faz-se acompanhar de uma tendência à vitórias em centenas de grotões do país. Essa interiorização do PT à custa de alianças inimagináveis no passado expressa o retorno renovado, bem entendido, à uma tradição arcaica e patrimonialista que marca a cultura política do país e que se pretendia superar na exata medida em que os velhos coronéis são derrotados nacionalmente.

O Movimento do Direito Alternativo (MDA) depara-se, em seu cotidiano, com essa encruzilhada, por vezes considerada por alguns setores como um labirinto sem saída. Reflexões sobre alternativas possíveis (teóricas e políticas) são não somente necessárias, como urgentes para os operadores jurídicos. Elas implicam tanto na retomada dos espaços novos para as teorias críticas no direito, incluindo o MDA como agente aglutinador das mesmas, a começar pela reflexão sobre o papel do conhecimento – *tout court*, vale dizer, enquanto afirmação e registro do trabalho intelectual, a começar pelo conseqüente e natural abandono do discurso retórico e ideológico que caracterizou e ainda caracteriza a crítica da auto-denominada de esquerda tradicional.

I. Direito Alternativo: Autocrítica e Alternativas para o direito em face da (re)ciência e da “desideologização”.

Introdução

Nesta reflexão esboça num primeiro e breve momento, algumas linhas sintéticas de autocrítica ao Movimento Direito Alternativo (MDA), sem retomar com profundidade os pressupostos da redefinição teórica para o mesmo, já oferecida nos livros *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativas para o Direito* (2002) e *Direito, Ordem e Desordem: Eficácia dos Direitos Humanos e Globalização* (2004), ambos em co-autoria com Marcus Fabiano Gonçalves. Ao lado dos necessários pressupostos conceituais no plano do novo paradigma registrados naqueles livros, há que se trabalhar, num segundo momento, os

pressu-postos conceituais no plano da nova ação reconstrutiva em termos práticos. Trata-se de refletir sobre duas questões weberianamente imbricadas para qualquer intelectual que se queira crítico e militante ao mesmo tempo, vale dizer, com organicidade não obliterada pela práxis sem horizonte ou de teor regressivo em termos históricos. Uma linha remete à análise da ciência enquanto necessidade e uma outra, a ela correlata, diz respeito à urgente tarefa de “desideologização” do MDA como perspectiva tendencial a ser acelerada nos cotidianos profissionais dentro dos parâmetros das teses centrais constantes dos dois

livros supra indicados. Estou convencido de duas coisas: 1ª) de que o trato do direito enquanto conhecimento adquiriu um estatuto de metamodernidade, ou seja, sua autonomia de campo cognitivo é resultado e co-constituente da racionalidade normativa legada das Luzes. Isso implica em tratar o direito como condição de possibilidade para a afirmação autônoma de todas as esferas da modernidade; 2ª) de que decorre do primeiro “convencimento” a mudança de conduta por parte dos operadores tradicionais do MDA no sentido do abandono de certas crenças e bipolarizações restritivas da atualização compreensiva do papel do direito numa sociedade multidimensional na qual as situações de classe verticalmente consideradas diz pouco em face das suas novas significações transversais. Assim ocorre de forma mais evidente quando outras esferas que não a econômica da modernidade —estética, política, afetivo-sexual—, adquirem sentido cada vez mais forte (opções de gênero; questões políticas decorrentes de conflitos étnicos por re-conhecimento; efeitos dos avanços tecnológicos —célula tronco, transgênicos, redes informacionais—, etc). Esse “convencimento” poderia ser denominado,

na falta de melhor denominação, até porque o termo é carregado de emotividade acumulada por frustrações de toda ordem, de “desideologização” do MDA que caracteriza de alguma forma o estado geral do campo da política no vazio utópico que caracteriza o nosso tempo de “crise”. Da mesma maneira que o liberalismo se ilude na subsunção de seu ideário à camisa de força do mercado e deste ao capital financeiro, outra ilusão ronda a turma das esquerdas, e diz respeito ao espectro sempre presente (talvez inconscientemente) nas suas ações de verniz marxista-leninista (núcleo de seu senso comum). Sem revisão de certos dogmas daquela herança o MDA tenderá à uma dissolução por crescimento. Em outras palavras, o MDA cresce independente de revisão daquele núcleo duro de vanguarda, permitindo uma progressão do movimento com uma qualidade na unidade extremamente frouxa, vale dizer, despotencializando a apropriação de tão belo e profícuo movimento no campo de certo reformismo sem um horizonte de transformação social mais radical, é dizer, de superação do modelo atual, capitalista, especulatório, excludente e destruidor da própria possibilidade de existen-

ciano planeta (questão do modelo ecologicamente suicida), a médio e longo prazo.

Retomemos o texto que abre a auto-crítica do Movimento Direito Alternativo de 2002 seguindo-se de uma reflexão específica a seguir.

1. Um diagnóstico preliminar e autocrítico do MDA.

Comemoramos, no jubileu de 2001, o décimo aniversário do Movimento de Direito Alternativo (MDA). Mas não se trata de apenas festejarmos, com ares saudosistas e talvez melancólicos, os bons tempos dos grandes congressos. Nem tampouco de atestarmos o necrológio do MDA, tantas vezes lavrado precipitadamente por exultantes legistas dos setores conservadores. No atual contexto,

comemorar não significa apenas festejar, mas, especialmente, rememorar: trazer à memória algo de nosso passado a fim de recuperarmos, no exercício dessa retrospectiva, possíveis direções prospectivas. Eis aí o melhor sentido para esse Congresso que assinala a primeira década do MDA.

Inegavelmente, ao longo de mais de uma década, houve substancial contribuição do MDA para o desenvolvimento do pensamento crítico no direito. Essa importância pode ser aquilatada objetivamente: grandes congressos, edições avidamente recebidas, diversas dissertações e teses de excelente nível acadêmico, atração imediata do interesse dos discentes, diálogo inusitado entre profissionais de distintas áreas jurídicas, antes ensimesmados em suas corporações, e, desde então, aglutinados na luta pela efetivação do Estado de Direito Democrático. Também há de se considerar a simpatia angariada dos movimentos sociais, não apenas para o MDA, mas para as próprias instituições jurídicas. A atuação do MDA contribuiu para que muitos desses movimentos sociais abandonassem o ranço das imagens negativas e estereotipadas das instituições jurídicas, vistas como um lugar onde se praticava um eterno jogo de cartas marcadas. Todavia, muitas outras oportunidades de conquistas e avanços foram desperdiçadas pelo MDA, especialmente em dois níveis: um de ordem conceitual e outro de uma conseqüente ordem prática. A letargia atual, malgrado algum voluntarismo de muitos, deve ser atribuída à inércia e à desarticulação nesses dois níveis, principalmente no teórico.

A crise do MDA tem muitas causas. Avaliá-las todas seria aqui impróprio. Mesmo assim, é proveitoso salientarmos algumas: certa despotencialização histórica em face da desvalorização da normatividade estatal engendrada pelo contexto neoliberal; a cegueira da ação corporativa reiterada por muitos profissionais do direito; o mútuo distanciamento entre a produção acadêmica e o mundo das práticas jurídicas extra-universitárias; o desgaste da energia utópica da militância tradicional; a desarticulação orgânica com os segmentos progressistas dos movimentos populares, tradicionais e novos; e, principalmente, a ausência de discussão sistemática sobre questões teóricas. É inadmissível para

um movimento que congrega intelectuais descurar a reflexão sobre as formas de produção do direito e o alcance das lutas empreendidas na sua esfera prática. A ausência-

cia dessas reflexões conduziu a um praticismo bem intencionado, muitas vezes altamente heterogêneo em linhas de ação e razões de fundamentação. Nesse quadro, a própria identidade do MDA restou parcialmente comprometida. Sob o mesmo signo reuniram-se intervenções cuja unidade poderia tornar-se duvidosa. A recuperação da influência do MDA no direito positivo, como vetor do processo de configuração institucional, deve ser agora assentada no compartilhamento de algumas concepções teóricas e históricas sobre o significado e a urgência da realização da modernidade jurídica e social no Brasil. Nossa situação, aliás, não é das mais animadoras nesse terreno de implantação e/ou manutenção da modernidade: a evasão de divisas pelo pagamento de uma dívida e(x)terna ilegal; a falência das economias nacionais, no plano produtivo e nas oportunidades de circulação; a combinação entre a sedução publicitária das camadas médias pelo consumo *nouveau riche* e sua paradoxal ameaça de ingresso, pelo desemprego, na cadeia de exclusão social; a insensatez da regulação das economias por variáveis incontroláveis (o capital estrangeiro); a desmoralização material e simbólica do Estado, a situação vegetativa da democracia induzida ao coma pela deserção social dos integrados e pela impossibilidade de participação dos excluídos; a violência social, pública e familiar, com seus efeitos perversos na solidariedade e na capacidade geral de socialização dos indivíduos; a recidiva de doenças endêmicas e epidêmicas sobre os aliados do sistema de saúde; a crescente concentração de renda, riquezas, terras, cultura, direitos, capacidades e oportunidades; a atuação de uma criminalidade muito mais organizada que as agências de combate aos delitos; a cegueira dos políticos e juristas ao insistirem na regulação social ultrapunitiva; a desatenção às políticas públicas de financiamento da autonomia ética e cultural dos indivíduos; a fome e a subnutrição, nas suas versões crônica e aguda; a devastação ambiental; a displicência com o acesso à educação de qualidade, especialmente das crianças; a desatenção às desigualdades regionais provocadas pelas políticas de concentração de recursos de um federalismo fictício; o neocoronelismo dos políticos parasitas; e uma crise geral na auto-estima do povo brasileiro.

Entretanto, nem tudo são espinhos: o Brasil, à diferença de outros países periféricos, não é dividido por conflitos religiosos. No Brasil, embora certamente haja racismo, este não atinge níveis de ódio social. Somos unidos por uma mesma língua em toda nossa extensão territorial. Nosso patrimônio natural e estético é um dos mais abundantes do planeta. Desfrutamos de uma cultura pacifista e não sofremos com nenhum movimento separatista digno de consideração. Ademais, o episódio do *impeachment* de Collor consolidou perante o mundo nossa

capacidade de preservação da arquitetura institucional por sobre as mazelas da conjuntura política.

Sem aderir a um pessimismo fatalista, a unidade do MDA é também caracterizada pela comunhão não-dogmática de uma consciência acerca do papel ativo do direito no solucionamento desses percalços de nossa modernidade. Diante disso, a auto-análise crítica da trajetória e dos acúmulos do MDA torna-se um imperativo que antecede a potencialização de sua intervenção. Sem uma análise crítica radical, sua pulverização tenderá a se ampliar, restringindo e até cancelando seu alcance para a próxima década.

Não postulamos, contudo, o lançamento das bases de um movimento completamente novo. Pretendemos mudar a direção do caminho a percorrer sem descuidar do quanto já foi até aqui palmilhado. Cumpre, assim, revisitarmos algumas experiências já acumuladas pelo MDA para, a partir delas, apresentarmos a edificação de algo mais vigoroso. Propomos, então, a *refundação* do Movimento de Direito Alternativo. E estamos com o presente ensaio oferecendo algumas idéias para avivar esse debate. Desse modo, as teses a seguir expostas essencialmente constituem um conjunto de reflexões para os próximos congressos do MDA.

O espírito de refundação ora proposto conduz para além de uma mera retrospectiva dos acertos e desacertos praticados ao longo dessa década que se completou. A mera ruminância do passado não desvela as possibilidades do futuro. Esse próximo congresso não deve, pois, estar com os olhos voltados para trás, preocupado apenas com as autocríticas que por si só nada removem do passado nem promovem no futuro, já que os erros poderão ser sempre outros. Esse congresso deve, isto sim, apontar para uma nova articulação, em termos mais aglutinadores e consistentes, de um dos movimentos de juristas críticos e democráticos de maior importância e repercussão no panorama nacional e latinoamericano.

Para refundar o MDA, urge fundamentá-lo melhor, sob o risco de, se não o fizermos, afundarmos no oceano das boas intenções ideológicas ou no mar do voluntarismo inorgânico das práticas de membros atomizados. O presente ensaio não pretende, contudo, suprir essa fundamentação cuja carência ora se aponta. Não poderíamos pretender nesse curto espaço exauri-la. Trata-se, antes de qualquer coisa, de suscitar o debate sobre essa fundamentação. Para tanto, estamos apresentando algumas reflexões para o compartilhamento com todos os interessados na construção de um direito comprometido com a transparência do processo decisório, com a integração dos excluídos e com a justiça social. Esse debate deve ainda ser balizado pelo rechaço ao dogmatismo, pela pluralidade e transdisciplinaridade de pontos de vista teóricos e políticos, e, sobretudo, pela unidade estratégica na implementação de algumas tarefas que estão ao alcance de nossa ação impulsionar, especialmente como juristas-cidadãos, mas

também como cidadãos-juristas, no contexto do Estado de Direito Democrático. Falamos da garantia concreta e do acesso efetivo à dignidade materialmente realizável para milhões de pessoas.

A capacidade do MDA de intervir de maneira efetivamente democrática na redefinição histórica da instância jurídica, e da própria sociedade, depende, assim, do revigoramento de suas bases teóricas. Trata-se especialmente de nosso empenho como juristas-cidadãos. Contudo, esse empenho não olvida aquela outra luta, mais exterior à esfera jurídica, precisamente a da disputa política ampla, que atinge a todos e a nós enquanto cidadãos-juristas. Da luta do cidadão-jurista pela realização da modernidade jurídica e social, porém, não nos compete aqui tratar pormenorizadamente. Até porque essa luta envolve o arranjo de um novo bloco histórico no horizonte dos posicionamentos político-partidários, com os quais não podemos imediatamente nos comprometer.

O jurista-cidadão e o cidadão-jurista podem ser um mesmo homem histórico, mas ao MDA não compete exigir a confluência total dos posicionamentos de ambos. Ademais, à assunção radical da pluralidade como diretriz organizativa repugna qualquer monolitismo ideológico ou restrição de agremiação partidária. O MDA, agora situado desde uma perspectiva interna ao direito, privilegia a luta do jurista-cidadão no meio jurídico. Nesse meio, a guerra de posições interna ao direito é parte de uma concepção de embate processual pela afirmação concreta da igualdade material e das instituições modernas vitais para a democracia e para a sobrevivência da própria sociedade.

Almejamos então provocar uma discussão dirigida a toda comunidade jurídica e compartilhar reflexões com intelectuais dispostos a apresentar teses referentes às duas grandes áreas temáticas cujas carências notamos como mais evidentes: (1) a teoria de fundamentação do substrato ético do direito; e (2) a fundamentação de uma nova modalidade cognitiva para o conhecimento e prática jurídicos, priorizando o aspecto hermenêutico, cuja expansão vem, pouco a pouco, logrando espaços acadêmicos e institucionais entre os juristas de todo o mundo. Essas duas áreas temáticas, a ética e a hermenêutica, vêm perpassadas por dois eixos políticos mais amplos, perceptíveis na esfera de ação do cidadão-jurista. O primeiro desses eixos exige um compromisso com a ética dos direitos humanos, enquanto o segundo conclama por alternativas para uma outra hegemonia no processo histórico de construção do desenvolvimento social do Brasil.

2. Ciência e Ideologia: Conhecimento versus retórica

Sabe-se que o campo da ciência, ou melhor, seu estatuto funda-se nas legalidades que lhes especificam. Assim, o conhecimento científico é uma forma peculiar de cultura, regada por normas distintas e típicas de outros saberes.

Sabe-se também que o campo da ciência estrutura-se sobre o campo da política. A consciência possível desse acoplamento epistêmico e social é condição e realização da autonomia relativa que confere legalidade interna à dada área científica.

Obviamente que o cientificismo não invalida a ciência da mesma forma que os pentecostais não adulteram, mas pelo contrário, certificam a esfera da significação religiosa. Ciência e religião não somente andam juntas por caminhos próprios mas perseguem à sua maneira as formas de poder e vida na história, com seus dramas e vicissitudes, lágrimas e morte, esperança e utopias.

Obscurantismos de todos os matizes se justificam na política e na ciência, mas também é certo que é na política e na ciência onde residem poderosas armas contra variadas maneiras e expressões obscurantistas, da ingênua aposta numa pressuposta razão moderna emancipatória ou na cômoda e cínica razão pós-moderna de fácil e letárgico niilismo, conhecido em certo libertarismo em voga no anarquismo intelectual que acompanha a dissolução institucional do campo acadêmico em tempos de políticas radicais de redução do déficit fiscal e do efêmero reconhecimento midiático nas estratégias de construção de prestígio daqueles profissionais das idéias.

A razão pode não ser uma prostituta. A polifonia que se deduz de seu significante e do referencial empírico —o do crescente politeísmo de valores e de comportamentos—, na exata medida em que desautoriza o totalitarismo intelectual legitima as esferas científicas enquanto campo do conhecimento e da cultura apropriados ao desafio de “solucionar” as questões do hodierno desespero existencial firmado entre tecnologia e terror que o 11 de setembro somente prenuncia como ponta do iceberg do modelo civilizatório em crise.

Talvez o pessimismo das idéias seja a base de um otimismo para novas ações. Essa premissa weber-gramsciana alcança também ao conhecimento científico na medida da sua aderência ao mundo dissolvido da política em tempos neoliberais. As formas da consciência emsam-se nas formas materiais e culturais, acrescento eu, de (re)produção social. Se tudo que é sólido se esfuma no ar, se tudo que era sagrado já foi profanado em alguma medida, se o cientificismo revelou-se como Janus da cara irracionalista, talvez esse esgotamento — e sua consciência — decorra de uma renovação na ciência e na política, enquanto novo senso, acadêmico e comunitário.

Desideologizar o cientificismo é parte do necessário resgate da ciência. Desideologizar a política e parte da urgente tarefa de definição dos espaços públicos anti-barbárie. Ciência e política encontram-se contaminados e despotencializados pelos mercados acadêmico (ou pelo paradigma tradicional que o

alimenta, o cientificista) e financeiro (ou “pós-industrial” do modelo especulatório financeiro).

A “auto-consciência” é tarefa impossível no processo de “desideologização” das esferas da ciência e da política. Tarefa impossível ao solitário “maître-à-penser” ou ao político com espírito e causa. Tarefa impossível à *intelligentsia* em consensos universitários ou resultantes de movimentos sociais, sejam quais forem, pois expressam sempre particularidades, mesmo sob a apresentação/justificação de discursos totalizantes escorados na retórica da liberdade.

A crítica implacável ao positivismo – filho legítimo do iluminismo, vale dizer, utopia-revolucionária transmutada em ideologia-conservadora – acabou por se socorrer da política para a sua redefinição enquanto busca de nova legalidade fora do paradigma de nova legalidade racional da industrialização e da sociedade do trabalho assalariado, bases do mercado e do Capital clássicos. Enquanto a ciência buscava ser salva pelos analíticos do novo positivismo de todas as cores o “progresso” chegava às academias pela câmara obliteradora de certo marxismo, na exata proporção do seu senso comum: o leninismo. Na periferia

do Capital essa atitude legitimou-se em face das ditaduras e da falsa crença que ainda ilude certas esquerdas, nos “pontos socialmente positivos” da governabilidade dos socialismos-reais, das “experiências de convivência solidária” mais democráticas e populares em Cuba do comandante Fidel...Isso se reproduz no romantismo de Olga, no cinema. Poucos perceberam que Stalin era pior que Hitler e que a bolchevização das esquerdas por todo o mundo ultrapassa as hostes partidárias criando um caldo de cultura comum, ainda hoje presente no habitus da militância tradicional.

A ideologização das esferas da modernidade era tentativa do “politicamente correto”. A radicalização desse absurdo está na estetização dos realismos socialistas. Mas o esvaziamento dos espaços de possibilidade das esferas da economia, do direito, da política, do afetivo-sexual, tornava-se um esforço impossível simplesmente pela contrafactualidade de um mundo cada vez vez mais multifacetário surtido da diferenciação do consumo e da negação do mesmo(o) colorido

da exclusão forma um enorme arco-iris de seres humanos despossuídos, dos sem emprego aos sem-esperança) em face do fundamentalismo de mercado que é a globalização restritiva, a do capital volátil.

Decorreu dessa ideologização a despotencialização das instituições legadas da luta pela modernidade. Ainda é comum a simplificação da análise social presente na redução adjetivadora do Direito, da Democracia, do Liberalismo, como expressões unilateralmente “burguesas”. Não que não haja burguesia e interesses burgueses. Não que não se constata a lei de bronze da acumulação, agora em seu momento que prescinde do trabalho para se reproduzir. No

capitalismo não há possibilidade de integração optimal entre homem e homem e entre homem e natureza. O capitalismo, se não superado, indica a negação da vida planetária. Já o mercado não é um cativo absoluto nem do Capital nem do FMI...pois implica outras esferas sociais e culturais cujas relativas autonomias —inclua-se aí a ciência e a política—, tem potencial redefinitório no movimento de negação da barbárie e de afirmação da liberdade. Esta não se subsume e se anula no “liberalismo-burguês”. Liberdade e igualdade não são antípodas na luta por um mundo mais solidário e fraterno.

O vácuo utópico que caracteriza nossa crise civilizatória complica-se quando parte considerável dos atores que fazem as mudanças, mesmo agindo no campo da necessária ocupação de espaços (de governabilidade ou na crítica) ainda restam reféns de uma cultura anti-democrática, ou viciada por confusões sobre o que apreendem como experiências e sonhos.

A desideologização deve aqui ser considerada enquanto novas ideologizações, bem entendido. Desideologizar as dogmáticas paralisantes parece ser uma base para resistir às intolerâncias, pois das intolerâncias intelectuais é que resultam as intolerâncias no quotidiano político...O mundo não se encontra bipola-

rizado mas multipolarizado na *ambiance* da pós-modernidade cultural e na pré-modernidade industrial em muitos partes do mundo no qual o emprego é cada vez mais raro, emergindo vários escravismos como extemporâneo-vivo. As novas ideologizações apontam para a idéia de uma ciência mais atenta às potencialidades do senso comum e à verdade parcial da compreensão no processo de produção do conhecimentos. A legalidade científica escora-se na escolha de uma possibilidade de reconstrução intelectual de fatos escolhidos do mundo segundo muitos critérios conscientes e muitos dados pela pré-compreensão dos sujeitos que conhecem. Uma escolha possível entre outras não menos legítimas, se bem construídas enquanto argumentações fundamentadas. No mínimo elas guardam eficácia em relação às partes do real nas quais se justificam. A pluralidade de ciências para um mesmo fato jogando por terra os juízos de fato anteabrem ricas expectativas para uma tarefa de compatibilização possível de valores amalgamados na matriz das legalidade das legalidades que é a metaestrutura jurídica sem a qual vencem tanto a política da não política (ou neoliberalismo) quanto a filosofia da não filosofia (ou pós-modernidade sistêmica).

Com ambas reduzem-se os espaços públicos de interlocução, nas academias ou fora delas.

O caos real e fictício da “ordem sem centro” interpela o conceito em favor da experiência. Talvez a nova ciência tenha pra si a oportunidade de exercer sua autonomia pensando e oferecendo remédios técnicos e abstratos à reconstrução do mundo com integração e paz social. O Direito é parte inicial —e não satisfatório—, nesse processo, porque não se basta (autopoiesis?) e exige posturas éticas e hermenêuticas apropriadas não somente dos operadores do direito mas de

seus destinatários, os cidadãos, na afirmação constitucional dos valores democráticos. Isso não é pouco em tempo de dissolução jurídica do direito em suas or-dens nacional e internacional.

II. Novas Práticas Instituintes de Direitos: Reflexões sobre Ética e Hermenêutica.

1. Pressuposto: A dialética do jurista-cidadão e do cidadão-jurista: dois focos na apreensão do fenômeno jurídico

O compromisso concretizante estabelecido com um mínimo ético pode ser firmado no ponto de vista interno do ordenamento jurídico e de seus operadores. Chamaremos esse ponto de vista interno de aquele do jurista-cidadão. No entanto, essa instância interna não aspira à exclusividade, de vez que o compromisso com o mínimo ético também exige agenciamentos exteriores ao sistema jurídico. Chamaremos esse ponto de vista exterior, pelo qual também é mantido o compromisso com o mínimo ético, de aquele do cidadão-jurista.

A apreensão do fenômeno jurídico requer uma certa bifocalidade dos sujeitos interessados em capturá-lo. Pelo foco mais próximo pode-se enxergar o direito do caso, das partes processuais, do poder judiciário, enfim, tudo aquilo que de alguma maneira é relacionado à justiça comutativa e seus conflitos. Já no foco mais longo pode-se ter em mira o fenômeno jurídico apreendido não apenas na particularidade do caso judicial, mas no horizonte de todos os outros sistemas com os quais o sistema jurídico-judicial se relaciona, formando um conjunto de instituições e práticas que transcende e define os limites mais gerais da própria capacidade de intervenção social da jurisdição. Naturalmente, o predomínio do foco próximo pode degenerar na miopia do casuísmo e das razões técnicas, buscando-se no varejo da solução das controvérsias respostas de justiça material que muitas vezes não podem ser encontradas devido a poderosas limitações estruturais do sistema, cuja percepção só é lograda pelo emprego do foco mais longo, o dos horizontes político-institucionais. Mas se o predomínio do foco próximo pode criar dificuldades na percepção do fenômeno jurídico, o contrário também deve ser verdadeiro. A predominância do foco longo pode ocasionar um embaçamento do fenômeno jurídico pela superestimação das outras variáveis (de ordem política, econômica, moral, ideológica, cultural) que com ele compartilham o panorama socioinstitucional.

Sob a aparente universalidade do direito hospeda-se ainda uma série de agenciamentos culturais cuja subjacência permite ao cabo representar a realidade social como jurídica. Nesse sentido, a representação jurídica não é diferente de outras representações sociais, como a arte, o trabalho, a religião, o poder, a ciência. A antropologia contemporânea tem demonstrado que a estrutura

imputativa do se/então, essencial ao direito ocidental, não é universalmente válida para todas as culturas. A possibilidade de compreensão dessa estrutura só é dada mediante uma série de aquisições, como, por exemplo, a distinção entre o princípio da causalidade natural e uma idéia de responsabilidade pessoal. Sem essa distinção entre causa natural e responsabilidade humana, a idéia de imputação praticamente torna-se inviável. Os gregos antigos e muitos povos indígenas jamais chegaram a elaborá-la, talvez por não terem desenvolvido uma ciência e caráter empírico. A bifocalidade na apreensão do fenômeno jurídico submete-se então a mais estes dois aspectos freqüentemente olvidados: os condicionamentos históricos e culturais.

São esses alguns riscos das compreensões amplas e estritas do fenômeno jurídico. E o ajuste ótimo dessa bifocalidade não obedece a receita alguma, até porque cada olhar é sempre sutilmente graduado pela peculiaridade dos seus interesses e pelas variações de tonalidade que cada retina percebe de modo in-comunicável na sua perfeição. Torna-se assim impossível uma receita para a visão perfeita do direito, simplesmente porque não pode existir uma visada única sobre esse fenômeno. O direito não é então fruto de uma visão puramente perfeita que se tenha dele. A visão do direito perfeito é sempre uma miragem histórica ou teórica. O direito é, portanto, fruto do diálogo entre as impressões resultantes do conjunto de visões que podem sobre ele incidir, em suas similitudes e dessemelhanças. Dito isso de modo hermenêutico, não existe total homogeneidade na determinação da pré-compreensão jurídica, uma vez que essa é resultante de um praxis institucional a todo momento reinventada. À vista disso, torna-se mesmo importante ressaltar a diferença entre o varejo dos direitos que se obtém pela jurisdição do foco próximo e o atacado dos direitos sociais garantidos pelas políticas públicas e demais medidas de justiça distributiva, logradas pelo foco longo. Num caso, temos o direito ilustrado de modo emblemático pelos recursos a um poder judiciário autônomo. Noutro, temos o direito encarnado pela sociedade

e pelo Estado em instituições e concepções político-ideológicas, com suas respectivas compreensões a respeito da justiça social. A experiência jurídica revela-se, dessa maneira, como sendo concomitantemente uma forma de resolver conflitos entre indivíduos e um modo de se promover a sociabilidade no seio de uma comunidade. A combinação entre esses dois focos constitui a dialética da experiência jurídica, vivenciada e vista sempre como algo far away, so close [tão longe, tão perto].

Conforme o foco adotado, o mínimo ético pode ser traduzido numa singela ação judicial ou já numa decisão política de ampla abrangência. De parte do foco próximo, aquele do jurista-cidadão, a implementação prática das concepções do mínimo ético exigiria ainda a formação de gerações inteiras de operadores de direito aptos a perceberem suas decisões intervindo em um ambiente

de responsabilidade consequencial e de complementaridade entre autonomia

e heteronomia. Em um tal ambiente, a interpretação normativa necessitaria receber um tratamento imunizador contra os ataques tecnicantes pelos quais se dissemina a ilusão das decisões passíveis de neutralidade e objetividade. A formação dessas gerações de juristas necessitaria ser qualitativamente distinta daquela hoje oferecida pelas concepções epistemológicas maciçamente difundidas nas escolas de direito. Novamente reclamamos aqui a compreensão da complexidade do fenômeno jurídico em articulação estreita com seu substrato ético-comportamental. Quanto mais o arsenal teórico disponível facultar aos juristas a percepção da repercussão social de suas atuações, mais tenderá a tornar-se sua própria responsabilidade aplicativa. Mas isso só pode ser imaginado sob os auspícios de uma outra mentalidade cognitiva para o direito. Essa outra mentalidade deverá abandonar as concepções sobre o saber jurídico como sendo formado por atos cognitivos neutros, passando a assumir, com transparência, o fato de que a interpretação do direito encerra atos de vontade e, portanto, decisões. Uma parcela importante dessa nova mentalidade cognitiva para o direito talvez possa ser buscada no paradigma da hermenêutica filosófica.

2. Práticas de eficácia reconstrutiva do Direito Moderno

Minha reflexão sobre novas práticas instituintes do Direito também se inspira no quadro teórico e político presente no trabalho *Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativas para o Direito*, escrito por mim e Marcus Fabiano Gonçalves como tese central para o IV Congresso Internacional de Direito Alternativo (Florianópolis, 2002). Obviamente, há vários sentidos possíveis para te-

ma tão amplo, mais me preocupa a questão da eficácia normativa que implica numa certa dialética não muito óbvia para os operadores do direito e destinatários do mesmo, envolvendo dois conceitos: o conceito de instituinte como práticas por efetividade normativa enquanto pulsões, esfera esta dos inelimináveis desejos, interesses, e o conceito de instituinte enquanto acomodação, ou lugar das negociações ou ensaios para soluções.

Num mundo marcado por dinâmicas transformativas que redefinem, tumultuam e conflitam várias esferas (economia, política, direito, estética, religião, sexualidade), a legalidade científica do direito concebida enquanto certeza jurídica já não deve ser colocada somente como preocupação com a necessária previsibilidade e calculabilidade que todo processo de racionalização implaca, mas enquanto desafio que é lidar com incertezas. Assim não é suficiente tratar o instituinte enquanto jurisciência (certificação) mas enquanto jurisprudência (argumentação). Práticas instituintes vistas como interesses aparecem na questão dos transgênicos, do matrimônio formal entre homossexuais, dos que militam entre os sem terra, sem teto, etc. Assim sendo, institui o direito e

lhe dão eficácia normativa os operadores do direito magistrados, promotores, fiscais, advogados, estudantes de direito como os movimentos sociais e dos interesses corporativos. Nesse sentido podemos falar em movimento por eficácia normativa dentro e fora do estado, se aproveitarmos a separação liberal entre sociedade civil e estado. Prefiro a idéia de práticas instituintes de direito em esferas públicas, estejam elas nos espaços estatais ou fora deles.

Em alguma medida esse tema das novas práticas instituintes de direitos sempre diz respeito a questão da modernidade em todas as suas facetas (esferas) e por isso nos interpela a um retorno a alguns eixos que devem ser delimitados.

O movimento da crítica enquanto parte da racionalização jurídica teve no MDA um impulso político (com inserções acadêmicas, bem entendido) considerável tendendo a forçar a superação de nichos de pré-modernidade jurídica na formação social brasileira – ainda marcada pela herança patrimonialista, buscando uma afirmação de modernidade no Direito, processo que apresenta outras variáveis obstacularizadoras como as referentes aos deslocamentos territoriais acentuados com as ocorrências da virtualidade e da globalização, seja pelas suas nefastas consequências financeiras como em termos da relação local/mundial.

Essa trajetória não foi nem é algo isolada no mundo dos juristas intradogmaticamente considerados, mas parte da história da cultura política (e a questão da herança patrimonial já anunciada ainda se encontra presente em confronto com o dificultoso parto de uma modernidade em tempos e espaços marcados pela revolução informacional), das conjunturas internacional (globalização restritiva, ou neoliberal) e institucional (em vários níveis, da conjuntura política da governabilidade (p. exemplo, a experiência de LULA-presidente em nosso país) à reforma da administração e do Poder Judiciário em curso. Sabemos que a história não é linear e que não há dialética do progresso no sentido emancipatório. Depois de Hitler e Stálin e dos conhecidos efeitos da globalização neoliberal somos obrigados a acelerar a crítica ao direito enquanto tarefa impossível, desconstruindo-o e reconstruindo-o enquanto metaestrutura da modernidade, esta mesmo sendo abalada pelos deslocamentos epistemológicos que a era digital impõe a todas as esferas da vida. Acabou-se o tempo da virgindade epistemológica e dos cabacinhos dogmáticos. É hora de superarmos a crítica ao direito ideologizadora pois obstaculizadora de uma compreensão mais aprofundada do direito moderno enquanto núcleo normativo da modernidade ela mesma em fase de reatualização paradigmática. Modernidade jurídica contemporânea de si mesma é modernidade social e cultural, o que exige a inserção da ética como base para novas fundamentações hermenêuticas no direito, base real para novas práticas instituintes ou de efetividade jurídica, ou de redefinição eficaz na esfera jurídica em rede com as outras esferas com ela imbricadas, num mundo cada vez

mais tendente ao politeísmo de valores (leia-se onde é cada vez mais flagrante impossibilidade de universalização de valores absolutos) que caracteriza o multiculturalismo enquanto base da afirmação democrática.

Superado certo otimismo cientificista emerge a possibilidade de uma reflexão menos romântica quanto ao progresso (em que esfera da modernidade? e com que abrangência em termos de universalização da democracia?) levadas a cabo por formas históricas aparentemente distintas (nas suas justificações) como foram as industrializações capitalistas e socialistas. Mas a compreensão dessa ruptura no tempo não é ainda tão óbvia nas fileiras progressistas, envolvidas com o pêndulo tradicional entre defensores de um Marx-Total e a turma do niilismo pós-moderno. Estranhamente, os leninistas de ontem ainda defendem um discurso de difícil compatibilização prática, em face do necessário acerto de contas com o passado e em razão de certo pragmatismo neoliberal que os assola as experiências de governabilidade das esquerdas em vários países.

Partimos do discurso dos direitos humanos como núcleo ético comum e irreduzível do direito moderno, embora aberto ao questionamento sobre suas apropriações e descaminhos possíveis ou mesmo inesperados, nos afastando das compreensões jusnaturalistas de justiça fora do patamar constitucional. A questão da desigualdade deve ser a base para uma discussão apropriada da questão dos direitos humanos. Desiguais são aqueles que se encontram numa posição social tida como injusta. Resgatar o patrimônio semântico do significante justiça no que ele também contribuiu para o divórcio entre modernização e modernidade, entre modernidade econômica e modernidade social, é tarefa ainda válida e urgente.

O MDA por muito tempo acompanhou a crítica ao direito apelando a conceitos metafísicos de justiça, sendo comum nos textos de suas lideranças, inclusive deste autor, as expressões direito dos explorados, direito dos oprimidos, direito achado na rua, contrapondo-se ao direito dos exploradores, direito burguês, direito positivista estatal, etc. Os propósitos do MDA eram e continuam eticamente defensáveis mas a compreensão conceitual dos “meios”, equivocada e incompleta. De alguma maneira Kelsen já havia superado esses impasses com suas doutrinas do ordenamento e das normas jurídicas. O mínimo ético constitui o alicerce possibilitador da sustentação da experiência convivial, na exata medida em que renuncia a toda pretensão de fundamentar/justificar um conceito de justiça particularista, considerando sempre a diversidade da autonomia coletiva e a pluralidade de concepções axiológicas como eixo da eficácia normativa a ser construída pelos operadores do direito e canais de pressão organizados ou espontâneos. Obviamente que nessa perspectiva falar-se de certeza jurídica complicaria ainda mais o mundo das práticas jurídicas. Retomo ao ponto da necessidade que os operadores do direito terão de lidar com a “nova legalidade científica do direito” enquanto incerteza, lugar de compromissos provisóriamen-

te universalizáveis num processo tenso e ineliminável que é o da racionalização do direito. Um exemplo está na colisão de direitos fundamentais como o de liberdade de imprensa e o direito de imagem, ou entre direito à vida e direito à propriedade. É chegado o tempo da maturidade para o direito enquanto conhecimento e poder de regulamentação, superando a fase infantil da modernidade tendencial para variadas formas exclusões tecidas no mesmo processo social de produção do Capital. Modernidade jurídica diz respeito ao papel do direito no questionamento e redirecionamento do desenvolvimento de várias esferas da vida.

Se a relativa ineficácia do direito enquanto modernidade (restrita sob o ponto de vista da razão econômica hegemônica) encontra-se também relacionada com o “enfraquecimento” do Estado num tempo de “pós-modernidade neoliberal”, passando a ser questionada essa a legitimação do direito enquanto capacidade do pacto político de possibilitação das condições dignas de vida. Se o Estado não cumpre a sua parte, se a República tem dificuldades em afirmar-se em seus princípios constitucionais fundantes, então uma das condições de eficácia do direito é perdida: *“Por isso mesmo, a promoção dos direitos humanos torna-se uma questão de legitimidade do estado e de segurança jurídica enquanto controle do risco de desestabilização social”*⁴. Abaixo desse mínimo ético não podemos a rigor falar na existência de uma sociedade.

Ademais, práticas instituintes de direitos surgem por eficácia espontânea alicerçada em sentimentos de justiça que marcam as experiências de convivibilidade dos seres humanos. Essa espontaneidade depende, por sua vez, de formas de desenvolvimento que conciliem crescimento econômico com distribuição de renda, índice de desenvolvimento humano (IDH) com equilíbrio ecológico. Sem inclusão social dissolvem-se os liames culturais tradicionais e seus vínculos positivos em termos pedagógicos. A inclusão reforça e renova esses tecidos sociais de solidariedade. Somente assim os destinatários do direito moderno experimentarão a subsunção de princípios já presentes no senso comum – de justiça, de bem comum, reproduzidos na família, na igreja, na comunidade, na concretude da presença estatal enquanto garantia e estímulo de controle de um mercado para a integração e de uma sociedade para o aperfeiçoamento democrático. Também as comunidades que constituem a sociedade constituem uma continuidade da esfera pública no sentido da busca e do exercício da convivência partilhada de problemas imediatos comuns e mais universais. De qualquer modo, as proteínas necessárias constituem a base para uma cultura mais sólida, conhecimento que oportunize a afirmação da sociedade e não o seu contrário. Razão da necessária presença do Estado enquanto organizador dos espaços da política e do mercado, via constituição e eficácia jurídica aos seus princípios

⁴ CF. ARRUDA-GONÇALVES, 2002.p. 118.

emancipatórios. Tal eficácia resulta da ação dos profissionais do direito, mas em grande

medida das práticas instituintes de direitos sob o abrigo da Carta Magna. Ela depende, por sua vez, de ações no plano de um verdadeiro processo de reformas, cabendo aqui indicar, somente a título da complexidade do mesmo, algumas reflexões sobre o sistema judicial brasileiro.

III. Sistema Judicial brasileiro: elementos para discutir a reforma⁵

“Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido), significa aumentar o seu próprio horizonte e sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.” (Tulio Ascarelli).

Introdução:

A crise do sistema judicial brasileiro revela a ponta de um iceberg da própria crise do estado e do sistema político vigentes, resultando de um conjunto de fatores de ordem estrutural e de ordem interna ao sistema judicial cuja compreensão escapa do objetivo deste ensaio. Tal crise agrava-se com: a) a dimensão midiática: os assassinatos de dois juízes estaduais (SP e ES) no mês de março de 2003, ambos atuando na execução penal; b) com a crescente percepção da insegurança social e medo, por parte da população brasileira, especialmente nos grandes centros urbanos, em face da ação impune do crime organizado e dos atentados a órgãos públicos (principalmente no Estado do Rio de Janeiro), passando a exigir respostas que requerem políticas públicas de reforma da Administração da Justiça e do Poder Judiciário, considerados enquanto “sistema judicial”. São muitos os óbices a serem superados para realizá-las. Neste texto indicaremos

algumas questões para um diagnóstico teórico preliminar da crise do sistema judicial brasileiro, base para os prognósticos apropriados para o campo da política.

Entre os entraves a reforma do sistema judicial observa-se preliminarmente o de maior impacto obstaculizador de mudanças: a cultura centralizadora de tradição corporativista típica da formação tradicional dos operadores do direito em nosso país, e com peso, a dos magistrados. Um exemplo dessa cultura está em posturas tais como a do Min. Edson Vidigal do STJ, o qual, em entrevista de março de 2003 (TV Senado), sobre reforma da justiça, propôs a ampliação da jurisdição federal, medida esta que segue na contramão dos

⁵ Este texto resultou da pesquisa elaborada em parceria com os Professores Osvaldo Agripino e Marcus Fabiano Gonçalves, para oferecimento ao grupo de trabalho sobre reforma da justiça, a convite do Ministro da Justiça, Dr. Marcio Thomaz Bastos, através do Dr. Sérgio Sérulo da Cunha.

movimentos de reforma judicial em países federalistas e de dimensão continental, tal como é o caso dos EUA, onde a tendência reformista aponta para a descentralização das competências para os Estados-membros e municípios. Nesse sentido, era a proposta do saudoso Min. Evandro Lins e Silva, pela difusão dos Juizados Especiais.

Além disso, a ineficiência, morosidade, corrupção e insegurança jurídica do sistema judicial brasileiro têm causado não negligenciável fuga de capitais produtivos de empresas nacionais e estrangeiras para outros países ou investimento no mercado financeiro, colaborando sobremaneira para o aumento do desemprego, aumento dos juros⁶, em última instância, contribuindo para a desestabilização social e por consequência, potencializando as violências urbana e rural.

Cabe acrescentar que, no Brasil e nos países de origem romano-germânica, há crescente curiosidade ou mesmo certa admiração pelo sistema judicial norte-americano no que ele tem de capacidade de dar respostas a demandas que lhe chegam, mesmo assim, há poucos trabalhos que aprofundam estudos comparado dos principais elementos daquele modelo de justiça. Embora o Direi-
to Comparado seja bem mais difundido na cultura jurídica estadunidense, são poucos os trabalhos que se aprofundam no estudo dos sistemas romano-germânicos especialmente os latino-americanos. Mesmo assim, a difusão de institutos do direito romano-germânico, como a codificação das leis, vem aumentando no sistema norte-americano.⁷

⁶ É o ponto de vista de Kenneth Rogoff, segundo o qual “Uma das razões do juro altíssimo que o consumidor paga no Brasil é a desconfiança que os bancos têm dos tribunais. É assim porque os bancos demoram anos para reaver um bem de um inadimplente. Qual o resultado? A população como um todo perde”, in “É a chance do Brasil”, in Revista Veja, 14 de julho de 2004.

⁷ Tal cultura decorre, em parte de um pressuposto equivocado em tempos de globalização jurídica, e que na América Latina tornou-se senso comum, o de que não se pode comparar um sistema como o brasileiro (de origem romano-germânica -civil law) com um direito influenciado pelo direito anglo-saxônico (common law), como é o caso do modelo norte-americano. Todavia, vários comparativistas sustentando que quanto maior for a diferença entre sistemas comparados, melhor o benefício intelectual do resultado da pesquisa comparada e aperfeiçoamento dos institutos do sistema inter-

no que está sendo comparado: ou seja é menor o benefício do resultado da pesquisa quando se compara institutos de sistemas de origem semelhante, e.g., sistema brasileiro versus sistema português.⁷ Acreditamos que o conhecimento de outra fonte histórica de experimentação do direito em seu processo de racionalização poderá servir para a esboçar um diagnóstico possível da profunda crise do sistema judicial brasileiro. Para suprir essa lacuna na literatura jurídica latino-americana, inclusive em face da possibilidade de integração hemisférica, com a discussão da ALCA, necessária a análise comparativa de alguns elementos importantes dos sistemas norte-americano e brasileiro, adiante transcritos. Dessa forma, especialmente pelas evidências decorrentes do contraste, em face da análise comparativa dos dados obtidos na presente pesquisa que, aliada à falta de contra-evidências que refutem tal constatação, comprovou-se que o modelo do sistema judicial brasileiro, por ser inefi-

Assim, o presente texto enumera, de forma sintética, algumas causas da ineficiência do sistema judicial brasileiro e, na segunda parte, propõe algumas sugestões preliminares para o seu aperfeiçoamento, incorporando nesse diagnóstico certos institutos do modelo norte-americano, bem como sugestões presentes em outros sistemas, bases para possíveis adaptações da cultura jurídica brasileira.

Algumas causas da ineficiência da justiça brasileira: quadro geral.

Alguns fatores podem ser apontados como causas do mau funcionamento⁸ do sistema judicial brasileiro, alguns deles de caráter heterônomo (devidos à estrutura social) e outros relativamente autônomos (devidos ao sistema jurídico-co, ele mesmo), quais sejam:

No que diz respeito aos fatores devidos ao sistema jurídico:

- 1) concepção extremamente positivista do direito (resultante de um ensino jurídico descontextualizado da reflexão conceitual aprofundada e de estudo de casos concretos), não administrativa e fiscalizadora da lei, com ausência de fundamentações hermenêuticas apropriadas à eficácia constitucional das normas;
- 2) a cultura jurídica do monopólio do Poder Judiciário para resolver conflitos;
- 3) a grande quantidade de procedimentos judiciais ;
- 4) a inexistência de controles externos das atividades administrativas e financeiras dos órgãos da administração da justiça;
- 5) o corporativismo das categorias que atuam no sistema judicial (magistratura, ministério público, advocacia, docência, entre outras) com a

ciente, inibe investimentos na economia, podendo ser considerado um dos óbices ao desenvolvimento social do país.

⁸ Obviamente que partimos do pressuposto que o Poder Judiciário e a administração da Justiça são instituições legadas da racionalidade normativa da modernidade, parte do projeto de Estado, vale dizer, servem de base e apontam para a realização da integração social, e não ao seu contrário. Se o mercado, esfera da reprodução do capital, sob a égide dos capital financeiro restringe as potencialidades da globalização e por consequência a democracia, acreditamos residir nesse ponto e nessa exata medida a justificativa da aposta naquelas instituições emancipatórias, vale dizer, aposta por um mínimo ético balizador dos procedimentos por eficácia jurídica dos princípios constitucionais consagrados na carta de 1988, entre eles o acesso a justiça. Sobre, consultar *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Edmundo Lima de Arruda Jr e Marcus Fabiano Gonçalves, Florianópolis: Ed. Cesusc, 2002. Também dos mesmos autores, *Direito, Ordem e Desordem: Eficácia dos Direitos Humanos e Globalização*. Florianópolis: Ed. Cesusc, 2004.

inexistência de controles externos, o que aumenta a crise de legitimidade do sistema, comprovada pela baixa credibilidade que os mesmos gozam da sociedade;

6) baixo grau de qualificação profissional dos servidores do sistema judicial, principalmente em nível estadual;

7) inexistência de sistema de acompanhamento e controle da qualidade e dos resultados dos serviços nos Estados;

8) cultura da impunidade no próprio sistema que possibilita a prática da corrupção;

9) não difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos, anexados ou não às cortes, mas dentro de um paradigma de jurisdição pública não es-tatal, no caso dos que forem implementados na esfera privada (fora das cortes);

10) omissão do Supremo Tribunal Federal com relação à redefinição do seu papel institucional, para diminuição da sua pauta, posicionamento judicial para a interpretação dos princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais e ordem econômica;

11) inexistência de política judicial federal e do localismo judicial, na justiça estadual, bem como de maior quantidade de justiças especializadas;

12) pouca socialização da *Internet* para informar sobre os direitos e acessar a justiça; e ;

No que diz respeito a fatores externos ao direito (heterônomos):

1) Exclusão social resultante do modelo de desenvolvimento deliberadamente não integrativo (neoliberalismo);

2) Por tradição da dominação tradicional patrimonialista que se inscreve na ossatura do estado brasileiro há ainda uma dificuldade na definição dos códigos lícito/ilícito, continuando a esfera pública sob a marca de interesses particulares;

3) Ainda certa omissão dos meios de comunicação e da sociedade civil organizada no exercício da fiscalização;

4) Significativa falta de percepção de sentimento de justiça, por parte da população, de que o problema da crise da justiça não é só dos operadores do direito, mas do governo na sua totalidade de poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) e na integridade federativa em todas as suas esferas (união, estados e municípios).

5) Presença nos setores sociais populares e das suas vanguardas de esquerda de certa concepção instrumental em relação às principais instituições legadas da modernidade, tais quais direito, poder judiciário, democracia representativa, estado de direito, etc.

Diante de tais fatores, podem ser elencadas algumas sugestões pontuais em face da análise comparada de cada elemento determinante, a fim de tentar proporcionar melhor eficiência ao sistema judicial brasileiro e, por conseguinte,

construir novos e eficientes canais de resolução de conflitos, atrair investimentos que não sejam especulativos, e colaborar para o desenvolvimento social brasileiro. Antes, cabe retomar ao que consideramos como um problema maior da cultura jurídica nacional, o ensino jurídico vigente, e a questão correlata à violência e sua teorização: o problema das políticas criminais e sua eficácia.

2. O Ensino Jurídico: A falência metodológica dos cursos de legislação

O estudo da lei abstrata é comprovadamente ineficaz para o desenvolvimento do raciocínio jurídico dos operadores do direito. O mero estudo da lei na forma do Código corresponde à continuidade tardia do programa pedagógico do Código de Napoleão.

Estudantes apáticos decoram legislações que não cessam de mudar e, quando os casos ocorrem, não têm a mínima experiência sobre como problematizá-los.

A didática legalista (ineficaz e atrasada) associada à hermenêutica exegética (dos textos legais apartados dos contextos sociais) transforma nossa Justiça em uma instituição inepta às respostas ágeis. é preciso ainda considerar que são justamente os atuais concursos públicos que incitam ao prosseguimento de-

sse modelo: cobram memorizações de decisões já assentadas e dispositivos legais mas não estimulam à criatividade nem a concretização judicial constitucional.

Uma reforma do ensino jurídico nesse campo não pode se dissociar de uma reforma do recrutamento para as carreiras públicas da Justiça.

Há no Brasil uma trágica incompreensão: o concurso não é o momento de formar o juiz (ou promotor) no espírito de Corpo do seu órgão. Essa tarefa —essencial, aliás—, deve ser incumbida às escolas de formação judicial e às escolas do MP.

O ensino jurídico deveria ser fundado na análise e resolução de casos-problemas, recuperando a ABP - aprendizagem baseada em problemas em uma ferramenta metodológica para a formação de docentes.

Os professores devem aprender a ensinar com a jurisprudência. Não ensinar a jurisprudência para preservá-la tal e qual. Mas ensinar a construir com ela a concretização de normas cuja atualização não cessa de ser exigida. como instrumento metodológico e as matérias ditas propedêuticas ou metadogmáticas (filosofia, filosofia do direito; sociologia; sociologia jurídica) devem instrumentar análises de problemas sociais contextuais aos casos (por exemplo: teoria da justiça aplicada; sociologia do crime, teoria da argumentação nos tribunais).

3. O Brasil e sua política criminal não planejada

A política criminal brasileira é uma não-política. Não decorre de uma intenção, mas do resultado de uma falta de consciência sociológica sobre a importância do posicionamento do poder público diante das estratégias do crime. A política criminal brasileira é uma combinação entre acasos regulados pela lei do menor esforço na persecução criminal aos sujeitos sociais mais fragilizados à seletividade penal. Essa consciência criminológica está em gestação ao menos desde os anos 1970. Contudo, nenhuma medida tem sido tomada para revertê-la.

A praxe de promotores que começam e terminam carreiras oferecendo denúncias por crimes de baixíssima lesividade social (furto de bicicletas, p. ex) dá a proporção desse problema grave. O Ministério Público precisa decidir com a sociedade quais são os alvos preferenciais da persecução penal: ou os crimes patrimoniais individuais; ou os crimes de alta lesividade da coisa pública, que atingem o mínimo ético pelo qual a integração social é possível e a obediência à lei não arrisca a própria subsistência. O Ministério Público precisa ser desburocratizado e sofrer também o controle social das suas pautas seletivas: veja-se a quantidade de negros e indivíduos sem escolaridade nas prisões em relação aos bem educados, veja-se, ainda, o número irrisório de ações de colarinho branco, por oposição. Esse resultado não é sobretudo um problema do sistema judiciário (como talvez tenha pensado um direito alternativo mais ingênuo). Evidentemente não! É um problema da política do MP para o recrutamento dos seus réus. Fala-se muito em controle externo do judiciário. E o MP quem irá controlá-lo? Quem irá responsabilizá-lo pelas escolhas que faz: milhares de denúncias por furtos, escassas denúncias por corrupção, lavagem⁹ de dinheiro. Essas considerações estão relacionadas com a nossa reflexão seguinte.

3.1. Política criminal nacional e abordagens da eficácia jurídica

É necessária a criação de um Órgão Nacional de Política Criminal. É preciso ser registrado que a disciplina de Políticas Criminais é absurdamente ausente dos currículos de graduação e pós-graduação em direito no Brasil. A política criminal é hoje disciplina autônoma na maioria das Universidades

⁹ Veja-se, na perspectiva do direito comparado, a seguinte concepção de lavagem de dinheiro instrumentalizada pela jurisdição francesa: L'article 324-1 du Code Pénal édicte (à travers la loi n. 96-392 du 13 mai 1996) : 'Le blanchiment est le fait de faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit'.

Circulaire du 10 juin 1996 émanant de la Direction des Affaires Criminelles présentant le commentaire de la loi du 13 mai 1996 : Quelle que soit l'infraction criminelle ou délictuelle d'où provient les fonds en cause, toute justification mensongère de l'origine de ceux-ci ainsi que tout concours apporté à leur placement, dissimulation ou conversion, constituera un délit.

dos países desenvolvidos. Um de seus expoentes é a obra de Mireille Delmas-Marty, hoje membro do seletor Collège de France.¹⁰

A criação da disciplina de Política Criminal, associada a um órgão com especialistas formados nessa área, tirará essa matéria tanto do domínio do senso comum conservador e estúpido (estilo Hebe Camargo) ou do senso comum jurídico (dominado pelos advogados criminais que ganham rios de dinheiro absolvendo lavagens de dinheiro público por artifícios processuais).

A política criminal tem por objetivo de planejar ações de coerção no plano da eficácia-aplicação e prevenção no plano da eficácia-espontânea (geração de empregos, assistência social a contingentes excluídos, etc.)

É urgente, para a tutela jurídica do mínimo ético, a disseminação de uma jurisdição especializada e de Promotorias especializadas em crimes contra a coisa pública (corrupção, lavagem de dinheiro). Evidentemente, essa área de coerção depende também do aperfeiçoamento de uma polícia técnica especializada em matérias como o sistema financeiro, nacional e internacional.

A temática da polícia tem se apresentado somente no campo das guerras urbanas contra o narcotráfico. Uma polícia realmente cidadã é aquela que protege os recursos dos menos favorecidos, perseguindo e investigando aqueles com maior potencial delitivo de alta complexidade: empresários, banqueiros (pessoas físicas) e empresas (hoje avançam os entendimentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica e empresas podem ser desfeitas para se reaver recursos desviados pelo anonimato e a impessoalidade de um CNPJ ou de uma empresa *off shore*).

4. Bases teóricas para a reforma do Judiciário para a eficácia do Direito (ou para a construção de base para um sistema judicial)

A assim chamada *reforma do judiciário* envolve um sério problema de enfoque que se faz presente de modo constante nas variadas propostas apresentadas. Atendendo a demandas ora mais, ora menos setoriais, oriundas de reivindicações, por vezes históricas, desta ou daquela corporação, a reforma judiciária em regra órbita ao redor de temas administrativos, cingindo-se a meras propostas

¹⁰ Algumas obras de referencia nas pesquisas de políticas criminais:

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le blanchiment des profits illicites*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2000.

LASCOUMES, Pierre (1997), *Elites irrégulières, essai sur la délinquance d'affaires*, Gallimard, Paris.
GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (2002), *La Riposte Pénale contre la Criminalité Organisée en Droit Français*. In MANACORDA Stephano (sous la coordination de). *L'Infraction d'Organisation Criminelle en Europe*, Publication de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, PUF, Paris.

de repartições de competências e jurisdições que, por seu turno, em geral pretendem apenas realocações no organograma que desenha os caminhos do poder de dizer o direito em nosso judiciário. Essa miopia de uma reforma das carreiras da jurisdição precisa ser urgentemente superada.

É bem verdade que, mais recentemente, tem comparecido à pauta desta discussão de índole, digamos, mais administrativista, a matéria do que ficou conhecido como o “controle externo do judiciário”. Assim, o que era antes encarado como problemática de caráter organizativo, recebe vernizes de Montesquieu para então ser, muitas vezes de modo malicioso, oferecido à deglutição da opi-nião pública como o quadro crítico da discricionariedade supostamente abusada por um poder que, ao dizer o que diz a lei, não tem quem esteja acima dele.

Ora, o controle externo é uma escala ao infinito: sempre haverá o problema de quem controla o controlador. O controle externo do judiciário, se for mesmo enfrentado, não pode antes é olvidar o controle externo do Ministério Público na definição das políticas criminais. Convém recordar, que o materialismo do positivismo jurídica nos fez compreender que o sistema judiciário é essencialmente humano: não tem demônios, tampouco anjos.

A ótica que propomos é bem outra, discernindo-se mais por superação e absorção do que propriamente por discordância. Uma reforma da Justiça não pode nem ser refém do administrativismo (que se exaure nos projetos de esqueletos institucionais e organogramas), nem tampouco do politicismo, que vê no poder judiciário uma legitimidade exótica em meio ao republicanismo de base eleitoral (como querem os americanófilos).

Que uma reforma do judiciário seja *também* problema de ordem organizacional e administrativa, em uma ótica, e *também* de ordem política não há dú-vidas. Mas que tal reforma possa encontrar aí seus fins mesmos, disso divergimos completamente. Haver soluções na arquitetura institucional e política, de natureza puramente organizativa e constitucional, importaria sempre antes sabermos que tipo de problema pretendemos tentar resolver. Logo, formulada em toda sua singeleza, a seguinte questão se apresenta: *Reforma do judiciário para quê?* Ou de modo ainda mais explícito: *reforma do judiciário para quem?* E é aqui que nossa resposta principia a buscar uma perspectiva mais elaborada a respeito do alcance desse problema.

Precisamos de uma reforma do judiciário capaz de credenciá-lo a dar conta da crise de eficácia atravessada pelo direito nos contextos contemporâneos de déficit de credibilidade na juridicidade estatal em face da supra e transnacionalidade do poder econômico. Crise de eficácia do direito: eis a expressão

chave para o começo de elaboração de uma resposta prática que possa trazer benefícios para aqueles que são mesmo os destinatários da prestação jurisdicional: cidadãos, empresas, o próprio Estado.

As leis estão aí, muitas inclusive capitaneando a vanguarda dos ordenamentos, a Constituição também, os tratados internacionais – esses cada vez mais, os regulamentos vários e os contratos tornam-se os instrumentos de empresas cada vez mais indiferentes ao estatismo da aurora liberal. Bastaria fazer esses dispositivos valer? Bastaria algum esforço para fazer a validade produzir eficácia? As coisas se passam de modo assaz mais complexo. Esse *bastaria* é uma condição realmente abissal. E é na impotência de cruzar esse abismo, o abismo da ineficácia, que a população excluída entende a *crise de eficácia do direito* como uma *crise de justiça* – a crise de um poder que encena absolvições e só pratica perseguições a quem se emprega no crime para sobreviver.

As estatísticas, como sempre no Brasil, são problemáticas e viciadas. Mas se houvesse uma pesquisa no campo das ocorrências materiais, se veria que o próprio narcotráfico diminuiu a ocorrência de muitos tipos de crimes: os empregados do tráfico podem comprar, por exemplo, um belo tênis importado, não precisam muitas vezes roubá-lo! Essa seria, com base sociologicamente apurável, uma terrível conclusão. A para-legalidade colabora com um certo tipo de legalidade oficial ao mesmo tempo que se choca com ela. São matizes e sutilezas que precisam ser tomados em séria conta.

Obviamente, quem *deveria* (note-se: *deveria se pudesse, e poderia se compreendesse*) cumprir uma parte dessa verdadeira missão de eficacização do direito brasileiro é, sem dúvida, o Poder Judiciário. Tanto melhor seria ainda esse seu desempenho em prol da eficácia caso suas estruturas operativas fossem aperfeiçoadas e caso se desfizesse o labirinto de caminhos que torna a jurisdição uma prestação longínqua e, por consequência, freqüentemente inócua. Mas nem toda a tarefa de eficacização do direito é incumbida ao poder judiciário. Desde a sociologia jurídica e desde a filosofia do direito é fácil antever que uma sociedade bem regulada é aquela na qual o direito coativo e heterônomo funciona pouco justamente porque a moralidade espontânea funciona o suficiente. O mínimo ético cuida das condições de possibilidade dessa suficiência. Uma reforma da Justiça nesse contexto não deve ter somente olhos para a coação: é também fundamental cuidar das possibilidades da espontaneidade do comportamento conforme as normas e dos direitos fundamentais que as possibilitam.

Assim, um programa de solucionamento da crise de eficácia e credibilidade do/no direito brasileiro teria de combater simultaneamente nessas duas

frentes, em tudo complementares: (1) a constituição de um poder judiciário que compreenda e execute sua missão eficientemente e (2) a promoção e asseguramento (também pelo direito e pela jurisdição, mas, especialmente, pelas políticas públicas) de acesso às capacidades convivenciais pelas quais se desenvolve a personalidade moral dos indivíduos e pelas quais se difunde no País uma atmosfera realmente ética, isto é, um conjunto de condições materiais depois das

quais os valores não passem a ser um luxo.

Cremos, portanto, imperioso acordarmos em torno do consenso de que uma reforma do judiciário é capítulo especial e decisivo, mas não exclusivo, de uma narrativa muito maior e mais complexa, na qual, além de comparecem à cena diversos atores, ensejam-se freqüentes trocas de protagonistas. E esta narrativa é a da crise eficaz do direito brasileiro, que pode ser repartida em dois grandes momentos: (1) *a crise da eficácia enquanto aplicação* (que envolve, entre outros temas, os seguintes: capacitação para uma hermenêutica de concretização e asseguramento de garantias de direitos fundamentais sociais e individuais, visibilidade isonômica das condenações, erradicação da impunidade, esclarecimento à sociedade das diferenças entre impunidade e absolvição, harmonização jurisdicional, políticas de acesso ao judiciário, agilidade na prestação jurisdicional, desburocratização, capilarização das entrâncias iniciais, treinamento de pessoal e aparelhamento, difusão do papel do Ministério Público, estabelecimento comum com o Ministério Público de pautas seletivas para os crimes de maior lesividade social e a correlata organização de jurisdições especializadas); e (2) *a crise da eficácia enquanto observância* (que envolve, entre outras medidas, estratégias de reversão do quadro de exclusão social, políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais, especialmente aquelas orientadas pelo acesso igualitário a capacidades, oportunidades, bens, rendas, poder e direitos).

Assim, de um modo bastante preliminar, a discussão de qualquer reforma do judiciário poderia principiar pela combinação entre os seguintes tópicos:

4.a. Criação de uma jurisdição efetivante dos direitos fundamentais, orientada por imperativos hermenêuticos de concretização da Constituição e asseguramento de garantias legais. Isso deve conduzir à produção de uma núcleo de jurisprudência comprometida com o mínimo ético e a reversão da exclusão social.

4.b. O *Direito e desenvolvimento* implica a economia política em uma relação de cooperação com o mundo normativo que o regula e é por ela regulado. Uma jurisdição de proteção e promoção da segurança jurídica no campo do direito privado, que, de resto, é tranqüilamente o direito de maior *público* de destinatários que o invocam, que protege e promove a economia cujos recursos fazem prosperar o desenvolvimento (*direito ao desenvolvimento como direito humano*, segurança jurídica como atrator de investimentos). Direito e desenvolvimento se apresenta hoje como um exercício de controle do risco: risco das atividades econômicas, risco da perda das condições cooperativas de consumo e cidadania.

4.c. Uma jurisdição penal (orientada por um órgão de planejamento de políticas criminais) com pautas seletivas que privilegiem os crimes econômicos de maior lesividade social (erradicação da corrupção, persecução aos crimes de

colarinho branco e às fraudes fiscais, inclusive protegidas por sofisticados sistemas de contabilidade eletrônica).

5. Retomando a idéia de reforma/construção do sistema judicial

5.1. A Organização Judiciária:

a) A reforma do pacto federativo brasileiro, inclusive do modelo de justiça federal, a fim de que os Estados assumam mais competência jurisdicional, de acordo com os interesses locais, bem como a possibilidade dos municípios poderem criar o seu Poder Judiciário, tal como em alguns estados do EUA, o que requer uma proposta de emenda constitucional. A política de desenvolvimento econômico deve ser melhor definida e implementada pela esfera governamental federal, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cuja função é articular os interesses estaduais em face dos interesses nacional e regional (MERCOSUL), com a criação de cortes especializadas, como propriedade intelectual, comércio interno, regional e internacional, falências e concordatas, dentre outras;

b) O membros do Poder Judiciário e a Administração da Justiça, nos limites da sua competência constitucional, devem ser agentes de desenvolvimento social e não meros espectadores das demandas nele ajuizadas, e preocuparem-se de forma mais ativa com as questões que envolvem a economia, inclusive com o uso da análise econômica do direito (direito e economia) e direito comparado;

c) A democratização do Poder Judiciário e de todas as profissões jurídicas estatais, com a criação de um órgão de controle das suas atribuições administrativas e financeiras, de tipo democrático, majoritariamente formado por membros externos a corporação. Por sua vez, tal democratização, por si só, não resolve o problema. É necessário controle permanente das entidades da sociedade civil, auxiliadas pela vigilância dos meios de comunicação, sobre as atividades de tais poderes de estado, pois na medida em que juízes, promotores, procuradores, fiscais, rejeitam o controle das mencionadas atividades pela opinião pública, ficam propensos à perda de confiança da população;

d) A reforma do modelo de Poder Judiciário e da Administração da Justiça, desfocada das novas demandas da sociedade, com a rediscussão da cultura dos membros que nele operam, magistrados e todos os demais profissionais das carreiras jurídicas, no que tange à hermenêutica e seus fundamentos na aplicação dos direitos humanos¹¹ aos segmentos excluídos, pois não vêm recebendo a necessária atenção dos juízes e demais operadores do direito brasileiros;

¹¹ Sobre ver *Hermenêutica e Fundamentação Ética: alternativas para o direito*. Florianópolis: Cesus, 2002.

e) Criação e difusão do *accountability* (prestação de contas), expressão pouco conhecida na administração pública brasileira, na estrutura dos órgãos que fazem parte da administração da justiça, para fins de fiscalização do plano de metas definido pela Conferência Judicial, e avaliação periódica do funcionamento;

f) Diminuição da concentração de serviços judiciais não monitorados e com alto grau de discricionariedade, o que pode ser feito com a elaboração de manuais de procedimentos e funções e criação de departamentos administrativos para tratar de serviços de notificação, orçamento, administração de pessoal e distribuição e tramitação processual.

5.2. O Método Jurisdicional de Resolução de Conflitos:

a) Aumento da discricionariedade do juiz, com a aproximação do método decisório do *common law*, através do que podemos, na falta de melhor expressão, chamar de *realismo jurídico de mínimo ético*, onde a análise da realidade social é fator determinante no processo de decisão, a começar por uma nova hermenêutica embasada na busca da superação da pura discricionariedade através da fundamentação da pré-compreensão. Tal aproximação pode ser feita, num primeiro momento, com o recurso aos princípios constitucionais possibilitadores de ações compreensivas visando afirmação da igualdade social, econômica ou política do sujeito, a começar pelo direito a ter trabalho, condição básica dos direitos humanos e de ingresso ao pacto social. Esses princípios devem observar, não a concessão de uma melhoria social, econômica ou política desejável, por si só, mas porque é uma exigência de justiça, de padrões éticos e de dimensão da moralidade já consagrados, no caso do Brasil, pela Constituição de 1988.

b) Readaptação do método de caso (*method case*) norte-americano à cultura jurídica brasileira, para fins de processo decisório.

5.3. O Papel do Supremo Tribunal Federal na Construção da Segurança Jurídica:

a) Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, transferindo-se a competência das atuais questões que não envolvam o controle da constitucionalidade das normas para o Superior Tribunal de Justiça.

b) Discussão do papel institucional da nova Corte Constitucional, para fins de posicionamento com relação à aplicação de dispositivos constitucionais que tratam da cidadania, dos direitos humanos, da ordem econômica e da validade dos contratos e transações efetuadas na *Internet*;

c) Democratização da seleção dos juizes da Corte Constitucional, extinguindo o cargo vitalício, ou seja, com mandato definido;

d) Racionalização do processo judicial da Corte Constitucional, com a adequação através da diminuição substancial da quantidade de processos julgados anualmente e transmissão dos seus julgamentos pelos meios de comunicação;

e) Purificação das competências constitucionais com explicitação das tarefas atribuídas à Corte Constitucional e apreciação de recursos que tenham como fundamento matéria unicamente constitucional.

5.4. Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos:

a) Aumento e difusão dos diversos mecanismos alternativos (mais adequados ou propícios) de solução de litígios, principalmente a mediação, em face dos custos e maior possibilidade de aplicação em vários setores da vida cotidiana brasileira, inclusive com a sua inserção nas cortes brasileiras, usando como modelo o *ADR court-annexed* norte-americano, no que couber; b) Expansão dos canais de acesso à justiça pública e privada, o que pode ser implementado atra-

vés de maior difusão dos juizados especiais, criação de entidades de mediação e arbitragem, participação das associações de moradores e câmaras de comércio, dentre outras entidades.

5.5. Os Órgãos que Colaboram para a Eficiência do Sistema Judicial:

a) Treinamento dos servidores do sistema judicial, objetivando a melhoria da qualidade dos serviços pela administração da justiça, bem como o uso de profissionais de direito para auxiliarem os magistrados e demais profissionais do direito a reduzirem a pauta de processos, tal como o do *magistrate* no sistema federal norte-americano, ou *commissioner* no plano estadual;

b) Maior alocação de verbas públicas e privadas para pesquisas sobre os problemas do sistema judicial, treinamento e atualização dos operadores do direito tanto em fundamentos filosóficos para uma hermenêutica apropriada quanto nas técnicas de estudo de casos, com a mobilização das entidades de classe, tais como OAB, Associações de Magistrados, de Procuradores, de Defensores e Academias de Polícia, a fim de colaborarem com a mudança da cultura jurídica existente;

c) Obrigatoriedade de disciplinas que tratem dos direitos da cidadania nos cursos de direito (graduação e pós-graduação) e da resolução de conflitos no ensino fundamental;

d) Criação e divulgação de programas através do rádio e da televisão, bem como *Internet*, que venham a colaborar para a consolidação da cidadania, através do conhecimento dos direitos e dos procedimentos para a sua efetividade;

e) Maior difusão de tecnologias para informar sobre os direitos, competência e papel da justiça e acesso aos tribunais, através da *Internet*, rádio, televisão e outros meios de comunicação;

f) Criação de comissões permanentes nos poderes Legislativo federal, estadual e municipal, para o acompanhamento das atividades do Poder Judiciário e indicação de juízes; g) Criação de foros permanentes, com reuniões anuais, em nível estadual, tal como o *Judicial Council*, bem como em nível federal, para pensarem a política pública do sistema judicial;

h) Criação do Conselho Nacional da Justiça, de composição heterogênea e competência para controles administrativo e financeiro do Poder Judiciário, em cada estado-membro seria criado o Conselho Estadual de Justiça;

i) Criação da Escola Nacional de Magistratura ligada ao STJ, voltada para o aprimoramento intelectual e gerencial dos magistrados e demais servidores da justiça.

5.6. Os Juizados Especiais:

a) Juntamente com a difusão dos métodos alternativos nas esferas pública e privada, a expansão dos juizados especiais deve ser prioridade dos sistemas judiciais federal e estaduais, pois se trata de instituto essencial para o sistema político, já que colabora para a percepção da existência do Estado, sendo essencial para o aumento da sua legitimidade;

b) Maior quantidade de parcerias e convênios de prefeituras com a Justiça Estadual para a criação de Juizados Especiais;

c) Elaboração de guias, manuais e páginas na *Internet*, disponibilizando aos cidadãos todas as informações necessárias para acessar tais juizados, tais como modelos de petições e formulários para acessar o sistema judicial.

5.7. O Papel da Advocacia:

a) Reforma do ensino jurídico com o seu dimensionamento numa perspectiva interdisciplinar e hermenêutica, através da inclusão de disciplinas obrigatórias que tratem da mediação e da arbitragem, direito comparado, negociação, liderança, direito e desenvolvimento, direito e economia, direito de cidadania, dentre outras;

b) Democratização dos conselhos de ética das categorias de profissionais que atuam no sistema judicial, com participação de entidades da sociedade civil, visando dar maior legitimidade (credibilidade) desses profissionais na comunidade;

c) Maior difusão da cultura organizacional em firmas de advogados, tal como nos Estados Unidos, pois pode-se inferir que possibilita ambiente que

proporciona mais ética no sistema judicial, porque a diminuição da quantidade de profissionais subordinados a uma relação de emprego ou atuando individualmente, torna a relação de trabalho menos fragilizada diante do cliente.

d) Abandono do atual modelo de exame de ordem, superando o corporativismo da “reserva de mercado” e o método avaliativo, ainda fundado preponderantemente nas atividades de memória e não de pensamento, sem contar nas questões-pegadinhas e outros casuísmos incompatíveis com uma política institucional que vise realmente contribuir com a construção de uma cultura jurídica renovada e com profissionais adequados às novas demandas sociais.

5.8. O Processo de Seleção e Controle da Atividade dos Juízes:

a) Maior controle da sociedade sobre o processo de seleção dos magistrados federais e estaduais, através de: 1) eleição no plano estadual, exigindo exame de qualificação técnica para o registro de candidatura, de acordo com

as exigências da jurisdição na qual vai atuar, e processo de eleição com o uso de verba pública, para mandato de seis anos, com possibilidade de reeleição; e 2) no caso de juiz federal, sabatina na comissão do Poder Judiciário, com maior participação da sociedade civil e, nomeação pelo Presidente da República, para o mesmo período do juiz estadual;

b) Eleições diretas para órgãos diretivos dos tribunais;

c) Participação dos juízes de primeiro grau, na escolha e promoção por merecimento ao cargo de desembargador;

d) Eleição pelos juízes de metade dos órgãos especiais dos tribunais;

e) Rejeição a proposta de ampliação da idade de aposentadoria para 75 anos;

f) Condenação da prática de nepotismo e da forma atual de escolha dos Ministros do STF;

g) Instituição da quarentena de entrada e saída nos tribunais, com o intuito de diminuir a influência política na escolha e tráfico de influência após a saída do juiz do tribunal;

h) A contratação obrigatória de empresas externas para efetuarem o processo de seleção de ingresso na magistratura.

5.9. Os Movimentos de Reforma Judicial:

a) Maior institucionalização e desenvolvimento através de movimentos políticos e acadêmicos, que venham a repensar criticamente o direito e o papel do sistema judicial;

b) Difusão permanente em rede de comunicação, nos níveis nacional e local, da atividade judicial e dos foros de discussão sobre o sistema judicial

5.9.1. Aspectos Processuais:

a) Reforma urgente do sistema processual brasileiro, com a redução de procedimentos que inviabilizam uma efetiva prestação jurisdicional e adequação da legislação processual civil e penal infraconstitucional aos princípios processuais dispostos na Constituição Federal de 1988;

b) Educação jurídica direcionada para a preponderância do direito material sobre o direito formal e para a difusão de uma cultura não adversarial, voltada para a resolução do conflito;

c) Criação de mecanismos de contenção de recursos inserindo-se dentro dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, a repercussão geral da questão federal;

d) Adoção da súmula vinculante para os casos de competência do STJ por atacado e vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública às decisões e entendimentos consolidados no STJ evitando-se com isso, no âmbito administrativo, a reiterada negação do direito do cidadão, e no âmbito judicial, o número excessivo de recursos protelatórios;

e) Outorgar competência ao STJ para processar e julgar ações civis públicas e ações coletivas ajuizadas por entidades de defesa dos associados e, na hipótese da abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes tribunais regionais federais ou tribunais estaduais, para evitar a proliferação de demandas em diversos juízos e as conseqüentes medidas liminares sucessivas e contraditórias;

f) Adoção do título sequencial em lugar do precatório, de livre circulação no mercado, emitido pelo juízo de execução, nos casos em que se imponha ao Estado sentença condenatória em dinheiro.

5.9.2. Sistema Judicial e Supranacionalidade:

a) Maior difusão dos mecanismos e normas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nos currículos das Faculdades de Direito, dos cursos de qualificação e atualização dos operadores do sistema judicial, e das escolas de ensino fundamental, visando criar uma cultura de direitos humanos no país;

b) Inclusão de disciplinas que tratem das normas e procedimentos dos órgãos que julgam controvérsias relativas ao comércio internacional, tal como a OMC, no currículo das escolas de direito e magistratura; perpassadas por uma perspectiva hermenêutica localizada historicamente no que se denomina como mínimo ético.¹²

¹² Cf. ARRUDA Jr e GONCALVES, ob. Cit. Cap. II.

c) Produção de meios de comunicação brasileiros para a difusão do ensino e das decisões de entidades supranacionais, envolvendo direitos humanos e comércio internacional.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA JR. Edmundo Lima de. *A Crise do Ensino Jurídico e o Contexto Brasileiro*. Conferência pronunciada na OAB nos Colóquios da Cidadania do CESUSC. Conferência gravada em VHS disponível na biblioteca do CESUSC.

ARRUDA JR. Edmundo Lima de & GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação Ética e Hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ARRUDA JR. Edmundo Lima de & GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Direito, Ordem e Desordem. Eficácia dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Cesusuc, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *À Sombra das Maiorias Silenciosas*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BORDIEU, Pierre. *Leçon sur la Leçon*. Paris: Minuit, 1982.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento*. Estados Unidos e Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Epistemologia, Ética e Hermenêutica – estudos de fundamentação filosófica para o direito*. Tese de mestrado. Florianópolis, UFSC, 2000 (prelo).

GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Reflexões Sobre o Ensino Jurídico Brasileiro —avaliação de capacidades, phronésis, aprendizagem baseada em problemas*. In: *Esp@ço Crítico*—, Revista de Ciências Humanas e Cultura do Programa de Pós-Graduação do CESUSC. n 01/ano 01. Florianópolis, 2003. <http://www.ecritico.cesusc.com.br>

LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

LA CRÍTICA JURÍDICA EN FRANCIA. VEINTE AÑOS DESPUÉS¹

ANTONIE JEAMMAUD²

Creo que la coyuntura es bastante favorable, en el ámbito francés, para volver sobre la que podemos llamar la aventura de la asociación *Critique du Droit*. En efecto, no voy a hablarles de la crítica jurídica, lo que supondría la construcción de un concepto, no de crítica jurídica como una corriente de pensamiento jurídico, sino del movimiento *Critique du Droit*, de su producción, de sus limitaciones, de sus pequeños éxitos, de su, su eco, bastante reducido, que ha tenido en el medio francés. Pero hablaré también de las huellas que hoy se notan en el mundo académico de Francia, en materia de crítica del derecho y, quizás, de las esperanzas que están naciendo nuevamente en nuestro país respecto de ese acercamiento al derecho del Estado.

Voy a tratar de presentar brevemente para una gente bastante joven, de buenos criterios, lo que fue ese movimiento. Pero ustedes podrán conocer mejor, con más detalles, su rumbo, sus aportaciones, quizá los problemas que llevaron también a la limitación de su eco en el marco universitario francés, en un número de la revista *Crítica Jurídica* del año 86 número 4, en un texto mío sobre la evolución del movimiento en Francia.

La asociación *Critique du Droit* estuvo constituida por un grupo de jóvenes docentes de derecho público, algunos, menos, de derecho privado, y también de algunos especialistas en Ciencia Política, y se constituyó en Francia, en el sur de Francia, a mediados, digamos, de los setenta. Oficialmente, la asociación se constituyó en 1978. Era un grupo de jóvenes docentes, de provincia, y, en su mayoría, con compromisos políticos en la izquierda. Para ellos, la constitución de *Critique du Droit*, no era una manera de tomar compromisos en la política, sino que ya tenían sus compromisos, ya tenían sus acciones en materia política, pero me parece interesante aclarar que una minoría pertenecía al partido comunista, y la mayoría tenían compromisos fuera del partido comunista, en el movimiento de lo que se llamaba entonces la extrema izquierda. Los miembros de esta tendencia se llamaron luego “los izquierdistas” de manera peyorativa, y la idea de ese grupo, de aquellos jóvenes, era concretar sus inquietudes respecto de la enseñanza del derecho, tanto a nivel de la pedagogía, cuanto a nivel del contenido; es decir, su programa era enfrentar, digamos la ideología dominante en las facultades de derecho de Francia, y también de enfrentar, de impugnar, la manera de concebir la enseñanza, la docencia del derecho, es decir la formación de los

¹ Texto grabado de la intervención, en español, del autor, en la Primera Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica (corregido por el autor).

² Universidad de Lyon II.

futuros profesionales. Es importante, también, insistir sobre un dato muy característico del movimiento nuestro: éramos un grupo de docentes, no había con nosotros, no estaban con nosotros, magistrados, jueces; no estaban con nosotros abogados, quienes no se unieron con nosotros al movimiento, a la asociación *Critique du Droit*. En su mayoría, los progresistas en las filas de los abogados, en las filas de los abogados litigantes, abogados del instituto francés, de los jueces, ya tenían sus movimientos, sus movimientos críticos de la práctica del derecho en el país de origen, y estaban sindicalizados. De estos sindicatos, el más conocido era el sindicato de la magistratura, fundado en el rumbo de los eventos, de los acontecimientos, de 68. De modo que, para nosotros, el objeto de la acción era construir una teoría, intervenir en el campo académico, no meterse en los problemas sociales desde el punto de vista jurídico, ya que estaban en el terreno, en aquel terreno, movimientos sindicales de profesores del derecho, y que también los unos y otros teníamos nuestros compromisos políticos, nuestra acción paralela al movimiento *Critique du Droit*.

Yo creo que respeto de ese grupo, vale la pena recordar lo que fue más precisamente su proyecto, su proyecto científico, científico entre comillas; digamos, un reto muy ambicioso, y en alguna medida ingenuo, yo creo. En primer lugar, para comenzar, voy a precisar un poco, a recordar un poco, lo que fue el proyecto de ese movimiento, de esa asociación. En un segundo momento, evocaré los límites que pronto encontró la acción, la producción del movimiento. Y, en un tercer momento, evocaré lo que ya llamé las *huellas* de *Critique du Droit*, que hoy en día se pueden descubrir, de vez en cuando, en el campo académico, en el campo del pensamiento jurídico en Francia.

1. Lo que fue el proyecto *Critique du Droit*

El proyecto era claramente actuar contra la ciencia jurídica oficial, la ciencia jurídica tradicional. Y el primer libro del movimiento, casi antes de la constitución de la asociación, fue un libro bastante conocido a través del mundo latino. Ese libro era *Una introducción crítica al derecho*, de Michel Miaille, que fundamentalmente significaba una crítica epistemológica del saber jurídico, de las condiciones de producción de ese saber jurídico. En un segundo momento, nos juntamos con el proyecto de elaborar una Teoría del Derecho alternativa a aquellas imperantes en aquel tiempo en las facultades de derecho, que era una mezcla, digamos de manera muy gráfica, una mezcla de positivismo, de iusnaturalismo de tipo moderno, pero también con una vinculación muy fuerte con una ideología conservadora y reaccionaria. Yo creo que aquéllos que han conocido las facultades de derecho de Francia, pero también de otros países de Europa en aquel tiempo, entre los años sesenta y setenta tiene el recuerdo de un ambiente muy pesado, muy reaccionario, reaccionario en el terreno del anticolonialismo, de la liberación de los pueblos, sin hablar del cambio de sociedad hacia el socia-

lismo. Es decir que las posturas de izquierda eran totalmente minoritarias, aisladas, escondidas, muchas veces dentro de las facultades de derecho, de modo que el proyecto de construir una teoría, de afirmarla, de sostener aquellas tesis en la docencia, en las clases, en las publicaciones académicas, significaba necesariamente un enfrentamiento, un enfrentamiento deliberado con la ideología dominante y las entre comillas “teorías” vigentes en las facultades de derecho de Francia.

Hay también que precisar que, en aquel tiempo, más que hoy en día —me parece que hoy en día las cosas han cambiado bastante—, la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho, eran muy, muy, minoritarias en la mayoría de las carreras de las facultades de Francia. No había, una clase, un curso, una asignatura de Filosofía del Derecho o de Teoría del Derecho. La única figura en el marco de la Filosofía del Derecho en los años posteriores a la segunda guerra mundial, era Michel Villey, un partidario de una visión aristotélico-tomista, pero en mi opinión muy desvinculada de las formas concretas de manifestación de la juridicidad en nuestras sociedades. Y era en ese ámbito donde tratábamos de construir una teoría alternativa, esencialmente referida al materialismo histórico, al llamado marxismo, y tenemos aquí una influencia muy clara, una influencia del contexto de las sociedades europeas del oeste en aquel tiempo, de Francia en especial con una boga muy importante del materialismo histórico, del marxismo. Y para nosotros, por ejemplo, la contribución althusseriana a la renovación del pensamiento, de la teoría, de la teoría del pensamiento, de la teoría marxista, había sido algo sumamente importante. Especialmente con el concepto de *instancia jurídica*, etcétera etcétera, y el proyecto era aprovecharse de una parte de la contribución de autores marxistas de aquel tiempo, como Althusser, para contribuir a la profundización de una Teoría Crítica del Derecho. No se trataba, para nosotros, de difundir una teoría marxista, sino una Teoría Crítica referida principalmente al marxismo, es decir, a la obra del propio Marx, y también a obras de seguidores del mismo, sin estar, sin quedar cerrados a la influencia de otras corrientes del pensamiento crítico, como por ejemplo, evidentemente, el profesor francés, aquel Michel Foucault, y aquél la Sociología Crítica, Pierre Bourdieu. Así, el proyecto de construir aquella teoría, de difundirla a través de la enseñanza del derecho, en las facultades de derecho, a través de una renovación pedagógica también, se aprovechó de la existencia de una pequeña revista que teníamos en el Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, y también lo cual fue muy determinante del programa, un proyecto editorial, que fue el de la editorial Maspero, en aquel tiempo una editorial emblemática de la producción de los sectores del pensamiento de izquierda, y la idea del propio J. Maspero, era poner en el mercado, una colección de libros de *Critique du Droit*, al mismo tiempo que tener una colección de Crítica de la Economía Política, y, en un segundo momento, una colección de libros de Crítica del Derecho, con la idea más precisa de publicar a la vez obras genuinas, obras de investigaciones salidas de tesis doctorales, por ejemplo, y contramanuales. Una idea muy fuerte era la de concebir,

realizar, difundir, apoyarse después, en contramanuales, y para cada materia —la idea un poco general era así, era ingenua—, para cada materia, frente a los libros oficiales, los libros clásicos de civil, constitucional, etcétera, etcétera, nuestro proyecto era poner enfrente un manual crítico, que sería como la concreción, en el sector de la disciplina considerada, de la teoría que, por otro lado, teníamos proyectado construir, edificar. Y bien, yo creo este proyecto consiguió algunos elementos, algunos datos exitosos en sus primeros años de existencia. La asociación se fundó en 1978, y el primer libro de la colección salió a la calle en ese año. Digamos que el movimiento, la asociación y su colección, conocieron una vida bastante activa, bastante pública entre 1978 y 1985. Fue una vida breve. De modo que en lo que sigue, voy a proponerles una crónica de la vida breve de la asociación *Critique du Droit*, evocando los límites que pronto encontramos en aquella empresa de constitución y difusión de una teoría crítica prevalentemente basada en el pensamiento marxista.

2. Desarrollo y límites que encontró la acción y la producción del movimiento *Critique du Droit*

Yo creo que hay de notar en el balance, en el positivo del balance de la actividad, de la aventura de la asociación, la organización de unos encuentros del movimiento, que permitió que algunos colegas del *establishment* de la universidad, pudieran salir de su postura un poco marginal, de su posición un poco marginal en el medio académico, y afirmarse como partidarios ellos mismos de un acercamiento crítico al derecho. Esos encuentros también nos permitieron conectarnos con otros colegas que tenían allí una aventura, un rumbo más individual en América Latina, pero también con colegas de otros países y especialmente en aquel tiempo con los colegas de Bélgica, de la famosa escuela de las Facultades Universitarias de San Luis, de Bruselas, que participaron en los encuentros de *Critique du Droit* en Francia. Y también en el año 1981, en octubre, tuvimos un encuentro inolvidable con tantos participantes de México, de Chile, de Brasil, un encuentro que fue el más importante de todo el movimiento. Pero más concretamente, también publicamos la colección, una quincena de libros, a pesar de las dificultades, de las vicisitudes editoriales; obras de distintos perfiles, obras centradas, por ejemplo, sobre una rama del orden jurídico, en el sentido, según el proyecto de hacer contramanuales. Así, por ejemplo, publicamos un libro titulado *El estado del Derecho*, que era como un contramanual, debido a Michel Miaille, un contra manual en materia de derecho constitucional. Publicamos también un libro sobre el derecho de las personas, como contra manual de los libros clásicos sobre el derecho civil de las personas, y, evidentemente, sacamos un libro colectivo titulado *El derecho capitalista del trabajo*, para enfrentar el pensamiento dominante clásico, en materia de Derecho del Trabajo. También una serie de contramanuales, pero también publicamos en la colección algunos libros nacidos

de tesis doctorales, libros referidos a temas especiales del derecho, mecanismos especiales o fenómenos jurídicos especiales, como por ejemplo la jurisprudencia, o categorías jurídicas especiales, como por ejemplo el territorio, y también, por lo menos dos libros más, referidos al pensamiento propio marxista; mejor: marxiano, como por ejemplo la tesis que publicaste aquí en castellano, la tesis de Jaques Michel sobre *La sociedad jurídica en Marx*. Al mismo tiempo teníamos una revista, pero que lograba salir a la calle dos veces al año, dando a conocer algunos estudios especiales, en la mayoría de los casos estudios de jóvenes colegas participantes de la corriente, participantes de la asociación. Podemos añadir que, finalmente, el último libro de la asociación *Critique du Droit*, se publicó fuera de la colección, porque las relaciones con las editoriales habían fracasado, y se publicó en el año 1986. Es un libro que realizamos en grupo con unos amigos laboristas de otros países, y que cuenta, en especial, con la contribución excepcionalmente interesante de Graciela Bensusan de México. El libro se titula *Derecho del trabajo democracia y crisis en Europa occidental y América*. Bien, como les decía, hasta el año 1982, con regularidad, una vez o dos veces al año, durante tres años, se publicaron libros debidos, o con el sello, digamos, de la asociación *Critique du Droit*. Y algunos de aquellos libros fueron traducidos, en unos casos salvajemente traducidos, a otros idiomas en especial el español.

Del común, del conjunto, de esas obras, me parece que se desprende un elenco de tesis, de hipótesis, respecto del derecho del Estado, que podrían constituir algo así como el esqueleto de una teoría, de la teoría que pensábamos construir, que pensábamos edificar. No es ni mi propósito hoy día proponerles una revisión de esos elementos, pero me permito remitirlos al artículo publicado en la revista *Crítica Jurídica*, hace casi 20 años, y donde se trata de dibujar sintéticamente las aportaciones, maniobras y aportaciones teóricas de la corriente *Critique du Droit* a través de sus libros. Me parece que, por ejemplo, esencialmente, el cuestionamiento de las consecuencias deducidas muy frecuentemente en el llamado pensamiento marxista sobre el derecho tal como se publicaba a través de unos artículos en francés en los años 60, 70, la metáfora de la infraestructura y la superestructura, la cuestionamos muy claramente, muy claramente, me parece con pruebas, con muestras de su falsedad o del peligro de su comprensión demasiado dogmática.

Pienso que en algunos puntos, a través de los análisis de los libros, ofrecemos elementos para ver mejor cómo el derecho no es una mantel echado sobre relaciones de explotación, sino cómo es una forma de representación, mediatización de las llamadas relaciones sociales de producción; una forma de representación, mediatización de las relaciones sociales típicas del modo de producción capitalista como decíamos en léxico althusseriano, y yo creo que al mismo tiempo muchos de entre nosotros, en todo caso, fue mi experiencia, nos dimos cuenta de la imposibilidad de ir más allá hablando del derecho en general; que era necesario ir un poco más adentro de las herramientas de la regulación

jurídica. Lo habíamos intentado en los estudios sobre el derecho del trabajo, sobre el derecho de quiebra, y realmente, la idea fue más o menos, no más o menos, mejor, claramente, aquella necesidad de ir más allá en la profundización del *modus operandi* del derecho; del derecho contemplado tanto desde el punto de vista de su producción, cuanto desde el punto de vista del cuadro, del marco que ofrece o que impone a las acciones de los actores. Para decirlo de manera un poco breve, estábamos pasando de Marx a (inaudible) por la necesidad de superar las limitaciones que encontrábamos, que veíamos muy claramente, en el contenido de nuestros propios textos; en la manera también como la gente acogía, comprendía nuestras escasas publicaciones. De allí también, las dificultades, junto con otras dificultades, que sería interesante analizar más claramente, que permite comprender lo que fue el oficial fracaso de *Critique du Droit*, que son elementos de la vida política francesa. Yo creo que la llegada en el poder de la izquierda unida, entre los años 81 y 86 digamos, fue una causa muy cierta del fracaso del proyecto de *Critique du Droit*, pues con la experiencia del poder, la experiencia del imperialismo, también fue para nosotros la oportunidad de ver que, concretamente, los problemas de la transformación de una sociedad, de la transformación de un derecho, estaban mucho más por encima de nuestra capacidad de comprender las cosas, de nuestra capacidad de hacer propuestas. De modo que una serie de factores políticos institucionales como el aislamiento de los pocos profesores catedráticos pertenecientes a la asociación *Critique du Droit*, y también los problemas editoriales, pero me parece que los problemas editoriales fueron consecuencias de los otros problemas, de los problemas de fondo, hicieron que la existencia de una asociación, de una colección con publicaciones de contra manuales bastante ambiciosos, fuera substituida por la existencia de grupos, nacidos como secciones, si así puede decirse, de la asociación, que se formaron, y que pronto se convirtieron en centros oficiales de investigaciones de algunas universidades. Esto en primer lugar. En segundo lugar, hay que destacar la universidad de Saint Etienne, donde teníamos un grupo dominante en el marco docente de la facultad de derecho, y también en otras universidades del sur de Francia, lo cual llama bastante la atención: el movimiento *Critique du Droit*, casi nunca logró implantarse en las universidades parisinas; es un movimiento de la provincia, de las provincias del sur de Francia, concretamente *Critique du Droit*, cinco lugares, cinco universidades. A pesar de la presencia de colegas miembros de la asociación y simpatizantes en otras facultades, y aquellos grupos que se convirtieron en grupos de investigación de dichas universidades, lo que permitió abrir un espacio.

A nivel científico, aquellos grupos teorizaron unas investigaciones mucho más modestas que aquellas encaminadas a la construcción de una teoría crítica del derecho, de una teoría completa, de una teoría acabada por decir, cerrada; y fueron investigaciones sobre fenómenos de producción de las normas, fenómenos de implementación de las normas, fenómenos de actuación concreta, coti-

diana de las normas, en especial en el marco del tratamiento de los conflictos en los foros judiciales por ejemplo. Así constituimos un conjunto de elementos mientras los colegas de Montpellier, por ejemplo trabajaron bastante acerca del concepto de regulación jurídica, de manera que los grupos adquirieron una independencia, dejaron de comunicarse científicamente, y yo pienso que, a partir de los años 86, 87, se podría levantar el acta de la muerte de la asociación *Critique du Droit*. En tanto último presidente, yo tengo la llave de la puerta en la bolsa. Cerré puerta y nos fuimos.

3. Las huellas de *Critique du Droit* en el mundo académico Francés

Pienso que al mismo tiempo debe decirse que el fracaso de la asociación y del movimiento, en su proyecto ambicioso de construir una teoría alternativa prevalentemente basada en el marxismo y de hacerla reconocer, no debe ocultar el logro, el éxito, que tuvimos a través de la constitución de aquellos pocos grupos de investigación en facultades de derecho. Yo creo que el movimiento de renacimiento, o nacimiento, de una práctica, en especial en materia de Sociología Jurídica, una práctica de investigación empírica, una practica de investigaciones sobre temas teóricos en algunos espacios académicos en Francia, tuvo que ver con la existencia de la asociación *Critique du Droit*. Creo que tuvimos, jugamos, algún papel en el renacimiento del interés por la Teoría del Derecho; si no por la Filosofía del Derecho, al menos por la Teoría del Derecho. Sin olvidar, por supuesto, el papel que también cumplieron otros colegas, otros compañeros que siempre se habían mantenido fuera del movimiento. Así es que hoy en día me siento un poco más optimista, un poco mejor, positivo, respecto del balance de la asociación *Critique du Droit* por lo que acabo de decir. Por la existencia, actualmente, de centros de investigaciones, aunque se hayan alejado un poco, pero sustancialmente, del proyecto inicial. Pero yo creo que es una práctica de investigación que es un mérito de la asociación *Critique du Droit*. Y si me siento un poco más positivo hoy en día que antes, que ayer, respecto de lo que hicimos, es porque se notan otras huellas —no sé si es la palabra adecuada para evocar lo que quiero decir en adelante—, huellas de *Critique du Droit* en el marco, en el ámbito de la academia, de la academia francesa, en materia de derecho del Estado. Bien, regreso al tema: los grupos de investigación. También me parece que es claro que no tiene su espacio la teoría que se habría constituido con los elementos presentes en los distintos libros de la colección, o del libro inaugural de Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*. No sé si mi compatriota Juan Carlos Miguel Herrera, aquí presente, estará de acuerdo conmigo. Me parece que en los actuales libros de Introducción al Derecho, se evoca, por ejemplo, el libro de Michel Miaille, o, también, nuestro “libro manifiesto”. Se evocan en notas de pie de página, para hacer referencia a una visión marxista: “véase ...”; es decir que, la aportación —pues quizás no se sintetiza en ningún espacio, en ninguna pu-

blicación—, teórica del movimiento, propia del movimiento, me parece que no se reconoce, en cuanto a elementos de la teoría de parte de la docencia francesa en materia de derecho del Estado.

En otros sectores, es un poco diferente. Pienso que, por ejemplo en materia de Derecho del Trabajo, y lo noto a través de evocaciones en referencias de publicaciones actuales, hay una mejor consideración por unos elementos, unos rasgos de los análisis que proporcionamos respecto de aquella rama del derecho positivo. Pero creo también, que, básicamente, se debe a que el medio, el ámbito de la doctrina laboralista siempre ha sido un poco más abierta, más progresista, que los demás ámbitos del derecho, que los otros sectores de la doctrina, de la llamada doctrina jurídica. De modo que no es de descartar una forma, en algunos sectores de la doctrina, de reconocimiento de la existencia y de la producción de *Critique du Droit*. Y me parece, sobre todo interesante, que desde hace más dos o tres años, encontramos, nosotros los viejos, los, como decimos, padres fundadores, jóvenes colegas que se han enterado de *Critique du Droit*, y para quienes significa algo; para quienes *Critique du Droit* remite a una enseñanza, a una clase de maestro que pertenecía al movimiento, a publicaciones. Y hay una cierta curiosidad por conocer mejor lo que ocurrió en aquellos años con la asociación *Critique du Droit*, y en unos casos hay una forma de voluntad o de anhelo de volver al rumbo de la construcción de una Teoría Crítica del Derecho, o mejor, a una práctica de Teoría del Derecho, que sea una práctica crítica, en defecto de tener sentido la construcción de una teoría que se mereciera el título de Teoría Crítica del Derecho. Y es así, que desde hace dos años tuvimos ocasiones de volver sobre el tema, de reunirnos para organizar, y estamos organizando, un evento; organizar algo como un congreso o encuentro, a finales del mes de octubre de 2005, el cual se celebraría en Grenoble, Francia, para tratar de reconstituir la historia. Ya es interesante la historia del movimiento, porque es bastante llamativo que según este padre fundador que habla no muy exactamente, no todos contamos exactamente la misma historia a nivel cronológico. Por lo cual debo decir que lo que comento, comenté, aquí, anteriormente, de la historia de *Critique du Droit* es mi visión, mis recuerdos, es mi cronología. Por ejemplo la de Michel Miaille no es exactamente la misma.

Creo que es el primer proyecto que tenemos, reconstruir la historia, también tratar de hacer un balance de las aportaciones teóricas de las publicaciones de aquel movimiento, también tratar de analizar las razones, si no del fracaso, por lo menos de los límites que tan pronto encontramos; también tratar de pensar acerca de las conexiones objetivas que existen entre lo que alcanzó, más o menos, nuestro movimiento y lo que sucede en otros países del mundo y en especial en los países de América latina. De allí la invitación con la cual termino mi charla, la invitación a ustedes todos, de ir a Grenoble, en el sur de Francia para participar en

el primer y último congreso de *Critique du Droit* en Francia en octubre de 2005. Muchas gracias por su atención.³

Pregunta de Carlos Herrera:⁴ Cómo explicas tu el interés que despierta actualmente *Critique du Droit*, al menos respecto de su historia, en colegas como los que hemos visto, por ejemplo, hace un año quienes no parecen *a priori* compartir este elemento de base de todos nosotros que era la politización. Éramos politizados, éramos juristas y en el medio de estas dos variantes, nos volcábamos a hacer un trabajo crítico sobre el derecho, y ahora lo que me ha llamado la atención es justamente encontrar esta preocupación en gente en la que yo no me reconozco; es decir, yo puedo ser un poquitito más joven que tú, apenas unos años, pero me puedo reconocer en ti. En estos colegas nuevos que hemos visto interesarse por ustedes, por la historia al menos, no encuentro ese mismo reflejo. ¿A qué se debe? ¿Es simplemente un interés histórico el de ellos, simplemente el de clasificar ahora a *Critique du Droit* como una de las tantas corrientes de la doctrina francesa, de la entidad doctrinal francesa, o quizás hay algo más? Finalmente esta politización que fue la marca de origen, quizás se haya diseminado o aparezca en un lugar menos central. Gracias.

Respuesta de Antoine Jeammaud: Una pregunta de muy difícil respuesta. También nosotros nos sorprendimos hace 25 años atrás, cuando vimos llegar a nuestros encuentros en las afueras de la ciudad a colegas que nunca habíamos pensado interesados en los temas de una crítica del derecho. Pero para volver a la actualidad, yo creo que en las razones de actuar de los colegas que manifiestan un interés por *Critique du Droit*, que dicen hay que volver, hay que preguntarse, hay que plantearse lo que ha significado, creo que hay una forma de simpatía por un movimiento entre comillas “disidente”, que pueda proporcionar aliento para combatir puntos de vista de la doctrina dominante. Pienso, en especial, en el caso del colega, muy simpático colega civilista, organizador del encuentro entre nosotros el año pasado. Es una simpatía por la disidencia. Él trata de manifestar una visión alternativa a la visión dominante en materia de teoría de los contratos. Quiere volver al solidarismo, y tiene simpatía por *Critique du Droit*, pero también pienso que por razones políticas. Más o menos todos los que estaban en ese encuentro, se ubican en el mismo lado del campo político. Creo que básicamente hay una gran simpatía, una cercanía política, pero en términos de progresismo, frente al conservadurismo; nada más. Pero también creo que hay un interés, una razón de manifestar su interés para lo que tratamos de hacer, o que logramos en algunos puntos; es también un reconocimiento, quizá, de la pertinencia de algunos elementos de análisis. Pienso en dos casos; en el de unos colegas con quienes tuve la ocasión de charlar, yo pienso que hay ese elemento, pero la idea de constituir, como fue la

³ Las intenciones manifestadas por Antoine Jeammaud, de convocar a un encuentro en Grenoble, no se vieron realizadas, entre otros motivos, por las “diferencias entre nosotros”, conforme informó el propio Jeammaud.

⁴ Al término de la conferencia de Antoine Jeammaud, se produjo el siguiente diálogo.

nuestra hace 25 años atrás, una teoría crítica basada en el marxismo me parece hoy en día en Francia totalmente trasnochada. Pienso que lo más atractivo para muchos colegas que quieren tener una mejor comprensión del funcionamiento, o de la naturaleza del funcionamiento del derecho, en cuanto nivel específico del todo social pero vinculado, relacionado con muchos niveles del conjunto social, lo que tiene más atracción en la actualidad es la producción de los colegas belgas: la práctica teórica crítica sobre el objeto *derecho*, más que el proyecto nuestro, que era la construcción de la teoría crítica del derecho.

DERECHO, DEMOCRACIA Y CAMBIO SOCIAL EN LA AMÉRICA LATINA

CARLOS RIVERA LUGO¹

Nuestra América está dando señales de un nuevo giro a favor de un cambio verdadero que nos permita, por fin, despertar de la larga noche neoliberal que hemos padecido durante, por lo menos, las pasadas tres décadas. El neoliberalismo ha provocado mayores desigualdades en la América Latina y una pérdida impresionante de sus fuerzas productivas propias. La tendencia a la profundización de las desigualdades ha contribuido, a su vez, a la inestabilidad política y a una seria crisis de gobernabilidad en la región. La equiparación que hacen los neoliberales entre democracia y mercado, sólo ha servido para abrir más la brecha de insatisfacción de la mayoría de los ciudadanos latinoamericanos con la llamada democracia por los raquíticos resultados del *chorreo* prometido. Consecuentemente, las resistencias al modelo se han multiplicado por doquier y producto de ello el Estado en la América Latina se enfrenta hoy al reto de redelimitar su naturaleza, estructuras y procesos para poder garantizar la tan ansiada gobernabilidad.

En ese contexto, la sociedad, el Estado y el Derecho en la América Latina, se me antojan signos en busca urgentemente de interpretaciones alternativas. Quienes las ofrezcan lograrán, tal vez, posicionarse estratégicamente en ese drama histórico que anda hoy desesperadamente por doquier en busca de protagonistas. Pues hoy más que nunca y no empece la sensación, que a ratos en estos tiempos nos embarga, de habernos convertido todos y todas en deambulantes sin referentes conocidos, nuestros destinos colectivos e individuales son proyectos en transformación reclamándonos capacidad para introducirle otro sentido y dirección. La realidad se nos presenta hoy como una constelación un tanto azarosa de cambios y quiebres que por encima de las decepciones, confusiones y rabias que nos puedan embargar, por encima de todo, lo que se vive constituye oportunidades que la vida nos da para aprender, crecer y dar nuevos saltos o, por lo menos, pequeños y progresivos pasos en el devenir histórico de la civilización humana, con sus signos tanto positivos como negativos. Este es el reto mayor que nos plantea la era presente.

A propósito de ello y a riesgo de que se me tache de utopista, debo confesar que creo firmemente en que el mundo está hoy inmerso en una revolución que, como dice el sociólogo chileno Fernando Mires, no habrá sido la soñada

¹ Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Mayagüez, Puerto Rico.

por mi generación, pero revolución al fin, la que al fin y al cabo trajo el barco. Contrario a la valoración histórica estrecha que postula que la revolución se reduce o se resume en el “gran acontecimiento”, parafraseando a Federico Nietzsche, la realidad histórica se ha encargado de demostrar que las revoluciones, si de verdad lo son, constituyen procesos moleculares y multidimensionales integrados, a su vez, por una multiplicidad de revoluciones interactuantes de largo plazo en la cultura, la sociedad, la economía, la política y el pensamiento de una civilización dada.²

Vivimos hoy una profunda reestructuración general, empíricamente contundente, de la economía, cultura, sociedad y política con hondas repercusiones sobre nuestra visión de mundo y las formas en que hasta ahora nos habíamos organizado para transformar nuestras condiciones materiales y espirituales de vida, es decir, una verdadera ruptura paradigmática.³ Esta revolución que se vive constituye un gradual, molecular y multidimensional quiebre civilizatorio⁴ que, estoy convencido, anuncia los primeros asomos de un nuevo modo de producción y de relaciones sociales marcado por la centralidad de la información o, mejor aún, el saber. Bajo éste, el saber es poder. No me refiero aquí exclusivamente a los saberes hoy hegemónicos y que pretenden reinscribir y recodificar las desigualdades e injusticias de siempre en las instituciones rectoras del orden actual. Sobre todo, apunto a los saberes silvestres y alternativos que abren paso a unos espacios o focos paralelos de poder y prescripción normativa en la sociedad contemporánea, desde los cuales aspiran a desarrollar nuevas formas de gobernabilidad más pertinentes a nuestras realidades y necesidades, dentro de un espacio social reconstruido.

Y es que el poder adquiere una condición difusa en estos tiempos. El Estado crecientemente se desmitifica⁵ o debilita como “dedo ordenador de Dios”.

² Véase a Fernando Mires, *La revolución que nadie soñó o la otra postmodernidad*, Nueva Sociedad, Caracas, 1996, págs. 9-15.

³ Me refiero aquí al concepto desarrollado por el científico Thomas Kuhn en su obra *The Structure of Scientific Revolutions*, Second Edition, University of Chicago, Chicago, 1951. En su aplicación a las ciencias sociales, una ruptura paradigmática se refiere a la crisis que se provoca cuando la visión particular que prevalece de la sociedad resulta ya insuficiente para entender la misma y encarar efectivamente la necesidad de su transformación. La superación de esta crisis requiere un cambio paradigmático, es decir, un rompimiento con el conjunto de ideas, percepciones, valores y prácticas que caracterizaban el anterior paradigma y el desarrollo de una nueva visión de la realidad y la formas de transformarla.

⁴ Sobre este particular, véase a Immanuel Wallerstein, *El futuro de la civilización capitalista*, Icaria Editorial, Barcelona, 1997.

⁵ Para Paolo Grossi, la mitología jurídica constituyó una estrategia dominante de la modernidad. Lo jurídico tiene necesidad del mito porque “tiene necesidad de un absoluto al que acogerse; el mito suple notablemente la carencia de absoluto que se ha producido y colma el vacío en otro caso peligroso para

Los procesos sociales de prescripción normativa se hacen crecientemente acentrados, dispersos y heterogéneos. La cuestión del poder se define hoy en función de un combate continuo, entre diversos códigos culturales y políticos, por imprimirle sentido y dirección a una sociedad, como la nuestra, marcada por una seria crisis de gobernabilidad que, más allá de sus signos negativos, se nos presenta como oportunidad. El Derecho es una esas trincheras en que se entabla dicho forcejeo.

Nuestras miras han estado nubladas por demasiado tiempo por las consabidas ideologías y tribalismos partidistas. Como bien advirtió Marx, éstas confunden continuamente sus deseos con la realidad, es decir, el modo de vida, el cotidiano, el de los seres humanos vivientes, el empíricamente constatable. Las ideologías, afanadas en conservar sus cómodos y parciales nichos de “verdad”, sólo son capaces de producir verdades fetichizadas que nos condenan a una falsa consciencia de la realidad. Ahora bien, cuando las circunstancias le juegan a las ideologías y a las teorías la travesura de escapar magistralmente de sus reduccionismos, éstas se tornan obsoletas y empiezan a poblar la acción de sus creyentes con mitos y abstracciones sin eficacia práctica alguna. Cuando esto sucede, estamos confrontados, nos guste o no, con el imperativo de desarrollar un nuevo entendimiento, una nueva reflexión filosófico-política y unos nuevas prácticas más afines a las nuevas realidades. Y para ello, como ha advertido Habermas, no podemos depender exclusivamente de una teoría dada.⁶ La realidad ya trasciende la posibilidad de ser explicada únicamente a partir de una sola teoría, incluyendo el marxismo. El primero que habría validado esta conclusión sería el propio Marx. Ahora bien, sin Marx tampoco podrá entenderse nada.

Hasta hace casi dos años la izquierda parecía postrada por doquier en nuestro continente, tal vez con la única honrosa excepción de Cuba y con algunas señales esperanzadoras en el zapatismo en México y el chavismo en Venezuela. No sabíamos qué hacer. Habíamos perdido nuestros tradicionales referentes políticos, la mayor parte europeos, con el espectacular colapso de ese llamado socialismo real que anidaba en la Unión Soviética y sus aliados del este de Europa.

Europa se reorganizó al son de una versión neoliberal de su Unión y su izquierda intentó atropelladamente desplazarse hacia un centro teórico ya ocupado por una derecha mucho más creíble. China se embarcó en las “cuatro modernizaciones”, abrazando las leyes del mercado capitalista, aunque bajo el ojo avizor de un Partido Comunista que forcejeaba a su vez en las nuevas circunstancias con sus propias señas de identidad. Entretanto, Estados Unidos se fue moviendo hacia la derecha en función de visiones fundamentalistas de sí mismo y una agresiva renovación de su mesiánica agenda imperial en relación al mundo.

la propia estabilidad del nuevo marco de la sociedad civil”. *Mitología jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 34-44.

⁶ Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, Beacon Press, Boston, 1974, pp. 195-252.

Sin embargo, donde unos vieron el llamado colapso del movimiento socialista y comunista a nivel mundial, otros atisbamos ver una revolución de dimensiones mucho más profundas que sacudía al socialismo realmente existente en Europa en tanto y en cuanto, como certeramente sentenció el Che Guevara, nunca superó en el fondo la economicista lógica capitalista e industrial. Ello llevó a la mercantilización y privatización de las consciencias de las sociedades de los países socialistas europeos. Nunca se entendió a cabalidad la admonición del filósofo marxista italiano Antonio Gramsci acerca del imperativo de emprender, más allá de la revolución política, otra y más atrevida revolución, esta vez cultural e intelectual, que potenciase el desarrollo de una nueva consciencia, una nueva cultura, unos nuevos valores, unos nuevos seres humanos, en fin, una nueva civilización.

Así las cosas, donde unos percibieron el triunfo definitivo del capitalismo como el “mejor de los mundos posibles”, otros advertíamos que tal vez éstos cantos de victoria eran un tanto prematuros. En los intersticios del llamado colapso del “socialismo real” se podía advertir una impugnación social y ética mucho más radical que terminaría por golpear eventualmente a la civilización capitalista toda, con la que el socialismo real europeo nunca realmente logró romper. En última instancia, hay que admitir que sus regímenes políticos fueron derribados no por los tanques del imperialismo estadounidense sino por sus propias sociedades civiles quienes dejaron de creer en ellos, negándole así su tan necesaria legitimación.

Hoy, sin embargo, se puede atisbar, con cierta meridiana claridad, en la América Latina la aparición de unas nuevas tendencias de cambio representadas, por un lado, por el surgimiento de una serie de gobiernos que se identifican de izquierda, centroizquierda o progresistas y, por otro lado, la aparición de nuevos movimientos sociales que, como bien advierte Atilio Borón, “adquirieron una enorme gravitación”. En el primer caso, se trata de países como Venezuela, Brasil, Argentina y más recientemente Uruguay, los cuales ejemplifican las posibilidades reales de que nuestros pueblos vuelvan a movilizarse en torno a alternativas progresistas serias y realistas. Alrededor de éstos se va forjando un bloque regional importante de poder. No debe despreciarse tampoco la diferencia representada por los gobiernos de Chile, Panamá y República Dominicana. En Guatemala, Nicaragua, Colombia y Ecuador se producen también avances significativos de fuerzas de centroizquierda en el ámbito parlamentario, regional y municipal. En Chile, recientemente ha irrumpido un frente de izquierda y progresista antineoliberal que se ha constituido como un factor influyente en el escenario político.

En cuanto a los nuevos movimientos sociales, éstos se manifiestan de diversos modos: desde la conquista de calles y plazas de los piqueteros argentinos, las ocupaciones de tierras de los “sin tierra” en Brasil, hasta las masivas insurgen-

cias civiles que provocaron, por ejemplo, en los casos de Perú, Argentina, Ecuador y Bolivia el derrocamiento de gobiernos neoliberales. En Ecuador, Bolivia y Perú los movimientos indígenas surgen como factores autónomos de poder. Todo ello constituye una manifestación de esos nuevos sujetos contestatarios que han irrumpido en la política latinoamericana durante los últimos años para retar al actual orden capitalista y la destrucción por éste de fuerzas productivas nacionales, lo que los ha condenado a la miseria y la desesperanza. Es otro testimonio de que la lucha de clases, la misma que virtualmente desapareció durante, por lo menos, la pasada década, vuelve a asomar porfiadamente la cabeza, aunque bajo nuevas e inéditas formas. Ello sirve para atestiguar que no es la historia o la democracia las que estaban cansadas, sino que en todo caso eran las propuestas y las prácticas políticas del modelo democrático representativo liberal que ha advenido en una especie de plutocracia neoliberal en la cual los partidos y gobiernos se pusieron al servicio de los sectores financieros y comerciales transnacionales.

Los pueblos se niegan a continuar avalando las mismas opciones de siempre, sean de derecha, centro o de izquierda, con sus retóricas y acciones cada vez menos pertinentes a la solución de los problemas que enfrentan en sus vidas cotidianas. En ese sentido, es forzado admitir que si ha existido una crisis de la política en estos últimos tiempos, ésta se ha debido a la ausencia hasta ahora de alternativas que realmente se atrevan a ser diferentes en tanto y en cuanto estén comprometidas con una nueva política, no la de las sectas ideológicas excluyentes sino que la de los esfuerzos dirigidos a la potenciación de una acción efectivamente colectiva en función de un interés general por un cambio verdadero y pertinente. Lo que se cuestionaba era el sentido de la política, el para qué y el qué hacer. Lo existente no satisfacía las expectativas de sectores significativos de la sociedad. La llamada crisis de gobernabilidad confrontada en muchos países era esencialmente, pues, una crisis de legitimación.

En la medida en que la izquierda latinoamericana se ha ido repensado en diversos escenarios nacionales, ha logrado salir del empantanamiento de los pasados años y se ha convertido nuevamente en protagonista vital. Ésta demuestra así con fuerza renovada que está madura nuevamente para gobernar. Ello ha tenido, por ejemplo, el resultado de que se han abierto de par en par las puertas a la construcción de un MERCOSUR como un proyecto de integración no sólo económico sino que también político que sirva de marco para una Comunidad Latinoamericana de Naciones, desde el sur del Río Bravo hasta la Patagonia, pasando también y necesariamente por nuestras Antillas, que nos una más allá de los proyectos neoimperiales de integración que el gobierno estadounidense nos pretende vender.

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, que incluye destacadamente un replanteamiento radical del ideal democrático. A ello ha contribuido el desgaste, en algunos casos, de los instrumentos

partidarios tradicionales de la burguesía producto, precisamente, de los estragos causados por sus políticas neoliberales. De ahí la influencia decisiva de las propuestas alternativas a las políticas neoliberales, incluyendo de ampliación de la participación ciudadana, hechas a través de los sucesivos Foros de Porto Alegre, así como las experiencias de descentralización político-administrativa y autogobierno popular producidas a partir de la constitución de las “juntas de buen gobierno” por todo Chiapas por parte de los zapatistas en México. La construcción de una democracia desde la base de la sociedad. En ambos casos estamos ante dos nuevos referentes, no sólo de resistencia al neoliberalismo, sino que más allá de construcción de una democracia desde la base. En el caso del zapatismo, éste se constituyó definitivamente en uno de esos signos alentadores que desesperadamente andábamos buscando que nos testimoniase que hacer la revolución seguía siendo una vocación rentable en estos tiempos azarosos de lo *políticamente correcto*.

En términos del desarrollo de la teoría y las prácticas democráticas, el caso de Venezuela ha tenido una amplia repercusión, sobre todo a raíz del impresionante proceso que refrendó el mandato de su presidente Hugo Chávez, lo que constituyó un acontecimiento clave en la historia política contemporánea de la América nuestra. Por fin, muchos, en particular los pobres y marginados, han tomado conciencia en estos últimos tiempos que la democracia también les pertenece y que sólo mediante el más decidido ejercicio de su poder ciudadano podrán lograr que el futuro también sea suyo.

Hay algunos que opinan, en la mejor tradición platónica, que a mayor democracia, mayores también son los problemas de gobernabilidad. Según éstos, los referendos revocatorios sólo producen inestabilidad política. Y si bien es cierto, este tipo de consulta puede convertirse en un foco para intentar desestabilizar políticamente a un gobierno, me parece que el principio constitucional reivindicado constituye un gran avance para la ampliación de la democracia en la América nuestra, en dirección a un modelo de democracia participativa, sobre todo ante el descrédito en que han caído las llamadas democracias representativas de las elites políticas y económicas tradicionales. No es menos democracia sino más democracia lo que hace falta,⁷ con todos los retos que inevitablemente ello plantea.

⁷ El sociólogo británico Anthony Giddens habla de la creciente paradoja de las sociedades democráticas modernas: la masiva desilusión que está cundiendo con los mecanismos institucionales y procesos democráticos tradicionales. Claro está, no es que las personas hayan dejado de creer en la democracia per se, nos dice, si no mas bien en los procesos, valores e instituciones que hoy la caracterizan. Según Giddens, los ciudadanos no están menos interesados en la política, si no que han perdido interés más bien en la política tradicional y ortodoxa. Concluye advirtiéndole que no es menos participación democrática la que se desea, si no una ampliación significativa de la existente, es decir, una democrati-

Deseo subrayar la significativa contribución del caso venezolano al desarrollo de la filosofía política y el Derecho Constitucional en la América Latina. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, dice en el artículo 62 del capítulo IV ("De los derechos políticos y del referendo popular"):

"Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo."

El artículo 70 agrega:

"Son medios de participación y protagonismo del pueblo en el ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante."

Según el filósofo latinoamericano Enrique Dussel, estas disposiciones deben entenderse como parte de una aspiración de "articular una democracia representativa con una democracia participativa del pueblo". En ese contexto, tanto el principio refrendario como el que permite la abrogación de leyes "significa una intervención participativa del pueblo, recordando a los representantes que sólo son tales: representantes y no poder soberano", como en el caso del modelo liberal de democracia representativa. Y añade: "En este sentido aparece una novedad sobre el llamado Poder Ciudadano. Desde el siglo XVIII, por los aportes de Montesquieu, entre otros, se llegó al consenso de que era conveniente dividir los poderes del Estado al menos en dos: el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo -elegidos directamente por el pueblo-, los que, por su parte y según maneras diversas, nombrarían a los miembros del Poder Judicial -no elegido directamente por el pueblo-, y que mantendría una cierta autonomía de los dos poderes originantes, constituyendo algo así como un tercer poder. Y bien, la República Bolivariana de Venezuela innova en este aspecto significando un objeto original nuevo de la práctica y de la ciencia políticas."⁸

Incluso, la Constitución bolivariana posee otra importante innovación, cuya inspiración se encuentra en parte en el ideario republicano de Simón Bolívar. Hablo del título IV (Del poder público), en el que se hace una revisión del modelo clásico de separación y equilibrio de poderes para ampliar los poderes a cinco en vez de tres: "El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judi-

zación de la democracia. Véase a Anthony Giddens, *Runaway World*, Routledge, New York, 1999, págs. 89-96.

⁸ Enrique Dussel, "El poder ciudadano en la Constitución venezolana", *La Jornada*, México, agosto de 2004.

cial, Ciudadano y Electoral.” El capítulo IV es el que se refiere al Poder Ciudadano y dispone que éste se ejerce por “el Consejo Moral Republicano” (artículo 273), integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

Si bien es cierto que la democracia es comúnmente definida como el gobierno del pueblo, a su vez no se puede decir que el pueblo es uno, es decir, una unidad indiferenciada. Está integrada por una multiplicidad de intereses y aspiraciones, por una diversidad de voluntades y voces. Precisamente uno de los grandes retos de la sociedad democrática contemporánea es cómo hacerse cada día más y más representativa del conjunto de sus hijos e hijas. La democracia es hoy sobre todo un histórico reto de forjar la construcción en común de un futuro más libre, justo, ético y prospero...claro está, para todos y no sólo para unos pocos. Sólo así se construye una comunidad humana superior. Ése es precisamente el reto que confronta Chávez luego de su impresionante triunfo en el referéndum venezolano, aunque complicado por el hecho de la existencia de una oposición con muy poca voluntad democrática empeñada en provocar un choque político y social de graves consecuencias para el país. Aquellos miembros o representantes de la oligarquía venezolana que andaban antes a sus anchas y administraban las riquezas del país a su antojo y en su beneficio casi exclusivo, hoy andan resentidos, aterrorizados de perder sus tradicionales beneficios de clase en aras de una necesaria redistribución de la riqueza y de las oportunidades a favor de los más necesitados del país, la mayoría. La oligarquía pretende desconocer la esencial igualdad entre los ciudadanos. Y no quieren ceder un ápice en sus intereses. La lucha de clases ha salido a la superficie y se ha convertido en el motor de los acontecimientos. En fin, mientras Chávez propone otra lógica del juego democrático, el incluyente, el odio adversarial propio de la lógica excluyente fomentada por la oposición llega a niveles realmente patológicos.

Según el intelectual paquistaní y líder *altermundista* Tariq Ali: “Mientras los pobres en Venezuela apoyen este gobierno, sobrevivirá. Cuando le retiren su apoyo caerá. Pero creo que sería útil que el movimiento antiglobalizador —y hay muchas corrientes diferentes allí—, viniera y observara lo que aquí sucede. ¿Cuál es el problema? Vayan a los barrios, vean como son las vidas de esas personas y vean como eran antes de que este gobierno asumiera el poder. Y no se dejen llevar por estereotipos. No se puede cambiar el mundo sin tomar el poder, ése es el ejemplo de Venezuela. Chávez está mejorando la vida de la gente común y corriente. Por eso es difícil derrocarlo, de otro modo ya estaría derrocado. Esto es algo que la gente del movimiento antimundialización debe entender, esto es política seria.” Tomar el poder para transformar el mundo, aunque sea en pequeñas dosis, es la propuesta que Ali ve representada en la Revolución Bolivariana.

La victoria en el referéndum le da a Chávez la oportunidad de dar otro paso para la consolidación del proyecto revolucionario bolivariano que encabeza,

a la vez que le presenta el reto de profundizarlo mediante la articulación de un nuevo modelo de desarrollo centrado precisamente en la atención de las necesidades de los ciudadanos, sobre todo los pobres y marginados. Para ello, entiende Chávez, Venezuela tiene que romper con el modelo capitalista vigente y encaminarse hacia el desarrollo de un modelo revisado y autóctono del socialismo. La salud del proyecto bolivariano de Chávez dependerá de que efectivamente siga dando pasos concretos y organizados en el desarrollo de ese nuevo modelo de desarrollo, apuntalado en una agresiva política internacional centrada a su vez en la promoción de alianzas estratégicas a través de iniciativas alternativas de cooperación e integración como la representada por la Alternativa Bolivariana de los Pueblos (ALBA), su propuesta alternativa al nefasto Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), de procedencia estadounidense.

Por otro lado, está el caso de Brasil el gobierno del Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, líder obrero y dirigente del Partido de los Trabajadores, se presenta como una opción política esperanzadora con una significativa influencia sobre el resto de la región. La política del gobierno de Lula aparenta sostenerse en los siguientes cinco ejes:

1. La atención de la deuda pública, la contención de los gastos e inversiones gubernamentales y la recuperación de la confianza de los agentes económicos globales;
2. El establecimiento del Programa Hambre Cero para atender la grave situación de pobreza y marginación social que existe en el país;
3. Una reforma tributaria y de seguridad social para reducir no sólo la deuda pública sino que, además, para generar algún efecto distributivo positivo para los más necesitados;
4. La radicalización de la sociedad democrática mediante la promoción activa de una ciudadanía activa, crítica y participativa en todos los procesos decisionales de las instituciones representativas;
5. La puesta en marcha de unas iniciativas internacionales que promuevan unas relaciones económicas más democráticas y solidarias, así como una integración regional que potencie los intereses soberanos de los pueblos latinoamericanos como nuevo bloque de poder al interior de una economía global dominada marcadamente hasta ahora por Estados Unidos y la Unión Europea.

Claro está, algunos de estos ejes son esencialmente políticas económicas consideradas “ortodoxas”, por no decir neoliberales, como bien advierten algunos de los críticos del nuevo gobierno que esperaban un mayor distanciamiento de la agenda neoliberal que tendió a caracterizar al gobierno anterior de Fernando Henrique Cardoso. Por su parte, Lula riposta que con el uso de las políticas económicas llamadas ortodoxas pretende crear una nueva situación y promover un modelo de desarrollo propio que promueva,

mover un modelo de desarrollo propio que promueva, simultáneamente con el crecimiento, una redistribución de la riqueza y una reducción significativa de las desigualdades sociales. Un intento por romper radical e inmediatamente con el neoliberalismo podría afectar el bloque de alianzas políticas con fuerzas de centro y, aún algunas de derecha, que articuló Lula alrededor de su gobierno más allá del Partido de los Trabajadores. Además, éste parece temer que en las actuales circunstancias ello podría llevar a una desestabilización y colapso económico similar al vivido por Argentina. De ahí que, en todo caso, ha optado por una salida gradual del neoliberalismo, en una coyuntura internacional que, según entiende, no es aún propicia para la puesta en marcha de iniciativas anti-capitalistas muy atrevidas. También hay quienes sostienen que los escasos resultados hasta ahora reflejan tal vez una inexplicable capitulación en el desarrollo de un modelo alternativo que le está costando en credibilidad entre un sector del gobernante Partido de los Trabajadores, la izquierda y el pueblo en general.

Ahora bien, la sintonía entre Lula y el presidente argentino Néstor Kirchner para la revitalización del arreglo económico subregional del MERCOSUR y su ampliación inmediata hacia los países andinos, particularmente Venezuela, así como el desarrollo por éste de nuevas relaciones de cooperación económica con Cuba y México, tal vez le presenta a la América Latina una oportunidad singular. Los países latinoamericanos deben definir si van a concentrarse en alcanzar la largamente ansiada unidad continental, con identidad propia, o si van a hipotecar su futuro económico, social y político en el apoyo servil a la nueva propuesta neocolonial de Estados Unidos: el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Ambos, Lula y Kirchner se han comprometido a convertir al MERCOSUR en el motor de un nuevo proceso de integración latinoamericana que incluiría el establecimiento de un Parlamento regional y la adopción de políticas macroeconómicas comunes. Esperan además que sirva para reducir la pobreza y grandes disparidades sociales que andan rampantes en la región. Su oposición al ALCA, sin embargo, no ha sido frontal sino que han optado ambos por explotar las contradicciones del discurso librecambista para evidenciar las desigualdades inherentes al arreglo, según concebido por Estados Unidos. Le han reclamado: lo que es igual para todos no debe reconocerle ventaja a ninguno.

Por otra parte, en lo que se considera otra iniciativa estratégica de gran importancia protagonizada por el gobierno de Lula, Brasil suscribió en el 2003 un acuerdo con los gobiernos de India y África del Sur para impulsar un llamado G-3. El objetivo del grupo es, por un lado, fortalecer la cooperación económica y política entre éstos, así como unificar sus posiciones en los foros internacionales. Más allá, la iniciativa, que aún está en una etapa embrionaria, se plantea incluir al resto de los países del MERCOSUR y de la Unión Aduanera de África Austral. Se propone, asimismo, incluir a China y Ru-

sia, lo que constituiría un serio desafío a la diplomacia imperial de los Estados Unidos. Lula insiste así en globalizar su visión alternativa al nuevo orden totalitario que impulsa Washington por todo el planeta. De ello también da testimonio la magna campaña contra el hambre que lidera a nivel internacional.

Por otro lado, en el caso del reciente triunfo electoral de centroizquierda en Uruguay, éste ha servido para dar un testimonio contundente de que a veces para *ser* o abrirle paso al *todavía-no-ser*, la izquierda tiene que atreverse a morir en parte para renacer transformada más allá de sí misma. Estableció alianzas maduras con vastos sectores al interior de sí misma y más allá de sí misma. Desarrolló una amplia y ejemplar penetración en todos los rincones del país y en todas las manifestaciones de la vida nacional. Se dejaron de lado las estériles disputas ideológicas y personalistas para marchar hacia la conquista del gobierno. La hegemonía de las nuevas fuerzas gobernantes uruguayas se fue produciendo, pues, desde abajo. De paso sumó fuerzas, la prueba de fuego de toda política, creció y se convirtió en una necesidad histórica ineludible. Se erigió, junto a su proyecto de cambio, en políticamente hegemónica, siendo la máxima garantía para asegurarle al país la gobernabilidad. No se conformó con ser meramente destructora del pasado en el presente. Pasó a ser constructora de un nuevo porvenir.

Fue así que la izquierda uruguaya logró potenciar exponencialmente sus principios revolucionarios. Se socializó, es decir, se hizo por fin sociedad toda, se hizo Estado. Es la necesaria metamorfosis, verdaderamente revolucionaria, por la que tiene que pasar cualquier fuerza política radical si desea realmente representar una alternativa creíble ante lo existente, ser opción real de poder para la transformación radical de una sociedad. En fin, la utopía tiene que poner los pies sobre la tierra para echarse finalmente a andar al ritmo y por los caminos que permitan las circunstancias históricas. Y éstas no admiten reduccionismos: siempre serán el resultado de una combinación imaginativa y audaz entre las determinaciones materiales y la voluntad humana. Como nos dice Ernst Bloch, la utopía es algo consustancial a la realidad misma, una realidad que es proceso, donde lo nuevo está continuamente surgiendo de lo real a través de los forcejeos del ser humano para rebasar lo inmediato, lo que *es*, en dirección al *todavía-no-ser* que ya se asoma, aunque aún tímidamente, aquí y allá.⁹ La utopía, vista desde esta perspectiva, posee una correlación necesaria con la realidad.

La crisis del modelo neoliberal en Uruguay no desembocó en el colapso del Estado y la economía como ocurrió hace unos pocos años en Argentina a manos de los radicales y los peronistas. En su lugar, las fuerzas de centroizquierda se dieron a la tarea de garantizar la estabilidad de la sociedad pero a partir la implantación de un modelo de desarrollo más justo y equilibrado que le permi-

⁹ Ernst Bloch, *El principio esperanza*, Editorial Trotta, Madrid, Vol. 1, págs. 13-16.

ta, al igual que en el caso de Brasil, salir gradualmente del neoliberalismo. La propuesta estratégica del nuevo gobierno de centroizquierda implica la aceptación de un proceso de cambios progresivos para el cual, además, se han identificado unas prioridades inmediatas: atender la condición de pobreza e indigencia en que vive casi una tercera parte de la población; potenciar el *Uruguay productivo*, es decir, un auténtico desarrollo productivo sostenible mediante la instrumentación de políticas que le den un nuevo impulso a la producción en todos los ámbitos de la economía; la generación de nuevos empleos que realmente contribuyan al progreso de la gente, y una mejor distribución de la riqueza; la descentralización político-administrativa del Estado para garantizar la eficacia de sus esfuerzos de gestión económica, así como la descentralización en cuanto a la asignación de los recursos económicos del Estado para que los gobiernos locales, tanto los departamentales como los municipales, no sean rehenes del gobierno nacional; garantizar la transparencia y eficiencia en la administración pública; y generar una ciudadanía participativa como necesidad de la nueva realidad que se aspira construir. En relación a la participación ciudadana, las fuerzas de centroizquierda agrupadas en el "Encuentro Progresista-Frente Amplio-Nueva Mayoría" han propuesto un plan estratégico de fomento a la misma, la promoción de una ley básica de participación y hasta la creación de un consejo ciudadano para el seguimiento de los compromisos de gobierno.

Al igual que en los casos de Venezuela, Brasil y Argentina, el cambio en Uruguay dependerá de la relación de fuerzas tanto internas como externas, a nivel regional. En el proceso, el reto interior será mantener el equilibrio necesario entre los cambios y la necesaria estabilidad económica, entre los trabajadores y marginados a quienes les urgen los cambios, y los empresarios y financieros que hasta ahora han marcado las pautas de la economía. Más allá de sus fronteras, tienen que también torear efectivamente la poderosa presencia del Gobierno de Estados Unidos y la Unión Europea a quienes esencialmente les motiva, el mantenimiento y ampliación de sus privilegios en el marco de las actuales relaciones de dependencia, por encima de la gestación de economías nacionales auténticamente independientes. Asimismo, tienen que enfrentar el chantaje de los organismos financieros internacionales y el fantasma siempre presente de la fuga de capital.

Ahora bien, Boron nos recuerda que Max Weber afirmó en una ocasión que la historia ha comprobado que "en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez". A propósito de ello, nos advierte el sociólogo:

"Las palabras de Weber son tanto más importantes en un continente como el nuestro, en donde las enseñanzas de la historia demuestran de modo inapelable que hubo que intentar lo imposible para lograr modestos avances; que se necesitaron verdaderas revoluciones para instituir algunas reformas en las estructuras sociales de la región más injusta del planeta; y que sin una utopía política

audaz y movilizadora los impulsos reformistas se extinguen, los gobernantes capitulan y sus gobiernos terminan asumiendo como su tarea fundamental la decepcionante administración de las rutinas cotidianas.

“Las esperanzas depositadas en un vigoroso reformismo, posible sin duda alguna, no significan hacer oídos sordos a las sabias advertencias de Rosa Luxemburgo cuando decía que las reformas sociales, por genuinas y enérgicas que sean, no cambian la naturaleza de la sociedad preexistente. Lo que ocurre es que al no estar la revolución en la agenda inmediata de las grandes masas de América Latina, la reforma social se convierte en la coyuntura actual en la única alternativa disponible para hacer política”.¹⁰

Boron concluye advirtiendo que la historia pasada ha demostrado irrefutablemente que las reformas no son suficientes para "superar" el capitalismo. Podrán producir cambios importantes, sin duda alguna, pero sin cambiar el sistema.

De ahí el enorme simbolismo del reencuentro histórico de la América Latina con la figura de Salvador Allende en estos tiempos de Chávez en Venezuela, Lula en Brasil, Kirchner en Argentina y Tabaré Vázquez en Uruguay. Representa éste una visión alternativa frente al nuevo orden global neoliberal. Quién mejor representa los retos actuales que encaran estos presidentes latinoamericanos: la ampliación y radicalización de la sociedad democrática más allá de los estrechos límites del liberalismo burgués; la reestructuración económica y social en dirección a una repartición más justa y equitativa de la riqueza entre sus respectivos pueblos; la unidad política e integración económica regional frente a los principales poderes imperiales en el mundo contemporáneo y a las instituciones financieras y comerciales internacionales encargadas por éstos de la gerencia de la llamada nueva economía global.

Bajo Allende, Chile logró recuperar las riquezas básicas del país y crear una imponente área de propiedad social que llegó a generar más de la mitad del Producto Nacional Bruto (PNB). En 105 de las 125 empresas estatizadas se estableció la participación directa de los trabajadores en la conducción. El Producto Bruto Interno creció en un 7.7 por ciento en 1971 y el desempleo bajó del 8.3 al 3.8 por ciento. En ese mismo año, su apoyo electoral en las elecciones parlamentarias celebradas, aumentó a 49.8 por ciento, de 36.2 que había obtenido en las elecciones presidenciales de septiembre de 1970. El gobierno de la Unidad Popular consiguió, además, un éxito sin precedentes, sólo superado por la Cuba socialista, en la redistribución del ingreso nacional. En este sentido la participación de los trabajadores en el PNB se elevó hasta un 59 por ciento en 1972, cuando a raíz de las políticas neoliberales aplicadas por la dictadura y el gobierno de la Concertación Democrática llega hoy a apenas un 34.5 por ciento. En esencia, ese avance popular inédito protagonizado por el Gobierno de la Unidad

¹⁰ Atilio Boron, *La renovada presencia de la izquierda en la vida política latinoamericana: América sin tregua*, 4 de noviembre de 2004.

Popular fue la razón principal para la ofensiva política y económica desestabilizadora que desembocó en el trágico 11 de septiembre de 1973. Sin embargo, luego de tres décadas de aquellos sucesos nos hemos visto sorprendidos por el veredicto final de la historia: la plena legitimación democrática de la opción de transformación social representada por Allende.

En fin, no estaremos ciertamente ante una coyuntura revolucionaria, como concebida clásicamente, pero, igualmente hay que admitir que lo revolucionario es, por un lado, lo que las propias circunstancias van presentando, y, por otro lado, a partir de las mismas hacer en todo momento lo que hay que hacer. Cada día tiene su propio afán, dice la Biblia. Eso sí, lo que se haga hoy, determinará el carácter del mañana. De ahí que las miras tienen que estar puestas en la ampliación radical de la participación democrática y la potenciación de un modelo alternativo de desarrollo económico. Dicho modelo debe ir acoplado a un modelo de integración regional alternativa como la representada por el MERCOSUR, la Comunidad Suramericana de Naciones o la iniciativa venezolana del ALBA, a la cual ya se ha sumado Cuba.

La América Latina de hoy no será la de los años iniciales de la Revolución cubana o la del Chile de Allende. Recordar aquellos años y recrearlos en nuestra memoria colectiva es importante, incluso imperativo, por cuanto es parte indispensable de nuestro equipaje político. Pero, su significado mayor radica en saber construir a partir de dichas experiencias y no reducirnos a meramente añorarlas o, peor aún, a intentar estérilmente reproducirlas. Hay que evitar caer en la pura nostalgia, pero también en el atrincheramiento defensivo o en los falsos triunfalismos. Hay que decidirse a ser constructor del porvenir que se abre paso. La nueva coyuntura no será igual, tendrá sus obstáculos formidables, pero está igualmente preñada de sus propias oportunidades. En fin, estamos ante una situación en que lo viejo no termina de morir y lo nuevo no acaba de nacer sino que recién asoma tímida aunque esperanzadamente la cabeza. En momentos como éste, los principios necesitan urgentemente encarnarse en acciones colectivas crecientes y pertinentes a nuestras realidades actuales.

Si hay algo que a mi me seduce de las nuevas circunstancias es que precisamente se nos presentan no como algo definitivo, sino como antesala de algo por venir, una descolonización total de nuestro modo de vida, un singular parto cuyo desenlace, en última instancia, depende de nosotros. Bien nos lo advertía Nietzsche que el sentido de las cosas no es algo que se nos da o que haya que buscar, sino que fundamentalmente es algo que hay que introducirse, como bien advertía al comienzo de mi ponencia. De ahí que propongo una apuesta filosófica por una perspectiva estratégica y dialógica de las nuevas circunstancias.

El poder es el nombre que le damos hoy a una situación estratégica compleja y difusa en una coyuntura históricamente determinada y cambiante. No es un objeto sino que, sobre todo, una potenciación de la voluntad y del deseo. El

poder no está focalizado en algún sitio en particular. Está en todos sitios a la vez. Nos dice al respecto el sociólogo y antropólogo francés Georges Balandier:

“El espacio político ya no constituye un escenario reconocible con facilidad; es fluctuante, puesto que se halla casi en todas partes; está abierto a un gran número de actores, distintos en función de cuál sea la fuente de su poder.”¹¹

El poder dejó de existir como un foco único de autoridad y fuerza, si es que alguna vez realmente lo estuvo más allá de las reificaciones ideológicas. La sociedad se caracteriza hoy por estar constituida por una red o constelación difusa de poderes, con grados distintos y desiguales de poder, fuerza y autoridad, y con grados diferentes de eficacia. Por eso es que el conflicto social se desarrolla hoy a través de una multiplicidad de focos, tanto locales y regionales, como nacionales e internacionales. El poder se ejerce así a través de toda la sociedad, desde el Estado y sus instituciones, hasta los centros de trabajo, las comunidades, las escuelas y universidades, los sindicatos, las iglesias, los partidos, los periódicos y demás medios de comunicación y, por que no, hasta en las consciencias y las mentes de las personas.

Insisto en que todas las manifestaciones de cambio antes mencionadas sólo pueden entenderse, en toda su magnitud, a partir de esta perspectiva estratégica y dialógica. Sólo en la medida en que estos nuevos sujetos del cambio cultural, social y político contribuyan a una reestructuración y transformación más comprensiva de la experiencia social y política actual pueden incidir, de manera más definitiva, sobre el sentido y dirección actual de nuestra sociedad. Hay que evitar sucumbir ante el espejismo de que lo inmediato lo es todo.

Todavía seguimos presos mayormente de la concepción metafísica del poder cuando la realidad nos compele hacia una comprensión multidimensional o, si se prefiere, microfísica de éste, como certeramente nos invitó Foucault. Sólo a partir de ésta lograremos entender, sin gigantismos teóricos mecanicistas, las mediaciones que existen entre los procesos microsociales y los procesos macrosociales. Sólo así podemos contextualizar y comprender la naturaleza, dinámica y alcance de las crisis de gobernabilidad de estos tiempos y las resistencias o los movimientos contestatarios, las rebeliones civiles que se están produciendo.

Precisamente en función del reclamo a favor de una democracia participativa o radical, la nueva sociedad que se abre paso tiene que ser la del *diálogo vivo* entre todos y todas como único criterio legitimador de verdades y normas¹², como nuevo *grundnorm* o idea reguladora de una nueva visión radicalizada de la

¹¹ Georges Balandier, *El poder en escenas: De la representación del poder al poder de la representación*, Paidós, Barcelona, 1994, pág. 177.

¹² Véase sobre este particular mi libro *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas*, Ediciones Callejón, San Juan, 2004, págs. 221-223.

democracia; la de la cultura del corazón, es decir, la de los sentimientos afectivos y solidarios como único sustrato de las relaciones sociales que no estén basadas en la opresión de unos seres humanos por otros; y la de la transvaloración de la igualdad y la afirmación positiva de la diferencia, a partir de las cuales no se puede justificar moralmente la subordinación de un ser humano ante otro, no importa el fin. Hablo de una sociedad verdaderamente democrática, en la que sus ciudadanos y ciudadanas estén plenamente apoderados y apoderadas de sus destinos, una sociedad verdaderamente libre con perspectivas y prácticas humildes y consensuales. Es una sociedad dedicada a la justicia como amor comprensivo y sentimiento solidario. He aquí el único sentido que puede tener el desarrollo de un Derecho alternativo, tanto en su dimensión prescriptiva como discursiva: tiene que hacerse humilde.

¿Es posible rehacer el Derecho a partir del Derecho mismo o hay que ir más allá del mismo? La condición difusa del poder nos plantea a los juristas comprometidos con el cultivo de saberes silvestres y alternativos, la necesidad de desarrollar estrategias dirigidas a impactar toda esa red y entramado social acentrado de prácticas y mecanismos.¹³ En ese sentido, ello nos impone el reto de movernos no sólo más allá del Derecho, en los márgenes de la sociedad y el Derecho actual, sino que también aún dentro del marco institucional del Estado de Derecho actual.

La civilización capitalista organiza su dominación de la forma más coherente y unitaria posible mediante relaciones diversas y estrategias de conjunto. Por tal razón, si pretendemos superarla hacia formas civilizatorias éticamente más edificantes, dicha civilización y sus formas de dominación o hegemonía, si se prefiere, deben ser asediadas y asaltadas por todos lados y todas partes. Las resistencias deben ser múltiples y darse, por lo tanto, dondequiera que se manifiesten. Ya lo advirtió Foucault:

“Para resistir tiene que ser como el poder. Tan inventiva, tan móvil, tan productiva como él. Es preciso que, como él, se organice, se coagule y se cimente. Que vaya de abajo hacia arriba, como él, y se distribuya estratégicamente”.¹⁴

A aquellos que proclaman desde sus cómodas trincheras ideológicas que no se puede virar el derecho al revés desde los espacios del derecho formal o estatal, sólo les advierto que no hay atajos ni caminos fáciles. La realidad es antojadiza: es tal cual es y no lo que yo prefiero que sea. Lo demás son có-

¹³ Véase sobre este particular a Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Por su parte, Carlos J. Rojas Osorio desarrolla el tema en su libro *Foucault y el pensamiento contemporáneo*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1995, págs. 129-141.

¹⁴ Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pág. 162.

modos caprichos sin asidero alguno en la realidad y, por ende, sin posibilidad alguna de transformarla.

Hay quienes preguntan si es posible un Derecho humilde, como el propuesto, cuando sabemos que el Derecho es, en última instancia, relación de poder. Desde sus inicios la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, donde laboro, ha insistido como proyecto educativo alternativo en promover una comprensión más incluyente y amplia de los procesos prescriptivos de normas en la sociedad contemporánea. De ahí que nuestros estudiantes sean expuestos a experiencias práctico-integradoras (clínicas) en una multiplicidad de escenarios, tanto gubernamentales como no gubernamentales desde los cuales se enuncian prescripciones normativas pertinentes. Más allá de los tribunales, las agencias administrativas y la Asamblea Legislativa, se privilegia a la comunidad como espacio alternativo de construcción normativa. Además, a partir de su inserción en la comunidad, nuestro estudiante va desarrollando aquellas actitudes, sensibilidades y consciencia necesarias para potenciar la representación democrática de la ciudadanía, más allá de los grupos tradicionales de poder, en los procesos de construcción y reconstrucción permanente del Estado de Derecho.

El Derecho se hace así humilde, tanto en su dimensión epistemológica como en su dimensión práctica. El jurista asume así su función estratégica de organizador social facilitando que cada cual pueda darse su ley, a partir del entendimiento cabal del hecho de que sólo un Estado de Derecho participativo en sus procesos prescriptivos puede aspirar a su tan necesaria legitimación. Y es que Jean-Jacques Rousseau dio en el clavo cuando insistió en que sólo se puede amar libremente a aquella ley que uno mismo se ha dado. En fin, tenemos que transitar, como nos pedía Nietzsche, hacia la superación del signo opresivo al signo emancipador del poder. El poder también tiene que hacerse humilde.

Finalmente, hay que re-crear el Estado haciéndolo más difuso como el poder. La sociedad civil ha cultivado siempre unos espacios o focos paralelos de poder y prescripción normativa. Incluso, me atrevo a sugerir que sólo mediante la potenciación y expansión creciente de los mismos es que podríamos como sociedad ir desarrollando nuevas formas de gobernabilidad más pertinentes a nuestras realidades y necesidades, dentro de un espacio social reconstruido.

La sociedad actual tiene ante sí el reto de explorar nuevas formas del Estado a partir de un espacio social que ya éste no domina absoluta y burocráticamente, y que al fin y a la postre nunca realmente dominó por sí sólo. El Estado, en su forma actual, ya es incapaz en las nuevas circunstancias de controlarlo o solucionarlo todo desde el centro. Ya no constituye el mega-articulador simbólico, es decir, se ha erosionado su capacidad para instituir subjetividad y construir pensamiento. De ahí que tiene que re-crearse, socializarse, hacerse comunidad, de forma tal que pueda articular nuevas y más amplias estrategias de intervención y cambio, a partir de una presencia o integración suya en contextos y perspectivas más particulares e inmediatas. Es potenciar democráticamente al Estado para que

efectivamente gobiernen los ciudadanos y las comunidades. De esta forma se posibilitan nuevos enfoques y soluciones a una diversidad de problemas sociales que, con su característica complejidad, ya no toleran intervenciones burocráticas y centralizadas. De esta forma el ciudadano por fin puede apropiarse democráticamente del sentido de su vida.

De eso depende en fin la posibilidad de darle legitimidad a cualquier orden constitucional en nuestros tiempos. Hay que salir de las ilusiones jurídicas y que si se van a reconocer el valor de los sueños, que sean éstos los del pueblo todo y no los de una clase dominante, una elite burocrática o una minoría privilegiada.

¿Cuál es la velocidad del sueño?, se preguntó el otro día el subcomandante zapatista Marcos. “No lo sé. Tal vez es... Pero no, no lo sé... En realidad, acá, lo que se sabe, se sabe en colectivo”, sentenció.¹⁵

¹⁵ Subcomandante Marcos, “La velocidad del sueño”, *La Jornada*, 1 de octubre de 2004

EL MARXISMO, HOY¹

GABRIEL VARGAS LOZANO²

1. Introducción

Hablar del marxismo en la actualidad significa, para muchos, estar fuera de moda, desactualizado o instalado en la obsolescencia. Para muchos, el marxismo es ya historia y no tendría nada qué decirnos sobre la situación actual caracterizada como la era de la posmodernidad, de la globalización y del imperio.

En muchos lugares académicos y políticos de Latinoamérica, la palabra marxismo, y todo lo derivado del pensamiento de Marx, no quiere ya ni nombrarse a pesar de que, paradójicamente, siempre lo tengan presente como el enemigo a ser combatido. Si el marxismo está muerto ¿para qué preocuparse?, sin embargo, al parecer, temen que el espectro de Marx, reaparezca, como decía Jacques Derridá. Lo curioso y sintomático es que en los países altamente desarrollados, tanto el pensamiento de Marx como el marxismo, siguen siendo temas de reflexión.

2. Algunos ejemplos de trascendencia mundial

En Francia, desde 1986, Jacques Bidet y Jacques Texier, han venido publicando la revista *Actuel Marx* que ha publicado más de 30 volúmenes, sobre los más importantes temas de la actualidad (mercado, derecho, ética y política, ecología, la crisis del socialismo; la situación del marxismo, etcétera), y han celebrado hasta ahora, cuatro congresos internacionales. A ello agreguemos el *Dictionnaire critique du marxisme* de Labica y Bensunsan, re-editado por PUF en 1999.

En Alemania, Wolfgang Fritz Haug, dirige la más trascendente enciclopedia del marxismo que se haya publicado, la *Historish Kritisches Wörterbuch des marxismus*, a la que le ha seguido la del feminismo, coordinada por Frigga Haug, ambas, con la colaboración de 700 intelectuales de todo el mundo. Cuando este proyecto concluya, tendremos el corpus de conocimiento más actualizado y vivo del siglo XXI.

¹ Conferencia inaugural de la Primera Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM. 16 de noviembre de 2004.

² Profesor-investigador titular del Departamento de Filosofía de la UAM-I; profesor de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Fundador y director de la revista *dialéctica*. Autor de libros como: *Marx y su crítica de la filosofía*; *Qué hacer con la filosofía en América Latina*; *Más allá del derrumbe* y otros. Ha publicado más de setenta ensayos en revistas especializadas de México y del exterior. Miembro del comité científico de la *Historish Kritisches Wörterbuch des marxismus* publicada en Alemania.

En los Estados Unidos, la revista *Rethinking Marxism*, aparte de su publicación, ha convocado a importantes congresos en la Universidad de Massachusetts, en Amherst, y la Radical Philosophy Association, que incluye miembros que sostienen diversas concepciones; aunque todos coinciden en adoptar una postura crítica frente al capitalismo, realiza encuentros anuales y edita libros y revistas.³

Aquí, en Latinoamérica, existen tres lugares en donde se ha mantenido la reflexión en torno de la obra de Marx: en Cuba, en donde se han realizado dos encuentros internacionales y se publica la revista *Marx ahora*; en Colombia, en el que se han organizado multitudinarios congresos sobre Marx, y en Brasil, en donde se mantiene una variada producción de revistas y libros.

Pero lo que ocurre en México es digno de una explicación más dilatada: en nuestro país, el marxismo prácticamente ha desaparecido del lenguaje de la izquierda, en el campo político, así como en el ámbito académico, después de que durante los años sesenta, setenta y parte de los ochenta del siglo pasado, tuviera una presencia muy destacada. Las causas de esta situación provienen, por un lado, de las características del desarrollo político de la izquierda a lo largo del siglo XX y, por otro, de los condicionamientos económicos, políticos e ideológicos que se encuentran operando en nuestro país, a raíz del derrumbe del llamado “socialismo real”; la adopción del neoliberalismo y la firma del TLCAN que ha implicado una profundización de la dependencia de la economía mexicana respecto de la norteamericana. Un análisis acerca de las razones por las cuales la izquierda socialista de nuestro país no quiso realizar el necesario ajuste, transformación o adecuación del marxismo a las condiciones actuales, tendría que ser motivo de otra conferencia. Ello no quiere decir que, a pesar de todo, no se hubieran producido obras importantes, y que no pueda haber una recuperación en el futuro, ahora que las brumas del derrumbe se han disipado; cuando se están sintiendo los efec-

³ En Italia, y, en particular, en Nápoles, se organizó un Congreso titulado “La obra de Karl Marx entre la filología y la filosofía”, que ha dado origen a un libro titulado *Sulle tracce di un fantasma. L'opera di Karl Marx tra filologia e filosofia*, (Minifesto libri Roma, 2005) que ya va en su segunda edición. En la convocatoria del congreso se dijo: “por asombroso que parezca, Marx permanece hoy como un autor muy poco conocido; privado de una edición científica integral de su obra y de una interpretación crítica comprehensiva que haga justicia su genio” *La Marx-Engels Gesamtausgabe* (MEGA), que fue iniciada en Moscú y Berlín oriental durante los sesenta fue interrumpida por los acontecimientos de 1989. En los noventa fue fundada la *Internationale Marx Engels Stiftung* (IMES) a iniciativa del “Instituto Internacional para la Historia social” de Ámsterdam, para completar la edición crítica. Investigadores de Alemania, Rusia, Francia Holanda, Japón, EU, Dinamarca e Italia están colaborando para su edición. Han aparecido 47 volúmenes en 54 libros de los previstos 114 volúmenes en 122 libros. En la convocatoria afirman, además, algo básico: “nuestra convicción fundamental es que el colapso histórico del comunismo y del marxismo político, no contradice la continua relevancia de Marx”. Por el contrario, el análisis del pensamiento de Marx se ha liberado de las ataduras y condicionamientos políticos e ideológicos que imponía la estructura de poder de la URSS. Es por ello que la actual globalización y sus destructivas desigualdades, constituyen la confirmación de la relevancia de la teoría de Marx para nuestro tiempo. (Nota agregada en fecha posterior a la conferencia).

tos de una sociedad cada vez más empobrecida, y cuando observamos las atrocidades del gobierno norteamericano y sus aliados en Irak. Las preguntas entonces tendrán que ser ¿cuál puede ser la estrategia para recuperar el marxismo? ¿de qué marxismo estamos hablando? Y ¿cuáles son los problemas sobre los que habría que reflexionar?

Pero, además, sin querer hacer una cartografía del desarrollo del marxismo en los últimos años, podríamos mencionar, en forma sumaria, las siguientes iniciativas:

Las grandes interpretaciones sobre el desarrollo global del capitalismo debido al trabajo de Immanuel Wallerstein y su teoría del sistema-mundo; Samir Amin y su análisis de la mundialización; el debate en torno de la teoría de la dependencia iniciado por André Gunther-Frank y la teoría de la globalidad de Víctor Flores Olea.

La teoría de la regulación de Michel Aglietta; el marxismo ecológico de James O'Connor y su revista *Capitalism, Nature, Socialism*; la teoría de la modernidad de Jacques Bidet y Bolívar Echeverría; la teología de la liberación de Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff e Ignacio Ellacuría; la filosofía de la liberación de Arturo Andrés Roig y Enrique Dussel; la interpretación analítica del marxismo por Cohen y Elster; los análisis de Jorge Riechmann y Francisco Fernández Buey sobre los movimientos sociales; el marxismo político de Robert Brenner y Ellen Meiksins Wood; la filosofía de la praxis de Adolfo Sánchez Vázquez; la interpretación marxista del feminismo de Frigga Haug y Nancy Fraser; la obra filosófica de Adam Schaff; el althusserianismo y el postalthusserianismo; la reflexión en torno al posmodernismo de Jameson, Eagleton y Callinicos; la obra de historiadores como Eric Hobsbawm, Thompson; Perry Anderson y aquí en México, Enrique Semo; la aportación de Iztván Mészáros a través de libros como *La teoría de la enajenación en Marx* o *Mas allá del capital*; la obra de Antonio Negri previa a su famoso *Imperio* en donde ya no es reconocible el enfoque marxista; los análisis sobre las nuevas ciencias y las humanidades de Pablo González Casanova y evidentemente la importancia de grandes pensadores que seguirán siendo puntos de referencia como Georgy Lukács; Ernst Bloch y Antonio Gramsci, entre otros.

A la luz de lo anterior, parece difícil aceptar que el marxismo, en sus aspectos más creativos esté agotado. Sin embargo, lo que sí carecía de vigencia, desde sus inicios, fue una versión específica que sirvió de legitimación del Estado soviético (llamada marxismo-leninismo o dia-mat) que implicó una profunda deformación de los pensamientos originales de Marx, Engels o Lenin, y que se formó durante el estalinismo. Esta versión se basó en un determinismo; un ideologismo; una división dicotómica del marxismo en dos materialismos; una reducción cientificista y un mecanicismo que eran obsoletos desde el momento en que se constituyó. Desde luego que no me refiero aquí a toda la teoría producida en el llamado “socialismo real”, y menos a esfuerzos críticos como los de un

Lukács, Kosik, Zeleny, Schaff, Ilienkov, Bahro, Marković, Petrovic y otros que lograron sobrevivir al acoso de las burocracias gobernantes.

Pero no sólo la teoría era ilegítima, sino también la práctica, como lo dice Schaff en su ensayo sobre lo vivo y lo muerto en el marxismo: “Yo creo que esa identificación es falsa -nos dice- ya que la práctica de los países del “socialismo real” fue, en sus elementos básicos, totalmente opuesta a las enseñanzas del marxismo”⁴. Pero habrá que decir que fue el marxismo crítico el que realizó los mejores análisis críticos de aquella sociedad.

Esto nos lleva a la necesidad de determinar cuáles son las tesis de Marx o del marxismo que siguen vigentes; cuáles no la tenían o la perdieron por el desarrollo de los acontecimientos, y cuáles son las problemáticas que deben ser ampliadas y profundizadas para que esta teoría pueda seguir cumpliendo su papel de conocimiento, crítica y arma de transformación. El tema es muy amplio y tendré que ser forzosamente selectivo para ajustarme al tiempo de que dispongo.

3. Características del paradigma marxista.

En términos generales, considero que la obra de Marx es un pensamiento intra-disciplinario que, en su fase madura, se dedicó a explicar las características esenciales del modo de producción capitalista como un sistema de explotación basada en la mercancía y la extracción de plusvalía. Para ello realizó la magna obra llamada *El Capital* en la que explica las causas del surgimiento de esta sociedad, y su desarrollo hasta el momento en que vivió. Es evidente que el sistema se ha transformado con el paso del tiempo; ha incorporado la revolución tecnológica a los procesos productivos, y ha iniciado un proceso de desterritorialización por medio de las transnacionales, pero sus fines y sus efectos siguen siendo: la polarización de las clases en el interior de las naciones, así como de las naciones entre sí, constituyendo un grupo de privilegiados que conforman el 20% de la población mientras el 80% sufren de pobreza y miseria. Los datos precisos los ha ofrecido el mayor instrumento científico con que cuenta la humanidad: el “Informe de desarrollo humano de la ONU”.

Este capitalismo ha producido un fenómeno descrito por Marx denominado enajenación y que ha podido ser profundizada mediante la utilización de las nuevas tecnologías en la comunicación. Marx definió esa tendencia del sistema e inclusive consideró, en los *Grundrisse*, que la ciencia se convertiría también en una fuerza productiva, como lo observamos en la actualidad.

Marx previó también que el capitalismo se universalizaría, como ocurre en la actualidad a raíz de la remoción del obstáculo que representaba el llamado “socialismo real”, que se desarrolló por una vía no capitalista. Pero podemos decir

⁴ Adam Schaff “¿Qué ha muerto y que sigue vivo en el marxismo?” *El Socialismo del futuro*, No. 4. Madrid, 1991, p. 13.

que las reflexiones de autores como Ernest Mandel, Giovanni Arrighi, Samir Amin, Altvater, Flores Olea, Alonso Aguilar, entre otros, sobre la mundialización y la globalización, actualizan su reflexión.

Marx, al exponer su concepción del capitalismo también produjo un modelo estructural-genético de conocimiento en *El Capital*, y estableció un método llamado materialismo histórico de explicación de los procesos sociales. La aplicación de este método a la historia, ha tenido importantes, resultados a juzgar por las obras de historiadores como Eric Hobsbawm, E. P. Thompson, E.H. Carr, Pierre Vilar, Perry Anderson, Joseph Fontana, Immanuel Wallerstein y otros, independientemente de las profundizaciones y modificaciones que hayan hecho.

De igual forma, desarrolló una teoría del conocimiento nueva que ya no parte de la polarización entre objeto y sujeto sino de la praxis, expuesta en las *Tesis sobre Feuerbach*; una nueva concepción de la “ideología” que todavía está pendiente de una gran síntesis, y una nueva concepción de la filosofía cuyas características han provocado un intenso debate que ha involucrado a pensadores como Lukács, Korsch, Kosik, Schaff, Gramsci, Lefebvre, Bloch, Brecht, Althusser, Sánchez Vázquez, Mészáros, Labica, Balibar, Della Volpe, etc. Está por publicarse un trabajo de mi autoría en el que analizo este debate y me pronuncio por una concepción materialista y praxiológica.

Dentro de los aspectos filosóficos que mantienen su vigencia, podríamos mencionar: la concepción del hombre como ser onto-creador, la centralidad de la praxis; el análisis de las formas de la enajenación y explotación que conforman el proceso de mercantilización y cosificación de las relaciones humanas; la necesidad de superar dicho estado y realizar las potencialidades humanas o, más tarde, la afirmación de que la humanidad debe pasar de la prehistoria a la historia. Estas tesis no sólo han mantenido su vigencia sino que la han incrementado.

El pensador revolucionario propuso una concepción nueva del individuo como producto de las relaciones sociales, aunque no reducido en forma absoluta a ellas, y una concepción del humanismo como la realización del hombre pleno.

Como se sabe, los clásicos desarrollaron tan sólo una mínima parte de su programa de investigación y ha sido el marxismo posterior el que ha tratado de completarlo y enriquecerlo.

4. Temas críticos

Ahora bien, no todo lo que dijo Marx puede ser sostenido a la luz de la reflexión actual y de los cambios históricos.

a) El racionalismo ilustrado. No pueden ser sostenida, en todos sus términos, una concepción racionalista ilustrada de la sociedad que mantiene el joven Marx y que le lleva a aceptar la invasión de México por los nor-

teamericanos en 1847; sus opiniones sobre Simón Bolívar que fueron analizadas por Gustavo Vargas; su capitalismo-centrismo que, como decía José Aricó en su importante libro *Marx y América Latina*, empieza a modificarse a partir de sus análisis sobre los efectos del capitalismo en la India, Irlanda y la comuna rusa; su tesis de que el sujeto de la historia sería la clase obrera industrial, a partir de las transformaciones que se han operado en los procesos productivos por obra de las nuevas tecnologías (véase el libro de Ricardo Antunes *¿Adiós al trabajo?*).

b) La interpretación mecanicista. Pero además, Marx mismo, al describir su propia concepción de la sociedad, en algunos textos, dio origen, sin sospecharlo, a toda una interpretación mecanicista de su pensamiento. Esto es lo que ocurre con el célebre “Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política” de 1859, en donde habla de que existe una estructura económica; un edificio (*überbau*) jurídico y político y unas formas de conciencia ideológica. Y luego la frase “el modo de producción de la vida material determina (*bedingen*) el proceso de la vida social, política y espiritual en general”.⁵

Estas tesis van a encontrar una formulación más compleja y matizada en obras posteriores del propio autor. Una de ellas la encontramos en el famoso pasaje de los *Grundrisse* en el que ofrece una explicación de la dialéctica existente entre la producción y sus relaciones: “En todas las formas de sociedad existe una determinada producción que asigna a todas las otras su correspondiente rango e influencia, una producción cuyas relaciones asignan a todas las otras el rango y la influencia. Es una iluminación general en la que se bañan todos los colores y que modifica las peculiaridades de estos. Es como un éter particular que determina el peso específico de todas las formas de existencia que allí toman relieve”⁶. Otra modificación importante la encontramos en *El Capital*, en donde se establece la categoría y también del carácter trascendente de formas como las artísticas, que valen, mas allá de las sociedades en que fueron creadas. El mismo Engels, ante las críticas de economicismo se ve obligado a rechazarlo y a hablar de la determinación “en última instancia”.

Sobre la relación entre infra-estructura económica y superestructura jurídico-política considero, entonces, que es más problemática que útil. La ver-

⁵ “El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se eleva un edificio (*überbau*) jurídico y político y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material determina (*bedingen*) el proceso de la vida social, política y espiritual en general”. K. Marx “Prólogo a la contribución de la economía política”, *Introducción general a la crítica de la economía política/1857 y otros escritos sobre problemas metodológicos*, Cuadernos de Pasado y Presente, Buenos Aires, 1974. Trad. Miguel Murmis, Pedro Scarón y José Aricó.

⁶ Op. Cit. p. 64.

sión dicotómica base/superestructura ha atravesado todo el marxismo, desde la versión determinista de un Bujarin hasta la estructuralista de la corriente althusseriana. Sobre esta última, considero que, a pesar de que realizó diversos aportes en la reflexión sobre la ideología, la epistemología, el estado y la concepción de la filosofía, mantuvo un mecanicismo que implicaba una dicotomía entre la contradicción entre fuerzas productivas y relaciones de producción y la lucha de clases que no tomó en cuenta la dimensión histórica de la obra marxiana, como lo consideraron, en su momento, Thompson y Vilar.

Por tanto, podemos decir que en lugar de seguir hablando de base y superestructura se requiere reconocer que existe una interrelación compleja, entre lo económico y lo jurídico-político e ideológico que va acompañando al proceso de formación de una sociedad. Esto no significa que no exista una determinada forma de producción que organiza y domina el conjunto de la sociedad (a diferencia de lo que plantearía un Max Weber), y tampoco que no existan contradicciones, asincronías y sincronías con los otros sistemas que conforman a la sociedad como un todo.

Una reflexión importante para el análisis de los procesos contemporáneos y que combina en forma creativa la relación entre base y superestructura lo encontramos en la obra clásica de Antonio Gramsci, quien propone una renovación conceptual de acuerdo con una nueva forma de entender la relación entre economía, sociedad política y sociedad civil, y de la construcción de la hegemonía por parte de un bloque histórico de fuerzas. En mi que opinión, el legado gramsciano todavía tiene que explorarse en forma más profunda.

5. Socialismo y democracia

Pero abordemos dos cuestiones que han surgido del derrumbe del llamado socialismo en Europa del este y la URSS: el socialismo y la democracia. Como sabemos, Marx propuso que la sociedad que substituiría al capitalismo se llamaría comunismo y que pasaría por una etapa de transición, el socialismo, caracterizada por una forma de gobierno denominada “dictadura del proletariado”. A pesar de ello, Marx y Engels no desarrollaron una teoría sobre las características precisas que tendría que adoptar el socialismo por el hecho de que, en su tiempo, no había surgido todavía esa posibilidad en forma efectiva. La única ruptura que se presentó fue la “Comuna de París” que fue abordada en *La Guerra civil en Francia* y en la *Crítica al programa de Gotha*. Se trataba de algo que el marxismo posterior tendría que desarrollar en forma creativa. Lenin inició un análisis en *El Estado y la revolución* pero su prioridad fue salvar a la revolución ante el asedio de los enemigos externos e internos. Esta cuestión nos lleva a plantear varios puntos:

- a) la realización del socialismo en una sociedad atrasada;

- b) la forma que adoptaría el estado
- c) las características del socialismo. y
- d) realización del socialismo en una sociedad atrasada.

Este último problema fue planteado a Marx por la revolucionaria Vera Zasúlich quien le dirigió una carta fechada el 16 de febrero de 1881, en la que hizo la pregunta crucial de que si, en su opinión, podría darse un salto de la comuna rusa al comunismo o se tenía que pasar forzosamente por el capitalismo. Pregunta esencial para la estrategia a seguir por todo movimiento revolucionario. Este debate, inclusive prosiguió después entre los revolucionarios rusos, y enfrentó a Stalin con Trotsky.

La posición de Marx se expresa tanto en su carta a Vera Zasúlich del 8 de marzo de 1881 como en su carta a la redacción de *Anales de la Patria*, donde dijo que él no sostenía una filosofía de la historia de estilo hegeliano, que implicaría una evolución unilineal de la historia y, por tanto, consideraba que sí era posible dar un salto de una sociedad atrasada al comunismo. Por mi lado considero, a la luz de lo ocurrido, que el clásico no pudo prever las consecuencias del atraso económico, político y cultural de Rusia y menos las tragedias de lo que ocurriría posteriormente. Sin embargo, preocupado por el problema, daría a conocer una segunda respuesta en el prólogo a la edición rusa de *El Manifiesto Comunista* de 1882, en donde dice que el salto no podría prosperar si no se realizaba también la revolución en Europa central. El resultado ya lo conocemos: la derrota de la Revolución en Alemania así como el triunfo del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania impidió que la revolución rusa tuviera el apoyo necesario. A ello agreguemos una circunstancia muy importante: el fin del equilibrio político que en el seno de la revolución, produjo la muerte de Lenin.

6. La forma que adoptaría el cambio

Marx consideró, a diferencia de los anarquistas, que el Estado capitalista tendría que ser cambiado por un Estado de transición denominado “dictadura del proletariado”, y que a partir de allí tendría que iniciarse el proceso de su gradual extinción para acabar con toda forma de opresión.

A la luz de la historia, podríamos decir que el concepto de “dictadura” se encuentra profundamente desprestigiado si pensamos en los gobiernos dictatoriales del nazismo en Alemania e Italia, del estalinismo en la URSS, o los que hemos padecido en América Latina. A pesar de ello, es necesario analizar la razón por la cual Marx utiliza el concepto dictadura y que procede de la tradición romana en que se elegía a un dictador en un estado de excepción. En este caso no es una persona sino toda una clase. Pero además, Engels, al analizar la “Comuna de París”, le otorga al concepto “dictadura del proletariado” un contenido democrático, ya que los dirigentes eran elegidos mediante sufragio universal; los

electores tenían el derecho de revocación y los funcionarios recibirían un salario obrero. Engels escribe en su prólogo a *la Guerra civil en Francia* de 1891: “Últimamente, las palabras “dictadura del proletariado” han vuelto a sumir en santo horror al filisteo socialdemócrata. Pues bien, caballeros ¿queréis saber qué faz presenta esta dictadura? Mirad a la Comuna de París: ¡he ahí la dictadura del proletariado!”⁷

Si pensamos en este tema, desde la actualidad, podríamos decir que el concepto de dictadura es equívoco, que Engels está definiendo su contenido en forma democrática. Por otro lado, si se analiza la evolución de los dos pensadores, se concluirá que se encuentran en la tradición de una democracia radical, como examinaremos más adelante.

De todas formas, para evitar equívocos, considero que es más adecuado el concepto de “hegemonía” propuesto por Gramsci, y que está más acorde con el espíritu de Marx.

Marx, Engels y otros revolucionarios, jamás pensaron en el dominio absoluto de un partido o de una burocracia que determinara arbitrariamente el destino de una sociedad, y lo hubieran considerado contrario a sus concepciones.

Pero la tesis de la extinción del Estado, pertenece, en las actuales condiciones, al reino de la utopía, ya que, ni Marx, ni Engels, ni Lenin, establecen los procedimientos y las condiciones específicas para que se iniciara dicha extinción. Ello no quiere decir que no valga la pena pensar cómo una sociedad futura podría iniciar una transferencia del poder estatal a los ciudadanos.

Llegamos aquí a un concepto central que es parte del legado de Marx y Engels, pero que no fue desarrollado por ellos, ni por el marxismo posterior, salvo algunas excepciones: se trata de la concepción de la democracia.

El concepto de democracia, en Marx, implica variaciones que es necesario explicar:

En primer lugar, el joven Marx sostuvo un radicalismo democrático en el periodo en que era director de la Gaceta Renana. Más tarde, emprende la *Crítica a la filosofía del estado de Hegel*, oponiéndose a la concepción monárquica constitucionalista del filósofo, a partir de una concepción democrática inspirada en Rousseau. Marx radicaliza su crítica a la forma ideológica en que se utilizaron los derechos humanos por la burguesía, durante la revolución francesa en los *Anales franco-alemanes*, y mantiene esta idea en *La Ideología Alemana*. Sin embargo, en el *Manifiesto del Partido Comunista*, se habla del socialismo como conquista de la democracia: “el primer paso de la revolución obrera, lo constituye la elevación del proletariado a clase dominante, la conquista de la democracia” (*El Manifiesto comunista*). Esta idea democrática también es considerada como un medio posible en condiciones culturales favorables en su “Discurso en Ámsterdam”.

⁷ *Obras escogidas de Marx y Engels*. Editorial Progreso. Moscú, 1967, Tomo II, p. 463.

De igual forma, como lo expone Maximilian Rubel, Marx se basa en el *Tratado teológico-político* de Spinoza; realiza observaciones sobre Tocqueville y Hamilton acerca de la democracia en los Estados Unidos; está a favor de los caristas; a favor del sufragio y dice que “hay que convertir a la democracia de un instrumento de engaño en un medio de emancipación”.⁸

En conclusión, Marx sostuvo una concepción de la democracia, primero, en forma de radicalismo burgués y luego como un fin del movimiento revolucionario y sinónimo, tanto del socialismo, como del comunismo. En lo que se refiere al medio para la transformación social (lo que podría parecer una contradicción), prefiere ser realista y considerar que, hasta el momento en que él vive, los cambios han sido producidos en forma violenta; pero no se niega a considerar la posibilidad de un cambio pacífico en ciertas condiciones. Lo que parece decir Marx, es que, en el movimiento histórico, nada está prefijado, y debemos estar abiertos a la novedad. Con todo, tanto Marx como el marxismo posterior, a pesar de la interesante discusión entre Kautsky y Lenin, no desarrolló una teoría de la democracia, alternativa a la que se conformó bajo el capitalismo, y ello fue, en mi opinión, un profundo error. El marxismo dejó a los teóricos liberales la reflexión sobre lo que David Held llama, “los modelos de la democracia”, quienes, en lugar de seguir la vía radical abierta por Rousseau, iniciaron otra que implicó, en primer lugar, la democracia como protección de las clases propietarias y continuó bajo la “democracia de élites” (teorizada por Schumpeter); la democracia de mercado y la democracia neoliberal de Hayek. Fueron entonces, los liberal-socialistas (si esta combinación fuera posible) como C.B. Macpherson y Norberto Bobbio, quienes han realizado críticas a la democracia realmente existente pero arrastrando los límites de la concepción liberal.

A pesar de todo, considero que el marxismo puede jugar un papel importante en torno de la democracia, en dos aspectos: por un lado, en el análisis y crítica de los alcances y límites de la democracia en el sistema capitalista en su conjunto y, por otro, en la conformación de un paradigma democrático-socialista alternativo.

Sobre el primero, vale la pena tomar en consideración los argumentos de Ellen Meiksins Wood en su libro *Democracia contra capitalismo*, quien considera que “la característica que define al capitalismo como un terreno político, es la “separación formal de lo económico y de lo político”, o la transferencia de ciertos poderes “políticos” a la “economía” y la “sociedad civil”.⁹

En otras palabras, el capitalismo “puede darse el lujo de distribuir los bienes políticos sin poner en peligro sus relaciones fundamentales, sus coerciones y desigualdades”. En efecto, el error de los teóricos liberales de la democracia,

⁸ Vid. “El concepto de democracia en Marx” de Maximilien Rubel. *Le Contrat Social*. No. 4. Vol. 6

⁹ Ellen Meiksins Wood, *Democracia contra capitalismo*. México, Siglo XXI editores, 2000 p. 19

es considerar que el sistema político goza o puede gozar, de autonomía respecto de los otros sistemas, y que lo económico es una estructura “exterior”.

El ejemplo de los límites de la democracia lo tenemos en Latinoamérica, con el sangriento y traumático golpe de estado en contra de Salvador Allende en Chile, cuando empezó a afectar los intereses norteamericanos. El análisis marxista de las relaciones economía-política-derecho-ideología, nos permitirá examinar los alcances y límites del sistema político en el interior del sistema.

La conclusión que extrae Meiksins Wood en su libro, es que el capitalismo implica formas de coerción y dominación que, mas allá de lo que pro-claman, en forma ideológica, se encuentran en contradicción con un auténtico desarrollo de la ciudadanía y de los derechos humanos. En otras palabras, mientras se habla en forma intensiva de la democracia a través de los medios masivos de comunicación, se configura una conciencia enajenada en el individuo; se exponen en forma acrítica la masacre de los pueblos y de sus derechos democráticos; se convierte a la democracia en un apéndice del mercado y se transfieren las decisiones ciudadanas al sistema judicial que resulta más controlable, como ha ocurrido en los Estados Unidos.

Pero una concepción profunda de la democracia, no sólo implicaría su adopción como forma de elección de los representantes, reforzando los mecanismos de intervención colectiva, sino también su ampliación a todos los ámbitos de la sociedad, así como a la defensa de los derechos de las mujeres, de los indígenas, de los pueblos, de las minorías sexuales, de los jóvenes, de los ancianos, etcétera. Por tanto, el marxismo puede contribuir a la construcción de una democracia emancipatoria.

Pero si la democracia está condicionada por un tipo de sociedad, tendrá que reflexionarse también sobre un tema olvidado en México: el tema del socialismo.

7. La idea del socialismo

Marx no dejó una teoría de lo que debería ser el socialismo, sino sólo unas cuantas ideas debido a que no se había desarrollado ese tipo de sociedad. Para Marx como para Hegel, “el Buho de Minerva se eleva en el crepúsculo”. Sin embargo, dejó algunas ideas en sus textos *Crítica al programa de Gotha* y *La Guerra civil en Francia*. En ellos considera que los rasgos de la nueva sociedad en su primera etapa serían:

- a) Propiedad social de los medios de la producción que tiene como contrapartida la formación de un aparato burocrático.
- b) Remuneración a los trabajadores de acuerdo con su aportación.
- c) Supervivencia del estado e inicio de su extinción que ya hemos anotado también, y que implica problemas.

- d) Ampliación de la democracia que requiere ser reformulada.
- e) Autogestión social.

Desde luego que estas consideraciones no pueden conformar más que ciertas ideas, que hoy tendrán que someterse a un análisis más cuidadoso, debido a la experiencia que se ha tenido. Pero lo que podemos decir con certeza es que ninguna de ellas podrá realizarse sin una concepción de la democracia que sea concebida como una forma política y jurídica que se base en una estructura económico social propicia, y que permita el dominio de los ciudadanos sobre sus propias condiciones de gobierno.

El análisis de la relación entre democracia y sociedad alternativa, se encuentra vinculado a un debate más amplio: el de la Filosofía Política.

8. Debate actual sobre la filosofía y la teoría política

Como sabemos, esta disciplina fue combatida en gran parte del siglo XX por el cientificismo, sostenido en la vía conductista y positivista en el capitalismo, y por el materialismo dialéctico en el llamado “socialismo real”. Sin embargo, fue en el primer sistema que se desarrollaron importantes teorías de autores como Isaiah Berlin, Karl Popper, John Rawls, Michel Foucault, Hannah Arendt, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas y, en los últimos tiempos, hemos visto un revival de Kant y del kantismo.

Lo característico de muchas de estas concepciones es el rechazo al marxismo y la tesis de una sociedad justa como horizonte de sentido, pero sin ofrecer los medios para alcanzarla. En el caso de Rawls, una concepción de la justicia en la que se introducen los valores liberales, y en la que no se definen las formas de acceder a dicha sociedad; con Hannah Arendt, una versión romántica de la democracia griega y de la plaza pública; en el de Bobbio, una democracia procedimental y, al mismo tiempo, la determinación realista de los “poderes tras las urnas”; en Habermas una concepción contrafáctica del diálogo libre de dominio, que no existe en la sociedad y que en las últimas fechas se ha desplazado, por la vía de la filosofía del derecho, en *Facticidad y validez*.

Atilio Borón, en un ensayo titulado “Marxismo y filosofía política”, que dimos a conocer en México, a través de la revista *Dialéctica*, propone, y tiene razón, que el marxismo tiene que someter a crítica las concepciones de la filosofía política que hoy están siendo abordadas por las teorías liberales. Borón agrega, además, que la filosofía política actual se ha vaciado de contenido crítico, y que si no lo recupera, no podrá enfrentar correctamente los desafíos de un mundo que camina peligrosamente hacia el colapso.

Pero además, agreguemos que, en la actualidad, se ha puesto de manifiesto la extraordinaria importancia que tiene una reflexión jurídica crítica en relación con el paradigma emancipatorio.

La primera de ellas, es el análisis de las formas jurídicas con las cuales se ha legitimado la conquista y la dominación. Un ejemplo de ello, lo tenemos en la sentencia del “Tribunal de los Pueblos”, que fundamenta sus tesis en un análisis de la teoría de la guerra justa, planteada por Francisco de Vittoria y que ha sido re-actualizada por el gobierno de Bush como justificación de los bombardeos a Kosovo, Afganistán e Irak.

Pero, junto a ello, se encuentra la ruptura de las normas jurídicas internacionales, que han puesto de relevancia la importancia del análisis jurídico para la defensa de la soberanía de los pueblos.

Los gobernantes también se encuentran en el filo del estado de naturaleza hobbesiano frente al estado civil. Sus caballos de batalla han sido el estado de derecho; la defensa de los derechos humanos y la democracia. Esto implica que se han echado la soga al cuello porque el pueblo exige su cumplimiento.

Pero el estudio del derecho también puede idear formas nuevas de ejercicio del poder e instituciones como lo hizo Montesquieu en su momento. Por tanto, en mi opinión una visión crítica del derecho gana más con una concepción actualizada del marxismo que sin ella.

9. Las conclusiones de lo anterior son las siguientes

La teoría de Marx y Engels sigue siendo válida, a condición de que se le estudie en forma crítica y que se le desarrolle de acuerdo con el análisis de la situación actual. Nada puede quedar intacto a la luz de los nuevos desarrollos de la teoría así como de los hechos históricos.

Ha existido, por un lado, una versión ideológica y dogmática, difundida mediante la fuerza del bloque socialista, y que nunca tuvo legitimidad y, por otro, una serie de vertientes y autores que han realizado una contribución trascendente para el conocimiento de la humanidad. Tenemos aquí un paradigma extraordinariamente plural que cada quien tendrá que actualizar de acuerdo con su enfoque y problemática estudiada.

La única manera de avanzar, en forma teórica, es re-interpretando el legado de Marx, de acuerdo con las nuevas circunstancias, y determinando los nuevos campos a ser desarrollados. Es decir, delimitar las tareas del futuro, como las de profundizar en la crítica del capitalismo real, la democracia alternativa, y una nueva idea de socialismo.

Con todo, una de las características distintivas del paradigma marxista frente al liberal, es que, mientras este último considera que si la sociedad por ellos pensada, engendra monstruos como las guerras, el holocausto, la miseria, esto es producto de la “naturaleza humana”. Marx consideraba, en cambio, que se requería mantener una relación entre teoría y praxis que permitiera, en un futuro, no solo cambiar la sociedad sino también la propia naturaleza humana.

10. Bibliografía

- Antunes, Ricardo, *¿Adiós al trabajo?* Sao Paulo, Cortez Editora, 2001.
- Boron Atilio, *Tras el Búho de Minerva. Mercado contra democracia en el capitalismo de fin de siglo*. Ed. De Ciencias Sociales. La Habana, 2003.
- Derrida Jacques, *Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, Ed. Trota. Madrid, 1995.
- Echeverría Bolívar, *Las ilusiones de la modernidad*. México, UNAM/El equilibrista., 1995.
- Flores Olea Víctor, *Crítica de la globalidad*. México FCE, , 2002.
- González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades*, México, Anthropos-Unam, , 2004).
- Marx, K. Engels F, *El Manifiesto comunista*. Introducción de Eric Hobsbawm. Crítica, Barcelona, 1998.
- Crítica al programa de Gotha*. Moscú. Obras escogidas. 1974.
- La Guerra civil en Francia*. Moscú . Obras escogidas Tomo I.,
- Escritos sobre Rusia. II. El porvenir de la comuna rural rusa*. Cuadernos de Pasado y Presente. México, 1980.
- Meiksins Wood, Ellen, *Democracia contra capitalismo*. Siglo XXI, México, 2000.
- Vega Renan C. (editor) *Marx y el siglo XXI. Una defensa de la historia y del socialismo*. Ed. Anthropos, Santa Fé de Bogotá, 1999.
- Marx y el siglo XXI. Hacia una marxismo ecológico y crítico del progreso*. E. Antropos. Santa Fé de Bogotá, 1998.
- Veraza Jorge, *El siglo de la hegemonía mundial de Estados Unidos*. Ed. Itaca, México, 2004.

Diccionarios:

- A Dictionary of Marxist Thought*, Second Edition, Edited by Tom Bottomore. Blackwell, Oxford, 1991.
- Bensunsan-Labica, *Dictionnaire critique du marxisme*. .
- Jacques Bidet, Kouvélakis Eustache, *Dictionnaire Marx Contemporain*. PUF, Paris, 2001.
- Wolfgang Fritz Haug, *Historich Kritisches Wörterbuch des marxismus*. Argument Verlag, Berlin,
- Haug Frigga, *Historich Kritisches Wörterbuch des feminismus*. Argument Verlag, Berlin,

Revistas:

- Dialéctica*. Universidad Autónoma de Puebla.
- Historical Materialism*, Fac. of law and Social Sciencies University of London.

PLURALISMO JURÍDICO
ARQUIVO ESPECIAL

PLURALISMO JURÍDICO

ARQUIVO ESPECIAL

UN ARCHIVO ESPECIAL

PLURALISMO JURÍDICO

Los textos aquí ofrecidos, son un adelanto de un libro de próxima aparición, coordinado por Peter Fitzpatrick y Oscar Correas. Estos artículos corresponden a los aportes de Fitzpatrick, y fueron escritos por discípulos suyos. Peter Fitzpatrick se ha dedicado durante muchos años al estudio del Pluralismo Jurídico, entre otros temas, claro. La intención, al invitarlo a participar, era la de proponer a los lectores latinoamericanos, una mirada sobre el tema, pero desde otros ángulos y perspectivas, geográficas y políticas. Estos textos se ofrecerán junto a textos mexicanos, para componer un libro sobre *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*. Pero, bien entendido, se trata de un intento de llevar la discusión al mundo de los juristas, puesto que desde otras disciplinas, como la Antropología, el tema ha sido ya muy discutido.

CRÍTICA JURÍDICA se complace en presentar estas colaboraciones que nos llegan desde el mundo postcolonial de habla inglesa, como adelanto del libro mencionado.

O.C

RECONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA POLÍTICA EN LO TRANSNACIONAL: ACERCAMIENTOS PLURALISTAS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICOS¹.

RUTH BUCHANAN²

Resumen: El pluralismo jurídico es un acercamiento alternativo para analizar los cambios en las prácticas del derecho y enfrentar los retos de la ley en un mundo globalizado. El autor hace una distinción del pluralismo jurídico del pluralismo “constitucional” o “político”.

Resumo: O pluralismo jurídico é um acercamento alternativo para analisar as mudanças nas práticas do direito e enfrentar os desafios da lei num mundo globalizado. O autor faz uma distinção do pluralismo jurídico, do pluralismo “constitucional” o “político”.

Abstract: Legal pluralism is an alternative approach to analyze the changes in the practices of the law and to face the challenges of the law in a globalization world. The author makes a distinction of the legal pluralism of “constitutional” or “politician” pluralism.

1. Introducción

En el mundo visto a través del lente de la globalización, acelerada, enlazada en red, e incansablemente materialista, re-visitamos las preguntas “básicas” de la Teoría del Derecho, pudiera parecer marginalmente sin esperanza y un ejercicio arcaico. Sin embargo, estas preguntas se han convertido más, y no menos, relevantes y urgentes en el contexto actual. En nuestro mundo, así como hemos llegado a entenderlo, imágenes, bienes, financiamiento tecnológico, y personas, están enlazadas en una vasta red de relaciones de intercambios trans-fronterizas, un mercado global, el cual —nos han dicho— amenaza con desestabilizar y superar, sobreexceder, la autoridad soberana de los estados-nación.

Esta amenaza (percibida o real) al estado-nación, se vive profundamente desestabilizadora, puesto que el estado-nación es la forma paradigmática en la cual el derecho y la política han sido imaginados en la modernidad. Que éste es el caso, a pesar (o quizás por ello mismo) del hecho de que esta forma puede ser vista como una “concepción de relación de estado-sociedad” en particular, nacida dentro de la historia parroquial de Europa Occidental hecha universal, quizás es una indicación de cuán poco ha cambiado la estructura del sistema global, desde los tiempos coloniales. (Chatterjee, 1993:238). El reto ostensible al estado-nación propuesto por la globalización, ha propiciado debates públicos y de erudi-

¹ Traducido del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte

² Associate Professor of Law at the University of British Columbia. She wishes to thank Peter Fitzpatrick for his generous and supportive editorial advice.

tos en Occidente para re-visitar viejas (y quizás irresolubles) preguntas sobre las bases de la autoridad jurídica. Esfuerzos contemporáneos de re-imaginar soberanía “más allá del estado-nación” han abierto la caja de Pandora de preguntas respecto de la misma naturaleza del derecho, la legitimidad de las fuentes del derecho, y la relación entre la autoridad jurídica y política. Lo que es menos claro, sin embargo, es si estas reconsideraciones incorporarán reflexivamente las perspicacias de los profesores post-coloniales respecto de los orígenes parroquiales de esos discursos ostensivamente “constitutivos”.

Aquí descansa el peligro del desarrollo actual. Tanto como el fenómeno de la globalización es re-enmarcado como un “problema” de teoría jurídica; argumentaría que se convierte en un problema cuya “solución” ya está determinada por los parámetros existentes de un discurso en particular (la teoría jurídica) (Gunther, 2003). Uno puede observar esto como algo muy revelador en el contexto de los debates sobre “constitucionalismo” en el contexto transnacional, donde “el toque de estatalidad” muy a menudo invisible es reconocido como persuasivo (Shaw and Weiner, 2000). Desde luego, muchos de los defensores del constitucionalismo transnacional son no-pesarosos sobre su adherencia a un “vocabulario” establecido o canon de concepciones que “han tomado siglos de desarrollo y refinamiento dentro del contexto del estado” (Walker, 2001:33). Como se sabe, el debate sobre constitucionalismo post-nacional ha germinado en el vivero de los debates sobre la constitucionalización de la Unión Europea, donde “las asunciones normativas acerca de la utilidad del pensamiento constitucional en la promoción del orden, la justicia, y la civilidad en la sociedad y en la política, aún (quizás particularmente) más allá de los lazos del estado nacional”, quizás pueda ser “prácticamente inescapable” (Shaw, 2000:7). Sin embargo, el debate de ninguna manera ha quedado confinado a su rango original. Torciendo la analogía botánica un poco más, uno podría sugerir que el discurso sobre el constitucionalismo post-nacional se ha comportado más como una especie invasora, proliferándose salvajemente en ubicaciones donde no se originó, y donde no se enfrenta a competidores naturales.

Uno encuentra lo que yo identifico como acercamientos “constitucionales”, al preguntar sobre la relación entre “legitimidad” y “legalidad” más allá del estado-nación en una pincelada gruesa de la erudición contemporánea, desde los eruditos constitucionales modernistas referidos previamente, hasta los tratamientos sobre el orden global de los explícitamente “posmodernos”. Mientras eruditos tales como Hardt y Negri abordan estas preguntas en los términos de un paradigma que se mueve hacia formas posmodernas de un orden social, jurídico político, las preocupaciones centrales con el derecho y las políticas, legalidad y legitimidad, permanecen en su lugar. Hardt y Negri decidieron examinar “*la constitución*” del poder de un nuevo mundo supra-nacional, que ellos llamaron Imperio, enmarcando su proyecto, en términos de un “*constitucionalismo global*”. (2001:7). Mientras Hardt y Negri critican el uso de la “analogía doméstica”, como

una herramienta metodológica para el análisis de las formas supra-nacionales de ordenamiento, ofrecen su propia conceptualización de “Imperio” como un avatar posmoderno de soberanía, una formación jurídica supra-nacional emergente que corresponde a los “totalizados” procesos sociales y económicos actuales trabajando en el mundo. La problemática jurídica (en Occidente) permanece en su lugar, a pesar de estar elevada a un nuevo nivel (Buchanan y Pahuja, 2004).

Así, a pesar de la fluida apariencia que caracteriza este momento histórico tal como este momento en la erudición jurídica, también existe una rigidez continua, la persistencia de ciertos tipos de impedimentos sobre nuestra capacidad de imaginar formas jurídicas. Estos impedimentos, infectan un amplio rango de discusiones desesperadas, tales que hasta quienes preconizan esto como un momento de (la pos-moderna) transición, están inadvertidamente atrapados en la reproducción de la forma “moderna” del derecho. Parece como si verdaderamente no “hay un escape del (universal) código de la legalidad” (Gunther, 2003:16). Contra este dilema es que me propongo (inmodestamente) luchar en este artículo.

En lo que prosigue, argumento que, a pesar de que hay estudios constitucionales, ampliamente concebidos, que pretenden ayudarnos a lidiar con los retos de la ley que presenta la globalización, lo hacen de manera implícita, reforzando un limitado y limitante acercamiento a la legalidad transnacional. Contra este fondo, el artículo presentará al pluralismo jurídico como un acercamiento alternativo por el cual uno pueda examinar los cambios en las prácticas de regulación en un mundo globalizado sin prejuzgar sobre la pregunta por la forma jurídica. Articulo mi acercamiento al “pluralismo jurídico” distinguiéndolo del pluralismo “constitucional” o “político”. Lo anterior encuentra dentro del momento actual, una oportunidad de preconcebir radicalmente la producción de legalidades transnacionales fuera o más allá de las jerarquías y exclusiones que han marcado, tanto al estado-nación moderno, como a la historia del sistema inter-estatal, mientras que, el último, está limitado por una dependencia continua respecto de las formas institucionalizadas del derecho y de la nación. Por consiguiente, mientras el pluralismo constitucional es un acercamiento, el propósito del cual es arreglar la diferencia, fracasa en fomentar pluralidad.

En contraste, entonces, con lo que he (ampliamente) identificado como acercamientos “constitucionales”, incluyendo aquellos identificados como “pluralismo constitucional”, este artículo propondrá que el pluralismo jurídico, como una metáfora, como un marco, o como un estilo de pensamiento jurídico, quizás provea una avenida más productiva a través del cual se puede acercar al aspecto represor de la inclusividad y legitimación del derecho en el ámbito transnacional. Este momento excepcional, en el que la teoría jurídica no es “aburrida”, sino, más bien una “actividad que participa en la vida de su objetivo” intensamente atractiva y sobresaliente (Davis, 2002:3), presenta una oportunidad a los estudiosos jurídicos, para *participar* en la emergencia de nuevas formas de legalidad

transnacional. Y somos capaces de re-imaginar su alcance y la “forma” del derecho que hará una diferencia significativa en el futuro de varias legalidades emergentes, las cuales serán nutridas y suprimidas.

2. Constitucionalismo Post-nacional.

Muchos han argumentado persuasivamente que, en los tiempos actuales, es necesario re-imaginar, tanto las políticas, como el derecho, en un marco post-nacional. La búsqueda de un constitucionalismo “post-nacional” ha emergido en respuesta a los “déficits” percibidos de gobernabilidad a nivel transnacional: de la democracia, la legitimidad, la responsabilidad. Es una respuesta que busca dibujar en el profundo pozo de significación que carga el discurso constitucional de Occidente. Como Neil Walker observa, “la idea normativamente continua de constitucionalismo está vinculada a una cadena poderosa y resistente de la significación de una serie entera de valores-democráticos centrales de gobernabilidad, responsabilidad, equidad, separación de poderes, estado de derecho y derechos fundamentales” (Walker, 2002:344). Por esta razón, sin embargo, las discusiones de gobernabilidad transnacional que buscan en su rico legado, pueden también sufrir un grado de ambigüedad. Esto es, el lenguaje del constitucionalismo puede ser movilizado en registros diferentes (institucional o teórico), para extremos dramáticamente opuestos, por un gran número de actores situados diferentemente, quienes, no obstante, trabajan bajo la ilusión de que están participando en un debate común (Cass, 2001:41).

Los debates sobre el cambio del constitucionalismo en la Organización Mundial de Comercio (OMC) son ilustrativos en este respecto. Alumbrado por la “crisis de legitimidad” de la institución, seguida por el muy publicitado fracaso de la Cumbre de Seattle, el cual se caracterizó tanto por la discordia interna, como por las ruidosas protestas públicas, los artículos promoviendo la constitucionalización de la OMC han proliferado en años recientes.³ Esta creciente atracción del constitucionalismo como un marco de trabajo explicatorio para desarrollos actuales y anticipados en un régimen de intercambio internacional, ha sido atribuida a un sin número de factores. En primera instancia, la teoría constitucional convencional provee un elemento de fundamentaciones políticas de una autoridad jurídica legítima, frecuentemente utilizado en el contexto de la OMC. En segunda instancia, la calidad de “manos amarradas” del constitucionalismo apetece a los defensores de un orden global liberal de intercambio, tal como Ernst Ulrich Petersmann, quien ve sus beneficios amenazados por la captura potencial del proceso político doméstico en estados-miembros por varios intereses especia-

³ El debate erudito sobre la constitucionalización de la OMC se expande constantemente, y yo no me propongo un estudio comprensible aquí. Algunas intervenciones claves, sin embargo, incluyen a Cass, 2001, Petersmann, 2000, Howse y Nicolaidis, 2003, Krajewski, 2001, de Burca y Schott, 2001.

les (Petersmann, 2000). Sin embargo, el discurso constitucional es crecientemente entendido como un marco de trabajo dentro del cual los reclamos normativos correspondientes, como los de un coro creciente del no-estado o actores de la sociedad civil, son balanceados y acomodados y, por tanto, apetece a quienes enfocan los objetivos, en el alcance del “comercio” y “otras” preocupaciones: ambiente, labor y desarrollo (Krajewski, 2001). De esta manera, el discurso constitucional en el contexto de la OMC parece ofrecer todas las cosas a todas las personas: primero otorga la legitimidad política al derecho de la OMC, luego lo pone por sobre la contienda de la política, todo el tiempo prometiendo una desapasionada arena para una resolución justa de los desacuerdos normativos fundamentales.

Sin embargo, este trabajo busca moverse más allá de las políticas institucionales comprometidas con la gobernabilidad transnacional, para considerar el cambio del constitucionalismo a otro registro; el de la teoría jurídica. Mientras que las investigaciones jurisprudenciales raramente son una parte explícita de las discusiones contemporáneas de la gobernabilidad “post-nacional”, yo argumentaría que, casi siempre, es una parte significativa de lo que está pasando. Con este objetivo, podríamos proseguir provechosamente una consideración adicional de las “complicidades circunscriptivas” entre la soberanía y el derecho, que corren por debajo de las bases narrativas del derecho constitucional, primero dentro, y ahora más allá del estado-nación (Fitzpatrick, 2003a:431).

El propósito de basar la autoridad jurídica en un acto fundador de voluntad política, la teoría constitucional aparece ofreciendo un tipo de solución “práctica” a “cuestiones espinosas de las fundaciones no-fundacionales” (Teubner, 2004:16). Una constitución es esencialmente una narrativa original que propone unir y autorizar, tanto la autoridad jurídica, como la política.⁴ Como tal, no puede evitar la paradoja, tan elocuentemente puesta por Fitzpatrick, de que “el origen tiene que ser antes y después del punto de origen” (Fitzpatrick, 2003b:48). Una constitución, para poder fundar una autoridad jurídica, lo hace proponiendo basar la autoridad en la voluntad política del “pueblo”, entendida como capaz de actuar como una entidad unificada. Sin embargo, el “pueblo”, no puede continuar existiendo como tal, hasta que no se dé la fundación inaugurada por la constitución. De ahí, el “momento” constitucional debe ser entendido como un tipo de “ficción piadosa” (Hart, 1961:150). Necesariamente presume un orden político preexistente al mismo tiempo que lo trae a existir. “El Derecho Constitucional y el discurso no son simples reflexiones de un orden político anterior, sino implicaciones recursivas en la elaboración de tal orden” (Walker, 2001:39). Este “orden político” (simultáneamente presumido y llamado a existir

⁴ Acerca de las narrativas originarias del derecho, véase las contribuciones de S. Pahuja y J. L. Beard, 2003. También, Buchanan y Johnson, de próxima edición.

por la constitución), es también la fuente de la soberanía tanto para el derecho moderno como para la nación moderna.

Ya debiera ser evidente que la aserción de que en la constitución de estados-nación soberanos encontramos las “bases” del derecho moderno, que no pueden ser tomadas, como sucede frecuentemente en los debates constitucionales, como un reclamo que tiene que ver, ya sea con la verosimilitud, o con la inmutabilidad de esa base. Más bien, es el fracaso de aquellas bases ostensibles, lo que se ha convertido en el sujeto de la pregunta jurisprudencial. En esta vía, mucho del trabajo reciente de Peter Fitzpatrick, entre otros, nos ha revelado en detalle cuidadoso e ilustrativo, la imposibilidad de la mítica convivencia de las bases del derecho, la nación y la soberanía en la modernidad (Fitzpatrick, 2001 y de próxima aparición). Junto con estos lineamientos, he argumentado en otra parte que el derecho y la nación están atados juntos por un aplazamiento de la autoridad fundacional “El derecho requiere que el estado-nación sirva como la suprema fuente de su autoridad, mientras que al mismo tiempo, los estados-nación no pueden llegar a ser sin el derecho” (Buchanan y Pahuja, de próxima aparición). Es verdad que el derecho y la nación juntos son fundamentales en el discurso constitucional, pero no del modo en que los eruditos constitucionales muchas veces se imaginan.

En cuentas convencionales, el primer reto del proyecto de encontrar o crear una “base” para el derecho, más allá del estado-nación, por consiguiente, es muchas veces representado en términos de la necesidad de escapar del “toque de estatalidad”, la analogía (engañosa) con el derecho municipal y estatal. Esto se basa en un viejo pero duradero contraste entre la postulada existencia del derecho en el ámbito municipal, y su deficiente y tenue existencia en el ámbito internacional (Hart, 1961). Sí, como he sugerido, el derecho municipal permite esta percepción, tanto de autonomía, como de estabilidad de su “complicidad constitutiva”, con la nación, el derecho internacional requiere no ser entendido como adoleciendo de alguna carencia respecto del tema del fundamento. Es decir, tanto en contextos nacionales como transnacionales la auto justificante narrativa de los fundamentos del derecho, el proceso de arranque de la autoridad legal, se desenvuelve (y procesa) en esencialmente la misma forma. Eso es, el derecho tiene que contar con alguna noción de una “comunidad” pre-existente de la cual saca su autoridad. Sin embargo, esa comunidad, ya sea “nacional” o “internacional”, solamente puede ser constituida como un “todo”, por la demarcación de lo que el derecho trae consigo en su momento (constitucional) originario. Es por eso, que, frecuentemente, escuchamos innovaciones de una “comunidad internacional” (algunas veces con la apariencia de ser una sociedad civil global) intentando proveer “fundamentos” legítimos a un derecho más allá del Estado (Buchanan y Pahuja, publicación próxima). Y el cambio a un constitucionalismo post-nacional es una extensión de la misma lógica. El problema es, desde luego, que lo que se presume con estas expresiones es, precisamente, el

objeto que debe ser de ese modo llamado a ser. De esta manera, el discurso constitucional en sí mismo toma lugar, más bien, inventa, los buscados “fundamentos” del derecho, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.

No todos los defensores de la “constitucionalización sin Estado, no obstante, comienzan desde la asunción de que la autonomía y autoridad del derecho están definitivamente anclados “dentro” del estado y que el derecho internacional tiene, en contraste, que ser definido, a través de su carencia. Más bien, algunos eruditos han comenzado con un reconocimiento de las continuidades entre el derecho local y el internacional, han enfocado el extenso mundo en el cual el derecho transnacional y la política ya han mostrado muchas cualidades constitucionales⁵. Aquí, el discurso de naturaleza auto-constitutiva o “reflexiva”, no sólo es reconocido, sino enfatizado (Teubner, 2004:7). Esto es, el “mutuo proceso de constitución y contenimiento” del derecho y la política, es reconocido como una necesaria, efectivamente definiente, característica del constitucionalismo (Walker, 2001:34).⁶ Como lo pone Gunther Teubner, “El punto es de continuamente entender el proceso paradójico en el cual cualquier creación de derecho ya siempre presupone los elementos rudimentarios de su propia constitución, y, al mismo tiempo, constituye esto, sólo a través su implementación” (p. 16). Esta relación paradójica es la que mantiene unidos al derecho y la política, necesariamente, ambos juntos y ambos apartados, permitiendo y constriñendo el uno al otro.⁷ La tarea restante a los eruditos jurídicos, entonces, respecto del constitucionalismo post-nacional, es la de identificar y catalogar la evolución de regímenes jurídicos transnacionales en términos de varios índices “constitucionales”, incluyendo la emergencia de normas ordenadas jerárquicamente, un proceso de auto-reflexión o autonomía interpretativa, mecanismos para una representación o “voz” democrática, y, en particular, la existencia de un discurso constitucional auto-reflexivo.

⁵ A pesar de que mis referencias primarias en esta sección son de Neil Walker y Gunther Teubner, mi deseo es dibujar un lineamiento general o “tipo ideal” sobre este acercamiento, que pudiera parecer amable hasta el punto donde los eruditos actualmente están trabajando en asuntos de gobernabilidad transnacional desde la perspectiva constitucional pluralista de Jo Sahw y James Tully. Adicionalmente, sin tener que decirlo, Walker y Teubner representan una muy diferente tradición teórica, pero al yuxtaponerlos de esta manera, apunto a ilustrar el muy amplio atractivo del acercamiento “constitucionalista reflexivo”.

⁶ Walker lo propone de la siguiente manera, “La política en el sentido fundamentalista de los asuntos de una polis— no puede ser concebido sin algún sistema y marco de trabajo de derecho *constitutivo*. Sin embargo, por el otro lado, el derecho constitucional siempre *presupone* algún sistema político anterior— en el doble sentido de requerir una política de contexto pre-existente para su movilización, y sostenimiento y un contexto político re-imaginable [...] en su forma narrativa original”, Walker, 2002:340.

⁷ En el lenguaje de los sistemas teóricos, “enlaces estructurales de largo plazo y normas jurídicas son puestos para [...] El efecto importante de los enlaces estructurales es que retienen, tanto el proceso jurídico, como el proceso social, en su posibilidad de influir”, Teubner, 2004:20.

Mas este abrazo pragmático de la naturaleza paradójica de las bases del derecho, una perspicacia ya central en la muy contemporánea teorización jurídica, aún no responde la pregunta: ¿Qué se busca lograr al volverse al lenguaje del constitucionalismo?. Es aquí donde un proyecto de constitucionalismo post-nacional se revela como un proyecto normativo, y no meramente descriptivo. Reenmarcando los debates públicos y de eruditos en términos constitucionales, para estos eruditos, contiene el potencial de transformar el proceso continuo de la juridificación transnacional, de tal manera, que trae consigo las condiciones para una constitucionalización legítima, de la cual se está careciendo. Como Walker lo pone, “[...] en el análisis final, la dimensión ideológica de las políticas constitucionales [...] no es la enemiga del discurso normativo de un auto gobierno responsable, sino, más bien, su acompañante necesaria, y, por supuesto, una parte central de su contexto generativo (Walker, 2001:53). Para Teubner, es para “garantizar las oportunidades de articular la así llamada lógica no racional de la acción contra la moda de racionalización social dominante, conquistando áreas de autonomía para la reflexión social en conflictos duraderos, e institucionalizándolos” (Teubner, 2004:13). Ambos, Walker y Teubner, aunque desde modelos teóricos completamente diferentes, parece que están basando el argumento a favor del constitucionalismo, sobre las creencias de los efectos saludables del discurso constitucional mismo. Al final, este acercamiento descansa en el deseo de que el constitucionalismo “(abrirá) un debate normativo más rico y productivo”, (Walker, 2001, p. 54).

Por supuesto, el deseo de “abrir un debate más rico” todavía llama a la pregunta de lo que debe ser debatido. Esto es, el regresar a la objeción registrada desde un principio, ¿hasta qué extensión los acercamientos constitucionales reflexivos pre-determinan los parámetros dentro de las cuales la legalidad transnacional deben moldearse?; Dos tendencias conciernen aquí. Primeramente, es la manera en la cual una llamada al constitucionalismo responde bien al discurso de los “déficit” mencionados anteriormente. Esto es, un discurso constitucional postulado como un suplemento, algo que suministrará “más” de lo que sea de que se está careciendo actualmente en legalidad transnacional; la democracia, la responsabilidad, la legitimidad, o hasta el discurso auto-reflexivo constitucional mismo. Relativamente, la llamada al constitucionalismo implica tanto una jerarquía, como una trayectoria de legalidades transnacionales, en donde algunas formas jurídicas emergentes son imaginadas como más completas (de manera constitucional) que otras. Esta trayectoria, la cual pudiera decirse ser paralela a la jerarquía en crecimiento de los estados en el orden *Westphalian*, tiene el efecto de privilegiar ciertas formas jurídicas sobre otras, tales como normas-generación jurisprudenciales, (Cass, 2001). Adicionalmente, los debates constitucionales tienden a enfocarse en entidades altamente formalizadas y juridificadas, tales como la UE y el OMC, mientras que una entidad como el Foro de Debates, de-

dicado a ampliar y democratizar el debate público sobre normas transnacionales, es virtualmente ignorada.

Entonces, ¿cómo es que, aquello a lo que yo estoy llamando “constitucionalismo reflexivo” puede también ser identificado con la preocupación de albergar pluralidad, de tal manera que algunas veces es identificado como “pluralismo constitucional”? (Walker, 2002). Junto con el enfoque sobre la calidad autógena de la forma de constitucionalismo, existe un énfasis en este acercamiento a la capacidad del “constitucionalismo” de rehacerse en una nueva versión, de muchas maneras diferentes. O sea, esta vista sugiere que el constitucionalismo puede ser “desaglomerado” en sus partes o índices componentes, que luego puede ser re-ensamblado de muchas maneras diferentes. Hasta la noción de “soberanía” es desagregada y pluralizada dentro de este concepto (Walker, 346). Este pluralismo formal o institucional está acompañado por otro sentido del pluralismo, un reconocimiento de la necesidad de acomodar, dentro de los varios constitucionalismos, un paisaje político diverso. Esto es, se conecta con un discurso constitucional aspiracional, el cual busca reformar la esfera tradicional intrastado constitucional de las relaciones entre los diversos grupos [...] dentro del estado de maneras que van más allá de aquellas formas jurídicas de identidad política [...] que pueden ser cómodamente acomodadas dentro del marco y carácter constitucional existente (Walker, 2002: 353). En otras palabras, el constitucionalismo reflexivo post-nacional busca ser más radicalmente flexible a la pluralidad que varios modelos de constitucionalismo “multicultural” alcanzados en el nivel municipal. Es decir, los medios bajo consideración para la pluralización política del constitucionalismo, en sí mismos son abundantes, y están más allá del alcance de este artículo ensayo. Debe hacerse notar, sin embargo, que en cierto momento, los requerimientos de “inclusividad” parecen exigir del constitucionalismo una “reflexividad” imposible (Christodoulidis, 2003: 408). Esto es, es función de una constitución, la de representar a una colectividad como un sujeto político soberano. Esta representación es también un acto de creación, un llamado a ser, puesto que el sujeto soberano del derecho no puede existir antes del momento en que es “constituido”. La constitución de un sujeto constitucional, entonces, es un momento de cierre, de contenimiento, y, de ahí, de exclusión. Es difícil imaginar cómo un constitucionalismo transnacional, cuán plural o inclusivo aspira a ser, puede esquivar esta implicación necesaria.

En este respecto, hay un acercamiento adicional al constitucionalismo, articulado más claramente por James Tully, el cual debe ser considerado. El “constitucionalismo agonístico” de Tully, lleva el doble requerimiento de la reflexividad y la pluralidad, a su punto final lógico, potencialmente bosquejando el marco constitucional más allá del reconocimiento. Este autor coloca un irreducible desacuerdo, aun cuando, y tal vez, especialmente acerca de las reglas de reconocimiento o reglas de las reglas, en el corazón del arreglo constitucional, rechazando cualquier noción de “consenso” a favor de un “orden con-

tinuamente conciliado” (Tully, 2002). Mientras la cuenta de Tully merece una consideración adicional de la que yo puedo proporcionar aquí, la utilizo para ilustrar el punto en el cual nos enfrentamos más desprotegidos a los límites de la forma institucionalizada del discurso constitucional en relación con la demanda de la pluralidad. Tully no busca minimizar o contener el reto presentado por las demandas de la pluralidad; más bien, busca ahondar su propio entendimiento, y el nuestro, sobre la “densidad de las relaciones de exclusión y asimilación” actuando en el mundo de hoy (2002: 226). Más significativamente, creo, en contraste con la mayoría de los debates sobre el “constitucionalismo postnacional” que he buscado comprometer en este ensayo, él implícitamente, reubica el sitio del compromiso de los eruditos, más allá de las “instituciones formalizadas de deliberación” de las “prácticas de y para la libertad democrática (que) irrumpen en oposición a la (exclusión) en una multiplicidad de nodulos y redes, y alrededor de la multiplicidad de asuntos” (p. 226).

De muchas maneras, el abordaje de Tully parece más en sintonía con el tenor y la intención de mi propia mirada sobre el pluralismo jurídico, que con el contorno general del constitucionalismo legal que he mostrado hasta el momento. Quizás también pueda ser observado aquí, que el abordaje de Tully, comparte algunas afinidades con los de Hardt y Negri en *Imperio*. Hardt y Negri identifican su proyecto como la formación de una nueva constitución global: “En términos constitucionales, el proceso de globalización no es meramente un hecho sino una fuente de definiciones jurídicas que tiende a proyectar una sola figura supranacional del poder político” (2000:9). En contraste con los enfoques modernos, Hardt y Negri reconocen que el marco de trabajo constitucional de *imperio*, está marcado por una serie de “aporías explosivas” en su núcleo. Estas “aporías” representan la ausencia total de un consenso (aun imaginado, proyectado o deseado) en relación con preguntas fundamentalmente jurídicas de legitimidad, justicia y orden político (2001:20). En este sentido, Hardt y Negri plantean la misma pregunta que hace Tully, sobre los límites del constitucionalismo. ¿Tiene sentido continuar hablando acerca de un marco de trabajo constitucional, cuándo la característica central del marco de trabajo en cuestión es una radical indeterminación? Mientras agradezco los reconocimientos sobre la reflexividad y el pluralismo encontrados en estos enfoques posteriores, me pregunto sobre la percibida necesidad de continuar operando dentro del discurso del constitucionalismo y qué potencial disruptivo que pudieran tener estas contribuciones que pueden contenerse aquí.

3. Pluralismo Jurídico Transnacional.

Nuestro entendimiento del orden jurídico es una parte integral de un mundo complejo del lenguaje, mito y metáfora en el cual vivimos y tratamos de encontrar sentido (Cover, 1983). Yo he sugerido varias maneras en que el dura-

dero mito constitucional, a través del cual la comunidad jurídica y política se encuentra a sí misma perdurablemente, pudiera modular el sentido que le encontramos al orden jurídico transnacional en ciertas instancias. Sin proponer que he avanzado algo como una “teoría” desarrollada en la sección final de este ensayo, deseo proponer, modestamente, el “pluralismo jurídico” como una metáfora alternativa para pensar sobre la legalidad transnacional. Debería estar claro que mis esfuerzos necesitan ser claramente distinguidos de las varias teorías sobre el pluralismo jurídico tal cual es debatido por los eruditos jurídicos, especialmente aquellos en los ramos de la antropología y la sociología jurídica.⁸ Adicionalmente, y en relación con un debate popularizado recientemente, no estoy promoviendo el pluralismo jurídico como una teoría que está particularmente bien adaptada para, o hasta obligada por, un análisis del “global” fenómeno emergente (Teubner, 1997; Snyder, 1999).

Más bien busco especular acerca de cuáles implicaciones podría tener mi cambio metafórico en nuestra capacidad de imaginar formas jurídicas, de lo “constituido” a lo “plural”. Claro que, para poder hacer esto, primero necesito articular más cuidadosamente lo que pudiera ser imaginado como un cambio. Como una “multiplicidad metafórica”, un enfoque jurídico sugiere un número de puntos de partida a partir de un recuento constitucional convencional del derecho. Parte desde el punto de vista de que el derecho es necesariamente forma y que puede ser identificado institucionalmente con la acción estatal. No identifica el derecho exclusivamente con normas puestas, distintas y territorialmente definidas. Y, finalmente, no depende de una construcción dicotómica del derecho y la sociedad (o la política) (MacDonald, 1998:74). En el lugar de la forma claramente específica e identificable del derecho situada dentro de los límites de la teoría constitucional, encontramos en el pluralismo jurídico un punto de vista sobre el derecho (incluyendo el derecho transnacional) como emergiendo de una plétora de marcos de trabajo normativos, frecuentemente en competición (MacDonald, 73).

En contraste, para unificar la imagen del momento constitucional, la imaginación del pluralismo jurídico comprende multiplicidad, heterarquía, y diversidad. El pluralismo jurídico nos permite pensar en la posibilidad de una legalidad transnacional sin un “centro” o jerarquía normativa. Esto es, la relación entre la necesidad de los regímenes regulatorios transnacionales emergentes no deben ser reducidos a una relación necesaria superior/inferior como resultado de la extensión en la cual son más o menos “jurídicos” o “constitucionales”. Más bien, pueden ser entendidos de varias de maneras: superpuestas, discretas, competitivas, interpenetradas, mutuamente constitutivas. De este modo, la discusión pública sobre la emergencia y la evolución de las normas jurídicas

⁸ Para una reconsideración reciente, benéfica, de la literatura sobre pluralismo, véase a Melissaris, 2004.

transnacionales está abierta para incluir un muy amplio rango de mecanismos formales e informales, institucionales y discursivos (Pérez, 2003; 2004).

Una manera en que los debates dentro del marco del pluralismo jurídico pudieran ser más incluyentes, es la manera en la cual prevén la participación de la sociedad civil global. Dentro de los debates de derecho internacional, la creencia en una ya existente “comunidad internacional”, aparece como una necesaria ficción (Buchanan y Pauja, de próxima edición). Esto es porque en acercamientos convencionales, el sujeto jurídico/político (aquí, sociedad civil) sólo puede ser constituido mediante un llamado a formarse en fila (Christodoulidis, 2003: 426). Para plantearlo de otra manera, la “comunidad internacional” del derecho internacional es un contenedor que tiene contornos determinados. Para que una sociedad civil sea contenida dentro de él, tiene que hacerse a la medida. Aquellas partes de la sociedad civil que no quepan, los pedazos “irrupidos”, simplemente son recortados. Para el pluralismo jurídico, en contraste, es la sociedad civil la que moldea el contenedor jurídico/político, tanto como al revés. Así, la presencia o ausencia de un marco de trabajo normativo compartido se convierte en el mismo sujeto de la investigación. Mientras mucho trabajo ha sido hecho para mejor integrar la reconsideración de las preguntas del reconocimiento y la participación en los abordajes constitucionales, el riesgo de manejar estas cuestiones en términos constitucionales, es que se conviertan en sólo otro problema de diseño institucional; en otro detalle procedimental para ser trabajado por los ingenieros institucionales del orden jurídico global. Sin embargo, en el marco del pluralismo jurídico, las respuestas a tales preguntas no están dadas con antelación. Los marcos de trabajo institucionales, el significado de participación y las fuentes de legitimidad pueden, y seguramente serán, múltiples, discutibles y en evolución. Como puede haber ya quedado claro, hay importantes diferencias entre esta formulación de pluralismo jurídico y los debates sobre la importancia, y la necesidad, de contar con el pluralismo político, el cual, usualmente, toma su lugar en el marco constitucional⁹.

La distinción entre el pluralismo político y la pluralidad jurídica es crucial. Pluralismo político, a pesar de abrazar ostensiblemente a la diversidad política, quizá en realidad funciona para contener, inclusive socavar, el reconocimiento del pluralismo jurídico a través de una dependencia implícita, tanto sobre una concepción monista del derecho, como una correspondiente distinción clara entre los ámbitos “jurídico” y “político”. Usualmente esto puede ser visto como

⁹“El pluralismo jurídico en realidad descansa casi sobre la presuposición intelectual opuesta al pluralismo político (democrático). Lejos de simplemente reconocer el pluralismo etnocultural como un hecho de la sociedad y designar instituciones políticas dependientes de un concepto de ciudadanía abstracta para acomodarlo dentro del orden jurídico político monista, el pluralismo jurídico es un concepto radicalmente heterogéneo. El pluralismo no es tan sólo de ciudadanos, es un pluralismo de órdenes jurídicos también —cada uno opera dentro del mismo espacio social y cada uno de ellos existe independientemente de los otros” (MacDonald, 76).

sucediendo en dos maneras. Oren Pérez ha descrito la primera variante como un acercamiento “Westphalian”, donde la política puede ser vista como confinada en un nivel nacional, mientras que el trabajo de las instituciones internacionales es imaginado como primariamente jurídica, y técnica en naturaleza (Pérez, 2003). Este acercamiento es un argumento relativamente común por parte de aquellos que buscan mantener la política pluralista “fuera” del OMC, por ejemplo (Howse, 2002). Pero hasta los abordajes constitucionales pluralistas que buscan integrar el arreglo del pluralismo político dentro del derecho transnacional, y las instituciones frecuentemente evocan una concepción del derecho centrista, en lugar de pluralista. Un ejemplo se encuentra en el planteamiento adoptado por de Burca y Walker (2003), en su rol como editores de una colección de trabajos sobre el tema “El Derecho, la Sociedad Civil y el Gobierno Transnacional Económico”. En su recuento, aunque ellos reconocen los múltiples discursos de la sociedad civil detalladamente, el derecho es representado como un mecanismo central de dirección: “Una pregunta general y dominante concierne a las posibilidades y limitaciones del rol del derecho, en su especificidad institucional y discursiva, dentro del ámbito post nacional [...] el derecho actúa, como un mecanismo de dirección central, inevitablemente organizando a la sociedad civil, de tal manera, que reduce su autonomía” (p. 389). La manera en que la pregunta es planteada aquí, argumentaría que prefigura su respuesta. Si el derecho es concebido tanto centralizado como autónomo, esto es, un ámbito institucionalizado de “coordinación” que existe separadamente de la política, es difícil imaginarlo como capaz de facilitar las políticas múltiples y diversas que actualmente están siendo avanzadas en el ámbito internacional por actores contemporáneos de la sociedad civil global.

En contraste, la metáfora de la pluralidad jurídica facilita un acercamiento reflexivo a una relación entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Esto es, el derecho provee un espacio fluido y en evolución, y un discurso dentro del cual los reclamos normativos competitivos son debatidos, ocultados, negociados, y transados. El derecho y la política no son imaginados como una actividad en ámbitos discretos, con el derecho en la silla del conductor, como si lo hubiera estado. En realidad, están atados juntos en una relación mutua de “complicidad constituyente”. Desde esta perspectiva, podemos considerar como un instante nuevo de la práctica de la política transnacional, tales como aquellos ejemplificados en los varios movimientos transnacionales de justicia social global en el transcurso de la última década, que pueden influenciar los regímenes legales transnacionales, tanto como lo opuesto. La sociedad civil existe y opera desde dentro de manifestaciones más “desorganizadas” y “organizadas”, incluso un foco en su relación con más formas aparentemente constitucionales, tales como la OMC tenderá a reflejar las actividades de las más organizadas organizaciones no gubernamentales, y esas particulares actividades que están específicamente dirigidas hacia la “constitución” de esas instituciones (Christodoulidis, 2003; Buchanan, 2003). La “metáfora de la multiplicidad” sugiere que el dere-

cho no es sólo o necesariamente imaginado de esta manera, como un contenedor “institucional”, de una “política” revoltosa y disruptiva, que es “previa” al derecho, mas debe ser autorizada por el mismo. La forma del derecho, en sí mismo, también tiene que ser entendida de una manera más “desorganizada”, como potencialmente plural, disruptiva, sujeta a la reconceptualización y la transformación. Sin embargo, esto no quiere decir que unitaria o constitucionalmente, las concepciones del derecho sean falsas. Más bien, mi intento ha sido elaborar una metáfora de pluralidad jurídica en respuesta a lo que percibo como una tendencia dominante hacia representaciones constitucionales unificadas del derecho.

Sin embargo, creo que este momento, en que las preguntas fundamentales del derecho, preguntas relacionadas con la “autoridad de autoridades”, parecen abiertas una vez más a la consideración, presenta una oportunidad. El permitirnos reimaginar las instituciones jurídicas y políticas transnacionales, observando- las desde la metáfora del pluralismo jurídico, creo, puede permitirnos percibir formas de derecho “global”, tal vez desde lugares inesperados. Los autores de estas formas nuevas de derecho global, bien pudieran ser esos “seres críticos”, aquellos que, como los refugiados o migrantes ilegales, se encuentran ocupando los espacios más inhóspitos e intersticiales del orden transnacional, a quienes les es negado la protección de una norma establecida o determinante (Fitzpatrick y Tuitt, 2004). Como estos nuevos “sujetos globales”, las nuevas formas de “derecho global”, bien pudieran emerger de una mirada de fuentes no marginales, improbables o desacreditadas.

El derecho hace una promesa al mundo, tanto de pluralidad como de inclusividad, una promesa dual, la cual debemos continuar buscando para realizarla en el ámbito transnacional, aún cuando sus fracasos son claramente más patéticos que nunca. Como teóricos jurídicos, aunque no podamos cambiar el mundo o sus leyes, podemos escoger las metáforas a través de las cuales podemos representarlas. La metáfora es un medio con el cual podemos continuar insistiendo sobre la necesidad de abrir para cuestionar, la extensión en que las actuales formas y marcos de trabajo del derecho transnacional realizan nuestras aspiraciones de ello. Esta apertura para cuestionar es una “tarea permanente”, una que eternamente rehúsa a aceptar alguna afirmación terminante de la pregunta por la fundación de la autoridad jurídica.¹⁰

¹⁰ La frase “tarea permanente” es de James Tully. Aunque yo haya hecho nacer preguntas sobre su adhesión al lenguaje y el marco de trabajo del constitucionalismo, estoy de acuerdo con su elegante formulación de nuestro orden social y jurídico, como un trabajo permanente de progresión; “siempre estamos en la posición de comenzar nuevamente el trabajo permanente de empujar los límites de nuestra libertad por medio de nuestra libertad” (2003:228).

Bibliografia

- Buchanan, Ruth and Pahuja, Sundhya (2004) "Legal Imperialism: Empire's Invisible Hand?" in Paul A. Passavant and Jodi Dean, eds., *Empire's New Clothes: Reading Hardt and Negri* (Routledge: NY and London.)
- Buchanan, Ruth (2003) "Perpetual Peace or Perpetual Process: Global Civil Society and Cosmopolitan Legality at the World Trade Organisation" *Leiden Journal of International Law* 16 :673-699.
- and Rebecca Johnson, (forthcoming) "The *Unforgiven* Sources of International Law: Nation-building, Violence and Gender in the Western" Doris Buss and Ambreena Manji, eds. *International Law: Modern Feminist Perspectives* (Hart: Oxford).
- and Sundhya Pahuja, (forthcoming) "Law, Nation and (Imagined) International Communities" *Law Text Culture*.
- Cass, D Z, (2001) "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *European Journal of International Law*, 12(1), pp.39-75.
- Chatterjee, Partha, (1993) *The Nation and its Fragments: Colonial and Post Colonial Histories* (Princeton University Press, Princeton, N.J.)
- Christodoulidis, Emilios, (2003) "Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society", *European Law Journal*, 9(4) pp. 401-432.
- Cover, Robert, (1983) 'Nomos and Narrative' 97 *Harvard Law Review* 4.
- Davies, Margaret (2002) *Asking the Law Question: The Dissolution of Legal Theory* 2nd Edition (Lawbook Co.: Sydney)
- de Burca, Grainne and Walker, Neil (2003) "Law and Transnational Civil Society: Upsetting the Agenda?" 9:4 *European Law Journal* 387-400.
- Fitzpatrick, Peter, (2001) *Modernism and the Grounds of Law* (Cambridge University Press: Cambridge)
- (2003a) 'gods would be needed...' American Empire and the Rule of (International) Law 16:3 *Leiden Journal of International Law* 429-466.
- (2003b) 'Breaking the unity of the world: Savage Sources and feminine law' *Australian Feminist Law Journal*, 19 pp. 47-60
- (forthcoming) "we know what it is when you do not say it: The Unchallengeable Nation" *Law, Text, Culture*.
- and Tuitt, Patricia, (2004) "Introduction" in Peter Fitzpatrick and Patricia Tuitt (eds.) *Critical Beings: Law, Nation and the Global Legal Subject* Ashgate: Aldershot.
- Gunther, Klaus, (2003) "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory" unpublished manuscript, <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/gunther.pdf> (last visited September 27, 2004).
- Hart, H.L.A., (1961) *The Concept of Law* (Clarendon Press).

Hardt, Michael and Negri, Antonio, (2001) *Empire* (Cambridge: Harvard University Press).

Howse, Robert, (2002). "From Politics to Technocracy - And Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime." *American Journal of International Law* 96: 94-117.

Howse, Robert, and Nicolaidis, Kalypso, (2003) "Enchancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?" in Marco Verweij and Tim Josling (eds.) *Deliberately Democratizing Multilateral Organizations, Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions* 16:73-94.

Krajewski, Martin (2001) "Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law" 35 *Journal of World Trade* 167-186.

MacDonald, Roderick, (1998) "Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism" 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 69-91.

Melissaris, Emmanuel, (2004) "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism" 13(1) *Social and Legal Studies* 57-79.

Pahuja, Sundhya and Beard, Jennifer, eds. (2004) *Divining the Source: Law's Foundation and the Question of Authority* (Griffith University Press).

Perez, Oren, (2004) *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict* (Hart: Oxford).

—(2003) "Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law" *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10:2, pp. 25-64.

Petersmann, Ernst-Ulrich (2000) "The WTO Constitution and Human Rights" *Journal of International Economic Law* 3:1.

Shaw, Jo, (2000) "Process and Constitutional Discourse in the European Union" 27 *Journal of Law and Society* 4-37.

Shaw, J. and Weiner, A., (2000) "The Paradox of the European Polity" in M. Green Cowles and M. Smith (eds.) *State of the European Union 5: Risks, Reform, Resistance and Revival* (OUP: Oxford).

Snyder, Francis, (1999) "Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Law" 5 *European Law Journal* 4:334-374.

Teubner, Gunther, (2004) "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?" in Joerges, Sand and Teubner, eds. *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart: Oxford) 3-28.

—(1997) "Global Bukowina': Legal Pluralism in World Society", in Gunther Teubner ed., *Global Law Without a State* (Aldershot: Brookfield, USA) 3-28.

Tully, James, (2002) "The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy" *Modern Law Review* 65:204-228.

Walker, Neil, (2001) "The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key" in G. de Burca and J. Scott, eds. *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues* (Hart: Oxford).

—(2002) "The Idea of Constitutional Pluralism" 65:3 *The Modern Law Review* 317-359.

EL DERECHO COMO MEMORIA COLECTIVA

REFLEXIONES EN TORNO DEL IMAGINARIO JURIDICO EN LA JUSTICIA POPULAR

DANIEL NINA¹

You are talking about memories.
Decker (*Blade Runner*, 1982/1992)²

Resumen: El presente escrito analiza la manera en que el derecho popular se apropia del derecho positivo. En tanto acto de recuerdo, de memoria, muestra la forma en que la norma alternativa constituye la reminiscencia del derecho del Estado en al menos tres aspectos: los conceptos de tribunal, de procedimiento, y de contenido sustantivo.

Resumo: O presente escrito analisa a maneira em que o direito popular se apropria do direito positivo. Em tanto ato de lembrança, de memória, mostra a forma em que a regra alternativa constitui a reminiscência do direito do estado em à menos três aspectos: os conceitos de tribunal, de procedimento, e o conteúdo sustantivo.

Abstract: The written present analyzes the way in which the popular right appropriates of the statute law. While act of recollection, of memory, it shows the form in which the alternative norm constitutes the reminiscence of the right of the State in at least three aspects: the concept of the court, of procedure, and the substantival content.

1. La memoria de la sobrina

En la película *Blade Runner* (dirigida por Rigdley Scott, 1982/1992) hay un pequeño segmento en la cual Decker, el perseguidor de los humanoides, dialoga con Captain Bryan, el jefe de policia perseguidores de éstos. Es en ese momento, cuando Decker comprende que las memorias, llamadas *implants* [implantes], que tienen los humanoides, llamados *Replicants Nexus 6* en la película, de sus primeras experiencias de vida, de sus experiencias en cuanto a la vida familiar, a las lecciones primarias del piano, les permiten desarrollar la empatía humana

¹ Facultad de Derecho Eugenio Maria de Hostos, Puerto Rico (Doctorado en Teoría Social del Derecho por la Universidad de Kent, Canterbury, 1991), fdnina@hotmail.com.

² La película *Blade Runner* (dirigida por Rigdley Scott, 1982) tiene varias versiones. Aún reconocemos de forma prioritaria la versión comercial original de 1982. No obstante, la versión *director's cut* (versión sin editar del director) que se distribuye en 1992, es la que se ha hecho más popular y exitosa, la cual la ha llevado a nivel de cine *cult*.

necesaria para ser, por lo menos, felices.³ A fin de cuentas, y según Decker lo interpreta, los humanoides guardan las memorias de las sobrinas de Dr. Tyrrell, por ser estas humanas, y haber participado en los procesos de socialización que les ayudan a verse en su dimensión existencial básica.

Lo interesante de esta anécdota del clásico del cine *cult*, es en la referencia a la memoria como parte del ejercicio de la identidad humana. La memoria, distinta del hecho reconocido como histórico, es nuestro recuerdo de un evento, de algo, no precisamente como pasó, sino como nos acordamos. En esta medida, la memoria es una apropiación individual, y a su vez colectiva, de las experiencias y fenómenos sociales según son percibidos.

Desde esta perspectiva, la memoria nos sirve para definir referentes sociales en cuanto a cómo hemos sido en el pasado, y cómo deberíamos ser en el futuro, o, por lo pronto, aproximándonos a la conversación desde la perspectiva de los comportamientos sociales aceptables. En este sentido, la memoria nos sirve de guía para recordarnos cómo debemos ser, en función de como hemos sido.

Como las sobrinas del doctor Tyrrell, las memorias implantadas o aprendidas, sirven para recordarnos cómo tocar una melodía musical, cómo a su vez, para recordarnos cuál es el orden social aceptable. Por tanto, muchas veces actuamos, no a partir del conocimiento preciso que poseamos, sino a partir de las memorias colectivas que hemos ido adquiriendo y que nos han servido de forma práctica en los procesos de socialización. Por ende, la memoria, colectiva o individual, como a la sobrinas del doctor Tyrrell, nos permite saber cómo debemos comportarnos de forma socialmente aceptable.

2. Contexto

Hace unos años, mientras trabajaba de investigador en comunidades negras y pobres de África del Sur, me preguntaba cómo se inscribía, o re-inscribía, una memoria del derecho positivo allí en la calle de la comunidad.⁴ ¿Cuál, si alguno, era el recuerdo de la gente del derecho positivo que en aquel momento era reflejo del apartheid?

Lo interesante que descubrí, fue el hecho de que la gente, en las comuni-

³ No es posible abordar en este ensayo la/s temática/s que se desarrollan en el film *Blade Runner*. No obstante es importante destacar que el mismo abarca temas tan diversos como el existencialismo (filosofía), el derecho a la vida (ética), clonificación (medicina), seguridad y justicia (criminología) y otros. Para un interesante análisis, véase: Sammon (1996).

⁴ En África del Sur he vivido desde 1991 hasta el presente. No obstante, y de forma continua permanecí en dicho país entre 1991 y 1998. Durante esos primeros años me dediqué a investigar sobre el tema de formas populares de justicia y de seguridad. En esta medida desarrollé trabajo teórico y práctico a lo largo de todo el país, y en más de una docena de comunidades. A estos fines véase Nina (1995), Schärf y Nina (2001), y Alberdi y Nina (2002). En estos trabajos documenté las distintas variantes de formas populares de justicia en África del Sur, su relación con el estado, y la reproducción del orden simbólico de la justicia del estado que estas formas populares de justicia realizan.

dades negras, para las cuales el apartheid, en muchas, ocasiones era sinónimo de injusticia, utilizaban los referentes del derecho positivo realmente existente, para imaginar un derecho alternativo. Esto, sin lugar a dudas, era un hecho curioso, pues se trataba de los famosos *implants*, los cuales se mencionan en la película *Blade Runner*, y que hacen pensar, muchas veces, que nuestra forma de operar en el presente, está basada en un ejercicio colectivo de la memoria.

De esta forma, en muchas de las comunidades de África del sur, la gente comenzó a utilizar un derecho popular cuya simbología, o fuente primaria de cómo se organiza la justicia, tenía que ver, más que nada, con las formas de organización y disposición de la justicia tradicional. El referente, en este sentido, era la justicia del estado.⁵

¿Por qué es importante reconocer el referente primario del derecho? Me parece que mi experiencia de África del Sur me permite ver cómo, en una sociedad de desigualdades, lo que el derecho formal/estatal hizo, fue definir los parámetros a partir de lo cual surgiría el derecho alternativo. Parámetros que definen las formalidades de cómo se “hace el derecho” *vis a vis* de del contenido sustantivo de dicho derecho.

Cuando Decker le contesta al capitán Bryan, en *Blade Runner*, “*you are talking about memories*” (usted está hablando de las memorias), me parece que algo similar entra en juego en esta conversación en torno del asunto de la memoria individual o colectiva, y los recuerdos. Nunca sabemos de qué trata el derecho, por lo menos eso creo hoy, pero sí guardamos este recuerdo de lo que nos han transmitido unos y otras, en cuanto a su forma de ser (procesal), y su forma de influenciarnos (sustantiva).⁶ En esta medida, el derecho, en su forma positiva estatal, es un ejercicio diario de recuerdo⁷.

Nunca sabremos qué, con exactitud, dice la ley. Pero si sabremos que la misma yace en nuestra memoria de una forma u otra, y que nuestras relaciones

⁵ Recojo aquí las experiencias del trabajo realizado durante el 1991 y 1998. En particular, quiero abordar esta conversación desde la perspectiva de un caso en particular que estudié. Éste es el de un residencial de obreros migrantes en la provincia de KwaZulu Natal (en aquel momento, 1992, la provincia de Natal), donde vivían alrededor de 10,000 obreros y obreras, y donde desarrollaron un sistema de manejo de conflictos llamado el *Ethekwini Committee of Concern* (El comité de agravios de la ciudad de Durban).

⁶ Recojo en este momento el trabajo de la profesora Martha Minow, y el trabajo que ha venido realizando en torno del rol de la memoria en la construcción de la identidad jurídica (Minow, 2002). A su vez, véase, Teitel (2000).

⁷ Me parece que el trabajo en América Latina (desde México) de Oscar Correas está muy cercano al diálogo intelectual que aquí planteo. En particular, en su trabajo en torno al pluralismo jurídico, éste indica lo siguiente: En realidad, lo que sucede es que, al lado del discurso del derecho, se produce cotidianamente un discurso paralelo - en rigor, miles de discursos - de validación del primero. Un discurso que no integra el discurso del derecho, y cuya efectividad depende del prestigio o la fuerza dada por ningún hombre. Encontrará que ése, o éstos, actuaron en virtud de la fuerza de que disponían, luego de la derrota militar de otros, a quienes vencieron - tal vez [para] lograr la independencia, despojaron, expulsaron, esclavizaron o mataron. (Correas, 2003:113-114).

colectivas viven recordándonos, diariamente, de qué trata el derecho. La palabra precisa de lo que abarca la ley, el derecho y su interpretación, se torna en un asunto de los especialistas (abogadas y abogados, jueces, fiscales y policías). Pero desde la perspectiva de la apropiación popular del mismo, el derecho es un acto de recuerdo, de memoria.

Por tanto, creo que como la *replicant* llamada Rachel en *Blader Runner*, quien toca melodías de piano sin saber que tocaba el piano, debemos pensar que “*the nices of Dr Tyrell*” (como hace referencia Decker a las sobrinas de Tyrell), son las que efectivamente legaron una memoria a Rachel la cual fue implantada en su mente. Es decir, Rachel como sujeto de individualidades goza y crea una memoria; a su vez, las memorias de las cuales esta *replicant* participa representan un legado de memorias colectivas apropiadas de otras personas [las sobrinas]. De esta forma, somos concientes de algunos actos en los cuales participamos. A su vez, participamos de formas sociales de ser, las cuales, inconsciente o conscientemente, nos hemos apropiado de otros.

Por tanto, el derecho nunca es lo que deseamos que sea. Tal vez el derecho es más lo que recordamos del mismo. Como un ejercicio de colectividades, la aplicación e interpretación de la norma del derecho, tiene poco qué ver con su dominio escrito (en los códigos, por ejemplo), sino tiene que ver más con el recuerdo, con nuestra memoria. No obstante, y en su apropiación popular, desde la mirada de Foucault (1980), Santos (1985) y Fitzpatrick (1992), el derecho popular se torna en ese rescate y/o apropiación del derecho positivo. La justicia popular tiene un espejo en el derecho positivo, a pesar de que la visión que se reproduce no es igual a la original (Nina, 1995; Alberdi & Nina, 2002).

3. Fuera del derecho

La imagen del derecho, desde su perspectiva formal, tiene que ver con el rol, definición y función que la modernidad/modernizante produjo a través del estado. Esta modernidad es la que nos permite relacionar al estado, siempre llamado moderno, con su mecanismo vinculante llamado derecho.⁸

Desde esta perspectiva, el derecho, en su forma simple de interpretarlo, no es más que reflejo de las necesidades del estado. Por otro lado, el derecho es, a su vez, reflejo de ese encuentro de luchas, aún sociales y políticas, lo cual lo lleva a reflejar en distintos momentos la correlación de fuerzas sociales, dominantes o no, que ejercen algún tipo de presión sobre la definición de cual es el rol

⁸ El debate sobre la modernidad y el rol modernizante del estado, es uno de no acabar. No obstante, me parece que es bueno ubicar ese debate dentro del modo de producción dominante [capitalista] y ver como éste desarrolla formas sociales de organización a veces centrales, a veces periféricas. A estos fines, la modernidad ha estado supeditada a los fines del modo de producción. Para una mirada crítica del debate, vease: Hart y Negri (2000).

del derecho y en particular de la definición jurídica.

A su vez, desde la perspectiva de la definición del derecho en el Siglo XX, éste tiene que haber sido visto como uno que define los parámetros de las reglas sociales a partir de su poder en el ejercicio de la fuerza y coerción. Ya sea visto a través de Kelsen (1991) o a través de Hart (1982), el derecho se cumple porque es un acto de voluntad colectiva el deber de cumplirlo, o por que se trata de una obligación la cual nos vemos compelidos a realizar.

Ahora bien, desde fines de la década de 1980, se comenzó a dar un nuevo debate en torno del pluralismo jurídico, el cual nos invitó a reflexionar en torno del derecho, fuera del derecho. Ése otro tipo de derecho con el cual se cumple, no porque se trata de derecho, en su forma positiva, sino porque él mismo surge y vive a partir de lo que Foucault llamó la sociedad disciplinaria. La contribución de Merry (1988) al nuevo pluralismo jurídico, y de otros autores como Fitzpatrick (1988) y Santos (1985), nos ayudaron a entender cómo se configura un derecho a partir del otro derecho.⁹

No obstante, siempre me he quedado con la duda del contenido valorativo, práctico y a su vez ontológico de ese otro derecho (Schärf y Nina, 2001; Rivera Lugo, 2004). Sencillo, apostar con Foucault, que el mismo es meramente un efecto subordinado al mundo disciplinario (Foucault, 1980).¹⁰ De dónde surge su base fundacional, es la pregunta que nos debemos de hacer. O para ponerlo de otra perspectiva, la capacidad de agencia (transformación y acción) de los residentes de comunidades negras en África del Sur, no puede ser reducida a la voluntad del poder disciplinario del estado y el derecho. Habría que darle a estos residentes, sujetos de micro-soberanías, la capacidad de transformar lo real (Nina, 1995; Correas, 2003).¹¹

⁹ Aunque reconozco el valor de la contribución de los autores citados en el texto, me parece que el trabajo de Eberhard enriquece aún más el debate contemporáneo en la medida en que ve la relación entre el derecho del estado y el derecho alternativo de forma dialógica, es decir dinámica y multi-referencial. Desde esta perspectiva él habla de un “pluralismo sano” el cual se enriquece mutuamente de su contraparte, tanto en la forma de derecho de estado como en las formas no estatales de justicia (Eberhard, 2002).

¹⁰ Hago referencia al las famosas lecciones del “7 y 14 de enero de 1976 en las cuales Foucault discute la relación entre derecho y soberanía y norma y disciplina. En el ámbito del derecho popular, no obstante, en su “Debate con los Maoístas”, Foucault fundamenta su discusión a partir del rol que ha ejercido la burguesía en definirnos los parámetros de la justicia. De esta forma, Foucault hace alusión a la metáfora de la “mesa” para aludir a que provisto que esta exista, seguimos adentrados en la lógica burguesa (ambos ensayos en Foucault, 1980).

¹¹ Me parece éste punto de relevancia para explorar, desde la perspectiva de los excluidos, cómo se constituyen las resistencias al ordenamiento dominante. En otras palabras, sugiero que al reproducir un orden social en el mundo de lo local en las comunidades, éstas se apropian de los significantes originales y crean otros significados, que no tienen nada que ver con el original, salvo la imagen inicial. Al desvirtuar la corte, por ejemplo, y reproducirla al nivel local, las comunidades liberan lo opresivo y producen un discurso de acción y resistencia de forma simultaneo. Esto, no obstante, como he apuntado en otro momento, no quiere decir que el discurso y práctica creado no sea de resistencia y de

Desde esta perspectiva, por lo pronto a partir del caso de África del Sur, se puede pensar que existe un derecho fuera del derecho, que se apropia del mismo, y que intenta reformularlo, de forma actual y presente, a partir de una memoria del referente original (Minow, 2002; Teitel, 2000). Es decir, la justicia popular, en el caso de África del Sur, inventa un derecho fuera de un derecho. Un derecho base, que es un acto de la memoria colectiva: cómo es que se hace en un tribunal del régimen del apartheid, resulta ser la pregunta popular que se hacen los residentes de dichas comunidades.¹²

Pero me parece que el caso de África del Sur debe de servir de ejemplo para ilustrar la conversación de qué hacer al tratar de interpretar al derecho positivo realmente existente. En otras palabras, y reformulando la ecuación de Kelsen (derecho como obligación, 1991) y la de Hart (derecho como coerción, 1982) deberíamos pensar que participamos del derecho porque el mismo se cumple, en muchas ocasiones como parte de un recuerdo al cual todos, de una forma u otra, nos adscribimos sin tener claro de qué consta en su forma esencial dicho derecho.

Nunca sabremos, desde la perspectiva legal, de qué trata precisamente el derecho. No obstante, sí viviremos dentro de un recuerdo el cual nos guía continuamente y al cual nos sumamos indiscriminadamente.

4. La comunidad y su derecho

Dentro del trabajo de base que realicé en África del Sur entre 1991 y 1998, participé como investigador, y como organizador de proyectos de base, en torno de formas populares de justicia. En esta medida, de una forma u otra, el interés era conseguir entender cómo desde la perspectiva de los excluidos, se había construido o reconstruido la memoria del derecho del estado. En los hallazgos encontrados durante la investigación, se descubrió que, con múltiples modificaciones y adaptaciones locales, el derecho del estado era el referente organizador principal.

Para los miembros de las estructuras de organización comunitaria, responsables de los asuntos de justicia y seguridad, el referente del cual calcaban muchos de los procesos “jurídicos” era la corte de justicia tradicional del estado. En la lógica de Foucault (1980), habían reproducido una justicia burguesa, la cual, en ausencia de los formalismos tradicionales, había logrado reproducir con suma creatividad símbolos de este otro sistema.

En la cultura popular, no se necesitaba tener un tribunal de justicia tradi-

opresión a la vez (Nina, 1995).

¹² Es importante destacar que realizo estas reflexiones a partir de mi memoria, recuerdo y notas de investigación de los procesos de justicia popular previos al cambio democrático de África del Sur en 1994, cuando aún imperaba el régimen del apartheid, el cual fomentaba la segregación racial basada en el privilegio a las personas de raza blanca.

cional para tener acceso a la justicia. Tampoco era requerida la presencia de un juez, una fiscal, o un alguacil para lograr que el escenario reproducido a nivel local tuviera los principios de la justicia y legalidad formal, es decir la legalidad a partir del estado.¹³ Lo que se necesitaba era el recuerdo, la memoria, de cómo se conducían los procesos en la corte de justicia del estado. A partir de este momento, el rescate garantizaba re-crear la imagen sin tener el contenido preciso. En otras palabras, las formas populares de justicia lograban crear una corte sin el elemento racial opresivo; crear una lógica de legalidad, sin tener que tener la fuerza y coerción para ejercer su poder (Nina, 1995:36).¹⁴

Esta relación entre memoria y acción, es importante toda vez que las comunidades, como ha ocurrido en otros lugares (Teitel, 2000), se apropian del estado de derecho dominante, el cual es injusto, opresivo y negativo para éstas, y lo transforman en un nuevo paradigma que les sea de utilidad.¹⁵ Es similar esta conversación a lo sugerido por Correas en el derecho indígena en México (2003), o a lo que sugirió Mamdani en el caso del derecho colonial y el ejercicio de formas populares de justicia y gobierno por el colonizador en África, donde se creó un sistema bifurcado de sociedad gobernado por dos tipos de derecho: derecho occidental para el colonizador, y derecho tribal para el colonizado (Mamdani, 1996).

De una forma u otra, en la “apropiación” de los signos de la justicia burguesa, retomando el discurso de Foucault, surge a partir de esa memoria la posibilidad de un derecho más justo e igualitario para las comunidades. No obstante, esta aspiración, como todo, es un momento del imaginario al cual se aspira, pero no necesariamente es un acto realizado o realizable. En las contradicciones de las

¹³ Utilizo el término de legalidad formal, haciendo referencia a los mecanismos jurídicos del estado, tanto tágibles como simbólicos. Es decir, a la corte, a la figura del juzgador, a los procedimientos substantivos y procesales representativos de la ley, etcétera.

¹⁴ El trabajo de investigación que realicé durante los años de 1991 a 1998, me llevó a conducir investigaciones en cerca de 15 comunidades alrededor del territorio nacional de África del Sur. Este trabajo de investigación se ha documentado en dos colecciones de libros (Nina, 1995 y Schärf y Nina, 2001), como a su vez en sobre una veintena de artículos de revistas internacionales (por ejemplo, Alberdi y Nina, 2002). Me parece que lo importante es destacar que de forma contradictoria, las comunidades investigadas de forma consistente establecían formas de justicia popular fuera de los mecanismos de la justicia estatal. No obstante, y de forma bastante consistente, calcaban sus modelos populares a partir de los modelos estatales.

¹⁵ La relación entre justicia estatal y justicia popular, en la cual la última se apropia de formas simbólicas de la legalidad formal, no es exclusiva de África del Sur. A manera de ejemplo, en Rwanda, ante el genocidio de 1994 en el cual fueron asesinadas 800 000, a través de la Organización de las Naciones Unidas surgió el Tribunal Penal Internacional de Rwanda (sesionando en Arusha, Tanzania) para explorar el alcance del genocidio y llevar ante la justicia a los responsables. No obstante, este proceso legal incorporó formas populares de justicia para enjuiciar a los “subordinados” que ejecutaron las ordenes de aquellos en el poder durante el genocidio. Utilizando tribunales populares, se reprodujo una corte estatal dentro de una estructura popular. A su vez, en las sociedades en transición pos-régimen autoritario, ha sido interesante ver cómo la nueva justicia pos-régimen, utiliza los símbolos e instituciones del pasado, para afirmar una nueva justicia (Teitel, 2000).

luchas sociales a nivel comunitario, se crea la posibilidad de libertad paralelo a la posibilidad de ser a su vez agente de opresión.¹⁶

Aunque sea en la forma benigna, o en la maligna, las fórmulas populares de justicia se basan en un recuerdo del derecho formal. En esta medida, como discutiremos a continuación en torno de África del Sur, y como bien lo examinó en su momento Foucault, las formas populares no logran escaparse de la justicia burguesa, la cual, de una forma u otra, niegan. Se trata, como apuntó Fitzpatrick (1992) en el pasado, de la “imposibilidad” de la justicia popular.¹⁷ “Imposibilidad” que las lleva, en muchas ocasiones, a pretender ser revolucionarias y transformadora del orden jurídico de corte burgués y estatal, cuando en esencia son otra forma adicional de poder de corte conservador.

5. En un residencial de obreros

Más de 10 años después, me aproximo a esta particular experiencia social desde la perspectiva de mi memoria del evento, como a su vez desde la perspectiva de las notas, apuntes y escritos como investigador. En la comunidad de Clermont, en las cercanías de la ciudad de Durban, en la entonces provincia de Natal (1992, a partir de 1994 la provincia de KwaZulu Natal), me adentré en el mundo de los residenciales de obreros y obreras, llamados *hostels*. En este caso particular, iba con el interés de explorar la estructura de manejo de conflictos intra-residentes, una expresión de justicia popular, la cual había sido acosada e intervenida por el nefasto batallón 32 del entonces Ejército de África del Sur.¹⁸

El residencial contaba con un Comité de Agravios de la Ciudad de Durban (*Ethekwini Committee Concern*) el cual trataba de un formato abierto de participación popular donde los residentes participaban de forma sistemática los lunes y jueves en la noche, dilucidando controversias intra-comunidad. Se trataba de un foro permanente, donde los lunes por la noche, una asamblea de residentes

¹⁶ Esta línea de pensamiento fue explorada por Schärf y Ngcokoto (1990) a principios de la década de 1990, cuando analizaban el concepto de justicia “prefigurativa” como imaginario de la justicia post-apartheid en África del Sur. Lo interesante de la investigación realizada por ambos autores, es el hecho de reconocer que, de la misma forma en que se organizaron expresiones de justicia popular, como visión de la justicia del futuro (es decir, democráticas, participativas y justas), las mismas se degeneraron en nuevos centros de poder y abuso de derechos fundamentales de los que eran procesados.

¹⁷ El debate de Fitzpatrick (1992), entre otros argumentos, parte de la premisa del hecho que como ideario/visión la justicia popular confronta una imposibilidad en su ejecución —toda vez que es “perseguida” por su definición original de la justicia formal, de corte burguesa.

¹⁸ Se trata de la historia según la analizada en el capítulo cuatro de mi libro sobre justicia popular en África del Sur (Nina, 1995:36-44). Fue una experiencia, particular toda vez que la intervención del ejército dejó muy maltrecha a la comunidad, y asustada ante la presencia de terceros. Por tanto, mucho del trabajo realizado en el trabajo de campo, lo realizó mi asistente de investigación, el Sr. Nathi Ngcobo. Lo importante a destacar fue el hecho de que la comunidad cerró filas contra toda presencia externa a su entorno.

escuchaba, ante una mesa presidida por dos miembros (presidente y secretario), quejas y agravios intra residentes. Una vez presentada una queja y/o agravio, se convocaba a una reunión de seguimiento para el jueves, a la cual se citaban formalmente a las partes involucradas en la controversia.

Los jueves, el presidente abría el proceso, y se escuchaba a la parte querellante contar su versión de la historia. Luego se recibía la respuesta de la parte querellada. Una vez oídas ambas partes, el plenario (*the floor*) iniciaba, a partir, de ahí una discusión explorando los pros y contras de cada argumento. Una vez llegado a un consenso de los hechos, según era resumido por el presidente, se abría otra conversación para explorar qué tipo de “condena” establecer. Lo cierto es que las “condenas” aplicables, transitaban fundamentalmente por la excusa personal, compensación monetaria, trabajo comunitario y en el peor de los casos sanción física (latigazos).¹⁹ La pena de muerte se había limitado considerablemente y, aunque podía ser invocada en asuntos de alegados colaboradores con el régimen del apartheid, o para actos de gravedad (violación sexual y homicidios), la misma se utilizaba de forma poco frecuente.

Desde la perspectiva del análisis de la memoria colectiva, los símbolos apropiados por esta estructura se pueden explorar de la siguiente forma:

Primero, el concepto del tribunal. Se trataba de un foro organizado a partir de un presidente y asistente, el cual abría procesos e indicaba las etapas del procedimiento. La mesa a la cual hizo referencia en su momento Foucault, queda reproducida como símbolo de poder, autoridad y centralidad.

Segundo, el concepto de los procedimientos (o reglas procesales desde la perspectiva ideológica del derecho estatal) queda consagrado en este tribunal popular. Las reglas, aunque no escritas, se tornan en un saber generalizado que parte de la premisa de que primero se inscribe un asunto, y luego debe haber una vista para argumentar sobre el mismo. Desde esta perspectiva, del referente del derecho estatal, independientemente de que sea un recuerdo continuo de los que participan en este tribunal popular, se guarda como parte de una memoria colectiva la cual reproduce una legalidad de otro tipo. No obstante, es importante destacar que el mismo surge a partir del recuerdo de los procesos formales de justicia, los cuales se inclinan altamente en torno de reglas de procedimiento estatales.

Tercero, los principios de lo que en derecho constitucional estatal se llama debido proceso de ley, se adentra de forma simbólica y material en las garantías que se ofrecen dentro de este tribunal popular. En particular el derecho

¹⁹ Lo interesante de la conversación, es que a principios de la década de 1990 (en particular en 1992), las “condenas” de naturaleza física habían sido reducidas considerablemente. Esto se debía a la influencia que, en la práctica de justicia popular, había tenido la legitimación del Congreso Nacional Africano en 1990; y por otro lado, la represión del estado se tornó selectiva contra comunidades que imponían castigos físicos como “condenas”. El estado se hizo un tanto más tolerante hacia las comunidades que practicaban justicia popular sin “condenas” físicas (Nina, 1995).

de toda persona a ser escuchada, el derecho a traer testigos a favor o en contra y a contra-interrogarlos, el derecho a presentar prueba, y el derecho a pedir reconsideración de una condena.

Cuarto, el concepto de condenas, es particularmente, importante toda vez que el mismo parte de la premisa que todo acto merece alguna forma de castigo. Desde esta perspectiva todas estas modalidades, sea la excusa personal, sea la multa, la compensación monetaria o el trabajo comunitario, reflejan formas similares que se apropian del ordenamiento estatal. En otras palabras, se vuelve a reflejar el ordenamiento estatal a nivel popular.

Quinto, y final, de forma curiosa, el contenido sustantivo de lo que se postulaba y analizaba en este tribunal popular, por lo menos al momento de conducir la investigación, no constituía un rompimiento radical del ordenamiento dominante del estado. La visión de mundo del tribunal popular era igual de conservadora que el del tribunal del estado. Los códigos valorativos, independientemente de que en apariencia luzcan revolucionarios, realmente preservan un mundo conservador.

En su conjunto, la manifestación de justicia popular que se presenta por el *Ethekwini Committee of Concern* es hasta cierto punto calcada de la imagen original del tribunal de justicia del régimen estatal del apartheid. Ya sea porque allí se infligieron penas abusivas contra los residentes, o por otros procesos de socialización, pero la comunidad desarrolló formas y procesos muy similares a los de un tribunal de justicia estatal. En otras palabras, la memoria individual y colectiva adoptó prácticas jurídicas las cuales tenían cierta similitud con los procesos judiciales del estado.

El carácter radical, no obstante, de tener un tribunal popular es, contradictoriamente, un hecho cierto como a su vez un hecho potencialmente hablando cuestionable. Cuán transformador del orden jurídico dominante era la práctica del tribunal popular, es un asunto complejo que tendría que verse fragmentadamente: por ejemplo, en lo que constituía el debilitamiento del sistema jurídico del apartheid, sí era radical; en la medida que avalaba una visión de mundo conservadora, se trataba de una memoria aplicada de forma conservadora.²⁰

6. Conclusión

A fin de cuentas, las memorias, de las sobrinas de Dr Tyrell o las nuestras, tienen un fuerte peso en la construcción de nuestras identidades y prácticas sociales contemporáneas. Desde esta perspectiva, actuamos inspirados, no

²⁰ Por razones de espacio no podré explorar casos concretos discutidos en este tribunal popular. No obstante, el mismo dilucidaba controversias entre parejas (hombre y mujer) y donde quedaba con claridad que se defendía un ordenamiento patriarcal muy conservador y contrario a los mejores intereses de las mujeres (Nina, 1995:40).

necesariamente por un mundo del presente, sino inspirados por un mundo basado en experiencias del pasado.

La justicia popular, a partir del caso de África del Sur estudiado, da paso a reflexionar sobre el origen de las construcciones y prácticas socio-jurídicas que adoptamos. Decir que la justicia popular es un acto *sui generis*, es negar el hecho cierto que la misma se ha apropiado de formas jurídicas formales adheridas al reino del estado. Esta apropiación, como el caso de residencial sugiere, puede ser radical, pero a su vez puede ser un tanto conservador y reproductor del orden social dominante.

Finalmente, la invitación nos lleva a reflexionar en cómo construimos nuestro entendimiento de las cosas. El derecho estatal crea una memoria de lo que el mismo es. No obstante, y como apunta Correas (2003), este discurso oficial crea otras formas de discursos, los cuales, a partir de la memoria van degenerando la imagen original y transformándola en una nueva imagen.

A fin de cuentas, Rachel en *Blade Runner* toca en el piano las melodías de las sobrinas de doctor Tyrell, pero nunca las notas ni las melodías suenan igual. Las formas populares de justicia, por más que se parezcan al derecho estatal, nunca lo son, y habría que apostar a que la ruptura entre las formas populares de justicia y el derecho estatal, permita organizar otro imaginario jurídico.

Bibliografía:

- Alberdi, J and D Nina (2002) "Governability and forms of popular justice in the new South Africa and Mozambique - community courts and vigilantism", in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 47.
- Correas, O (2003) *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara.
- Eberhard, C (2002) "Derechos humanos y diálogo intercultural. Una perspectiva antropológica", en Manuel Calvo (editor) *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Dickinson.
- Foucault, M (1980) *Power/knowledge*. New York: Pantheon Books.
- Fitzpatrick, P (1988) "The rise and rise of informalism", in Mathews, R (editor) *Informal justice?* London: Sage Publications.
- Fitzpatrick, P (1992) "The impossibility of popular justice", *Social and legal Studies*, Vol. 1, No.2.
- Hart, HLA (1982) *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press. Páginas 23-48.
- Hart, M and T Negri (2000) *Empire*. USA: Harvard University Press.
- Kelsen, H (1991) *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. México: Fontamara.
- Mamdani, M (1996) *Citizen and subject*. London: James Currey. Páginas 37-65.
- Merry, S (1988) "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, Vol 22, No 5.
- Minow, M (2002) *Breaking the cycles of hatred: memory, law and repair*. USA: Princeton University Press.

Nina, D (1995) Rethinking popular justice: self-regulation and civil society in South Africa. Cape Town: Community Peace Foundation.

Rivera Lugo, C (2004) *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas*. San Juan: Editorial Callejón.

Santos, B (1985) *On modes of production and social power and law*. Madison: Institute of Legal Studies.

Santos, B (1992) "State, law and community in the world system: an introduction" *Social and Legal Studies*, Vol. 1, No. 2.

Schärf, W and B Ngcokoto (1990) "Images of punishment in the people's courts of Cape Town 1985-87: from prefigurative justice to populist justice", in Maganyi NC and A du Toit (editors) *Political violence and the struggle in South Africa*. South Africa: Southern Book Publishers.

Schärf, W and D Nina (2001) *The other law: non-state ordering in South Africa*. Cape Town: Juta Press.

Sammon, P (1996) *Future noir: the making of Blade Runner*. USA: Harper Entertainment.

Teitel, R (2000) *Transitional justice*. USA: Oxford University Press.

LA NECESARIA INCLUSIÓN DEL EXCLUIDO: LA PLURALIDAD INHERENTE A LA CONDICIONALIDAD DEL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI)¹

SUNDHYA PAHUJA²

Resumen: El nuevo orden mundial, con una ideología neocolonialista afecta a los países en vías de desarrollo y a los países menos desarrollados, por que considera que el concepto de soberanía de los países menos desarrollados o aquellos en vías de desarrollo, así como las demandas de estas naciones, son un potencial desestabilizador de los países desarrollados. Por ello el FMI actúa como modelador de los sistemas jurídicos para evitar las prácticas del pluralismo jurídico e intentos de emancipación por parte de los Estados que son ayudados por el FMI y el régimen neocolonialista.

Abstract: The new world order, with a neocolonialist ideology affects to the developing countries and the less developed countries, so that it considers that the concept of sovereignty of the less developed countries or those developing countries, as well as the demands of these nations are a destabilizing potential of the developed countries. For that reason the IMF acts like modeler of the legal systems to avoid attempts of emancipation and legal pluralism by the part of the States that are helped by the IMF and the neocolonialist regime.

Resumo: A ordem nova do mundo, com um ideologia do neocolonial afeta aos países tornando-se e aos países mais menos desenvolvidos, de modo que considere que o conceito do soberania dos países mais menos desenvolvidos ou daqueles países se tornando, assim como as demandas destas nações é um potencial destabilize dos países desenvolvidos. Para essa razão o FMI age como o modelador dos sistemas legais para evitar tentativas do emancipação e do pluralismo legal pela parte dos estados que são ajudados pelo FMI e pelo regime do neocolonial.

1. Introducción

En los acercamientos al pluralismo jurídico que nos son familiares, existe frecuentemente el intento de definir lo que *es* derecho, y luego considerar los discursos “exteriores” que definieron el derecho, con los cuales éste se interrelaciona. Cuando se combina con alguna noción de “globalización”, este proyecto es frecuentemente dirigido a entender los desafíos que las siempre intensificantes interrelaciones sociales y económicas presentan a la jurisprudencial tradicional, a saber: la idea de que el estudio del derecho puede ser confinado a dos tipos de ordenes jurídicos: el derecho doméstico o estatal; y, el internacional público (Twining, 2000). La manera de enfrentar estos desafíos, usualmente se dice, es abrir la “caja negra” del derecho estatal para examinar las normas simultáneas

¹ Traducido del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

² *Senior Lecturer*, Escuela de Derecho de la Universidad de Melbourne, Candidato a Doctorado, Birkbeck, Universidad de Londres. Quisiera agradecer a Peter Fitzpatrick por sus comentarios detallados en un borrador anterior de este artículo.

“extra-jurídicas” o “quasi-jurídicas” vigentes en un lugar en particular (Twining, 2000b, Santos, 1995). Buscar estos procesos extra o quasi-jurídicos, promete enriquecer, tanto nuestro examen al extenderse a todas las normas, reglas y costumbres vigentes para regular conductas en cierto lugar, como el profundizar nuestro entendimiento del derecho mismo, por medio de consideraciones de interacción entre “él” y sus mímicas (Twining, 2000b). Tales proyectos son combinados algunas veces con la búsqueda de una “legalidad cosmopolita” productora de inclusión social en la cual “el pluralismo jurídico juega un rol central” (Santos, 2002: 468).

Sin embargo, descalificando estos planteamientos, se trata de una división interno/externo la que atribuye a la noción misma de derecho, cierta unidad primaria, aparte, tanto de sus sujetos, como de la red de “legalidades dispersas” en la cual se dice que está incrustado. Esta unidad categórica del concepto de derecho y, por implicación, su exterior, fluye de su auto profesado objetivo de encontrar mucho pluralismo jurídico “mirando al derecho y la teoría, tanto desde un punto de vista externo, como interno” (Melissaris, 2004: 58). En esto, el pluralismo jurídico bien puede servir a su profesado propósito de “proveer una mejor herramienta para el análisis de la relación entre derecho y sociedad” (Tamanaha, 2000: 296), pero, yo sugeriría, sólo si “derecho” y “sociedad” ya existen —y aparte el uno del otro.

Como Fitzpatrick ha observado, es en tales visiones, que el pluralismo es proyectado como “externo” al derecho, y entendido como un “etéreo infinito de conexiones excluidas de él y contra el cual [el derecho] permanece inmanente” (Fitzpatrick, 1998, 196). En contraste con tales ideas, deseo argumentar que el derecho, y lo que es ostensiblemente externo a él, está siempre preferiblemente en una relación de constitución mutua. Aún el maligno “centro”, o derecho soberano, no sólo reacciona hacia, o sobre este “exterior”, sino que *responde* a él productivamente y, en la misma respuesta encuentra su existencia en curso (Fitzpatrick, 2001). De este modo, el rango de entidades que son regularmente postulados como exteriores a un derecho ya completo, incluyendo a la sociedad y, aún más pertinentes para mis propósitos, a los sujetos del derecho, son de hecho continuamente integrales para completar un derecho “siempre parcial”. En este sentido “el derecho *trae consigo*... una pluralidad” (Fitzpatrick, 2004, subrayado por mí). Es en esta pluralidad integral que encontramos una “negociación formativa” en curso con los sujetos del orden jurídico global, incluyendo —o mejor dicho, especialmente— aquellos sujetos que ese orden putativamente rechaza (Fitzpatrick & Tuitt, 2004).

Por consiguiente, el punto de este artículo es precisamente el explorar una particular instancia de lo dicho en la formación y reformación continua del derecho y sus sujetos (ostensiblemente exteriores) —un instante que es también especialmente revelador de su corolario necesario: la inclusión constitutiva de lo excluido de la existencia del derecho. Tal exploración revela al “orden jurídi-

co global” como siendo más bien una entidad menos asentada de lo que parece en su primera apariencia, quizás abriendo la posibilidad de compromisos que amplían productivamente en vez de desanimar su desasosiego.

2. La instancia de lo dicho

El lugar que exploraré son ciertas intervenciones del Fondo Monetario Internacional (FMI) en el Sur. A través de las condiciones adjuntas a sus préstamos, o lo que se conoce como “condicionalidad”, el FMI es un generador prolífico de (selectivamente) normas efectivas en el orden jurídico global.³ Ciertamente, ha sido sugerido que dentro del mundo post-Soviético, las Organizaciones Bretton Woods, [del cual el FMI forma parte], están siendo legisladas para un monstruoso estado global Norte/Sur, el cual está llegando a ser tan micrológicamente controlado como el comercio-controlado del estado colonial...” (Souvajm 1999: 276).

En mi argumento, trazando aún una breve genealogía de este rol “legislativo”, se revela que la estructura institucional jurídica del Fondo es (re)determinada continuamente por las maneras en que entiende a los sujetos de sus intervenciones — el deudor soberano. Y, en la relación circular del derecho y sus sujetos dibujados anteriormente, estos entendimientos entonces forman las bases (re)productivas de ordenamientos jurídicos de las identidades de aquellos estados-nación endeudados y sus pueblos.

Lo que es particular, sin embargo, a cerca de estos “entendimientos”, es que derivan significativamente del miedo a que los variados estados “primitivos”, “enfermos” o “adolescentes” en el Sur, irrumpen en la totalidad el orden jurídico internacional del estado-nación. En esto, son los descendientes directos del discurso colonial, el cual mantiene su presencia fantasmal a través de su heredero, el discurso del desarrollo (Escobar, 1995). Pero este miedo a la irrupción proviene dualmente, tanto del miedo a la inclusión de la presencia contaminante de esos estados en el sistema internacional, como del miedo a que esos estados se salgan perentoriamente del sistema en su totalidad. Esta dualidad, por tanto, produce la tensión entre el específico orden jurídico en que la condición del FMI es mantenida, un orden dependiente de la inclusión de los excluidos, a los cuales, al mismo tiempo, los constituye como sujetos.

Por consiguiente, en este artículo comenzaré delineando brevemente las maneras en que el FMI se involucró en los préstamos en el Tercer Mundo. Argumentaré que este aumento de involucramiento produjo una vuelta marcada del rol del Fondo hacia la vigilancia. La necesidad de vigilancia arribó en respuesta al percibido peligro de irrupción que el deudor soberano (del Tercer Mundo)

³ “Condicionalidad” es una palabra “*portmanteau*” que encierra todas las políticas que el Fondo desea que un miembro siga, para así poder resolver sus problemas consistentemente con los artículos” (Gold, 1979).

podría causar. Por tanto, en el resto del artículo consideraré en turno cada uno de los “miedos de inclusión” y los “miedos a la salida” que el deudor soberano engendra. En cada instancia, ilustraré las maneras en las cuales el Fondo ha adoptado medidas jurídicas en respuesta a esos miedos, y mostraré cómo estas formas reproducen técnicas coloniales de gobierno, las cuales tuvieron origen en el manejo de manifestaciones anteriores de miedos similares. En particular, me enfocaré en los modos de responder a estas ansiedades, que engendran tecnologías en las cuales los modelos disciplinarios del poder están imbricados con las formas jurídicas del derecho⁴ del FMI, y a través de las cuales los sujetos de intervención están constantemente (re)construidos, constantemente trayendo lo que parecería estar fuera de la ley “interna”. Explorando el modo en que *coexiste* el miedo a la inclusión y el miedo a la salida, también mostraré que lo que está postulado como “exterior” al sistema internacional, no puede, ni ser mantenido apartado completamente de ese sistema, ni incluido en su totalidad dentro de él, sino que la exclusión en forma perpetua de aquello que es “exterior”, es una parte necesaria de la constitución del sistema. Este balance vertiginoso es mantenido a través de la dimensión de respuesta del derecho (Fitzpatrick, 2001). Por tanto, concluiré preguntando si el reconocimiento de esta responsividad —o lo que quizás pensemos como pluralidad integral del derecho— vuelca al derecho de “adentro hacia afuera”, poniendo cabeza abajo la aparente solidez del “orden global” y permitiendo el (re)pensar de una inquietante productividad.

3. El involucramiento del FMI en los préstamos al tercer mundo

El rol del FMI ha cambiado significativamente desde 1944, cuando fue fijado para manejar un sistema de tarifas estables entre las naciones industrializadas (Gold, 1981-2). Ahora, está primariamente asociada con el financiamiento para la construcción (véase por ejemplo, Carreau, 1994), y durante el tiempo de lo que vino a conocerse como la “crisis de la deuda asiática”, a finales de la década de los 90 del siglo pasado. También era visto como una *tabula in naufragio* para los estados en crisis económica (véase por ejemplo, *The Economist*, 1998). Algunas de las transformaciones fueron causadas por las prácticas del Fondo, unas por las enmiendas hechas a los artículos de acuerdos, y otros por las acciones respuesta de otras instituciones. Las transformaciones han, tanto expandido las funciones regulatorias y económicas del Fondo, como incrementado su rol al proveer financiamiento a los países del tercer mundo.

El involucramiento del Fondo en la economía de naciones en vías de desarrollo se ha desenvuelto a través del tiempo, junto con la disminución del rol en la economía de los miembros industrializados. El punto de vista aceptado es que,

⁴ En el uso de los términos de forma de poder “disciplinario” y “jurídico”, estoy siguiendo a Foucault, 1972 & 1976.

durante el periodo entre 1950 y 1970, el Fondo tuvo muy poco involucramiento en la economía de las naciones en vías de desarrollo (véase en general, Strange, 1976). Mas probablemente durante este periodo, fueron sembradas las semillas para un rol creciente del FMI en las áreas de diseño, implementación y monitoreo de ajustes, y programas estables en países en vías de desarrollo.

Yo he explorado detalladamente esta evolución en otro sitio (Pahuja, 2000).

Pero, brevemente, son pertinentes tres desarrollos principales para entender el rol contemporáneo del FMI en el Sur. Primero, es el modo en que el FMI se convirtió en coordinador de préstamos en el Sur desde otros Estados (préstamos soberanos), en lugar de tan sólo prestar sus propios fondos. Segundo, es el cambio en la aplicación de las condiciones adjuntas, tanto de sus propios préstamos como de los soberanos. Tercero, es el cambio en la naturaleza jurídica de su poder monetario, de derecho internacional “rígido” a “flexible”, trayendo consigo cuestiones antes consideradas como preocupaciones domésticas dentro del articulado legítimo del Fondo. El efecto combinado de cada transformación, vino a convertir al FMI en una organización que podía examinar legítimamente a los Estados del Tercer Mundo en un proceso continuo, al igual que examinar y moldear áreas de su política doméstica.

Así, el involucramiento creciente con el Tercer Mundo, producido en el FMI, lo que nosotros quizás llamaríamos un distinto “turno informativo”, pues comprende la vigilancia y el monitoreo, se convirtió en una siempre presente y significativa parte de este rol. Las actividades de vigilancia del Fondo están centradas fuertemente en el Sur. El cambio de órgano monetario a organización de vigilancia, coincide con la disminución de poderes en relación con el Norte, y un incremento en la relación con el Sur. Las consultas obligatorias tienen lugar sólo con aquellos estados que han retirado más de una cierta cantidad de los recursos del Fondo, a saber el Tercer Mundo (Strange, 1976). El resultado de dichas consultas forman las bases para los reportes de países en lo individual.

En cuando menos un nivel, el Fondo mismo, acentúa la importancia de su rol como un cuerpo de vigilancia. En su sitio de la red, existe una sección completa dedicada a la vigilancia del Fondo (FMI, 2003). Ésta es una torcedura irónica de uno de los propósitos originales del FMI. De acuerdo con sus artículos, el Fondo está obligado a proveer un balance de asistencia de pagos para poder dar confianza a los estados miembros que piden prestado (Artículos, 1945). Sin embargo, en muchos documentos, el Fondo admite que sus reportes también están dirigidos a “maximizar la confianza” en las políticas de los miembros estados relevantes (FMI, 2004). Este resbalamiento sugiere que el rol del Fondo es, de alguna manera, el mantener al deudor soberano en una relación, tanto de inclusión como de exclusión, respecto de la “comunidad” internacional, asegurándose de que el deudor soberano se quede en el umbral, pero manteniendo a aquéllos en la calma “interna” acerca de la presencia persistente del deudor soberano. Mas lo

que aquí parece ser el rol con el cual el Fondo ha de mediar entre las entidades preexistentes, en realidad saca a relucir las funciones discursivas de condicionalidad, a través de las cuales esas entidades son llamadas a ser. Aquí es donde, también, empezamos a ver la circularidad de la relación entre las formas jurídicas a través de las cuales el Fondo constituye a sus sujetos, y la demostración de interés de aquellas formas en una percepción de aquellos sujetos en algo así como el primer lugar.

4. Las funciones discursivas de vigilancia

La vigilancia es importantísima en la manera en que los sujetos son manejados por las instituciones. Es el primer paso en una serie de procesos por los cuales las personas son transformadas en información (Foucault, 1972). Todas las instituciones tienen que transformar a sus sujetos en información para que, literalmente, aquellos sujetos puedan ser representados en el sitio donde las decisiones son tomadas. Es a través de la producción de conocimiento sobre la “población”, por ejemplo, donde las “categorías descriptivas” [son creadas] para clasificar grupos de personas en convenientes blancos para la política administrativa, jurídica [o económica] (Chatterjee, 2004: 37). De esta manera, las personas son transformadas en poblaciones que son los sujetos de los conocimientos a través de los cuales pueden entonces ser administrados o manejados (Foucault, 1972, Ericson & Haggerty, 1997).

Mas el conocimiento también es construido institucionalmente de manera particular, como un discurso. En esta instancia, el conocimiento que el Fondo crea, es parte de una telaraña que ha venido a conocerse como el: discurso del desarrollo, el cual ha creado “un aparato extremadamente eficiente para producir conocimiento acerca del Tercer Mundo y el ejercicio del poder sobre él (Escobar, 1995,9).

Este discurso es el heredero directo del discurso colonial:

Cuya función estratégica predominante [fue] la creación de un espacio para “personas sujetos” a través de la producción de conocimientos en términos bajo los cuales la vigilancia se ejerce [...] El objeto del discurso colonial es interpretar al colonizado como una población de tipos degenerados sobre bases de origen racial para poder justificar la conquista y establecer sistemas de administración e instrucción [...] [Esto se refiere a] una forma de gobernabilidad que está marcando una “nación sujeto” que se apropia, dirige y domina sus varias esferas de actividad (Bhabha, 1990: 75).

En, y a través, del discurso desarrollado, el “sujeto-nación” del discurso colonial, se ha convertido en el “estado en desarrollo”, en el cual la promesa de una ciudadanía republicana que habitualmente acompañaba a las políticas de liberación nacional, ha sido sobrepasada por la promesa: de terminar con la

pobreza y atraso, adoptando las políticas económicas apropiadas de crecimiento y reforma social (Chatterjee, 2004: 37).

Crucialmente, estos intentos de promover el bienestar de la población de “naciones en vías de desarrollo” fueron usualmente incitadas y ayudadas por organizaciones internacionales y no gubernamentales que trajeron consigo estrategias técnicas de modernización y desarrollo. A su vez, estas estrategias trajeron consigo los viejos conceptos etnográficos del estado colonial, a través de los cuales eran conocidas las poblaciones (Chatterjee, 2004, Dirks, 2001). Estas provocaciones no sólo continuaban, sino que toman la forma, cada vez más, de condiciones jurídicas aplicables, impuestas, tanto por el FMI, como por el Banco Mundial. Así, en el Tercer Mundo vemos en estas instancias una convergencia de modelos de poder disciplinarios y jurídicos. Ésta postura está en contraste con la incompatibilidad que habitualmente se entiende que existe entre estas formas de poder en las naciones-estado más “ejemplares” o totalmente desarrolladas (Spivak, 1999, compárese con Foucault, 1976).

Significativamente, subyacente tanto al discurso colonial como al discurso del desarrollo, está el miedo a que la irrupción de los estados patológicos del Tercer Mundo destruyan el sistema internacional. Y, como he mencionado previamente, este miedo se manifiesta, tanto como el miedo de incluir la presencia contaminante de aquellos estados “enfermos”, como el miedo de que se saldrán totalmente. Tanto este “miedo a la inclusión”, como el “miedo a la salida”, dependen del patológico entendimiento de la diferencia, nuevamente conectado al modo en el cual el discurso colonial dependía del reconocimiento y desaprobación de la diferencia racial/cultural/histórica (Bhabha, 1990). Las tecnologías particulares desplegadas para despejar los miedos, en respuesta a los cuales, ellas son generadas, también reproducen esas tecnologías coloniales, las cuales a su vez eran dirigidas a normalizar lo que era visto como patologías de la diferencia (Appadurai, 1996). Así, en el resto de este artículo, consideraré, a su turno, cada uno de los miedos, el “miedo a la inclusión” y el “miedo a la salida”, que el deudor soberano engendra. En cada instancia, ilustraré la manera en la cual el Fondo ha adoptando formas jurídicas en respuesta a esos miedos.

5. El miedo a la inclusión

El primero de los miedos, es el miedo a la inclusión del Sur dentro de la sociedad internacional de los estados. Esto se basa en suposiciones acerca del implícito primordialismo del Sur, un miedo detectable en varias instancias del discurso Norte/Sur. Una instancia en la cual este miedo sale a la superficie como la percepción de la naturaleza inherentemente problemática del deudor soberano.

Un deudor soberano hace estragos en las convenciones financieras. En una relación convencional, el deudor está enterado, por defecto, de que el

acreedor tiene derechos contra la propiedad del deudor, y de que pedir prestado más de lo que uno puede pagar, puede llevarlo a la insolvencia. Sin embargo, en el caso del deudor soberano, los acreedores se encuentran en una situación más difícil. Los acreedores no pueden simplemente obtener una orden para incautar activos⁵ y, en el caso de acreedores soberanos, el tratar de hacerlo puede tener serias ramificaciones políticas.

El deudor soberano está en una relación paradójicamente fuerte respecto del prestamista, puesto que mientras más deba, más fuerte es (Bogdanowicz-Bindert, 1985). Un ejemplo de esto, fue la crisis de la deuda mexicana de 1982, cuando México cesó de dar servicio a su deuda externa (véase como ejemplo, Armarla, 1985, Strange, 1998). El prevenir una repetición de tal evento, al parecer, dio respuestas a lo que vino a conocerse como la “crisis de la deuda asiática” de la década de los noventa. Las representaciones en los medios relacionaron la “crisis” con el efecto dominó que podría ser creada por una insolvencia mayor en un estado asiático.

Invocar el riesgo de un quiebre “sistemático” es la manera más obvia de justificar la intervención del FMI [en la crisis de adeudo asiática]. Sin una inyección de emergencia en dólares, se argumentó, las compañías en Corea del Sur, y el resto, incumplirían los pagos de sus deudas. Esto causaría angustia en alguna otra parte, particularmente en Japón [...]. De ahí, la crisis podría extenderse hacia Estados Unidos, Europa y el resto del mundo, conforme los bancos fracasan, los créditos desaparecen, los mercados caen y las economías se hunden. Este es una pesadilla que ha dividido gobiernos [...] apoyar y ciertamente insistir sobre el curso de acción del Fondo (*The Economist*, 1998: 13).

Así, la inclusión de los estados del “Tercer Mundo” aquí, en el sistema financiero internacional, contiene dentro de sí las semillas de un “quiebre sistemático”. Estos miedos de inclusión son suposiciones sobre el primordialismo del Sur. Y tales suposiciones van a explicar parcialmente la creciente confianza en el desarrollo de la condicionalidad del FMI:

[...] esos países que han tenido el tiempo de aclarar los proyectos de participación política —basada en la idea de un educado, postétnico, cálculo individual, subsistiendo en las tareas de un mercado libre y participando en una genuina sociedad civil— ciertamente tienen la habilidad aplazar los desórdenes del primordialismo (Appadurai, 1996: 142).

Ciertamente, en su investigación interna del éxito (o fracaso) de sus propios programas (controversiales), y sus informes subsecuentes sobre sus acciones durante la crisis de la deuda asiática (FMI, 1999), implícitamente el Fondo atribuyó la crisis (al menos parcialmente) al primordialismo del Tercer Mundo, o el fracaso actual de cumplir la transición de una sociedad tradicional a una moderna.

⁵ Véase como ejemplo, Lichtenstein, 1994.

En la introducción, se lee en el reporte: la crisis asiática se diferencia de crisis previas en factores claves, y puede indicar las fallas de una creciente economía global integrada y un creciente sistema financiero creciente. A diferencia del caso típico en el cual se requiere la asistencia del Fondo, la crisis no resultó principalmente de la monetización de desbalances financieros [...] Más bien éstos se arraigaron en las fragilidades del sector financiero, proviniendo en parte de la debilidad en la gobernabilidad en los sectores corporativos, financieros y gubernamentales, una situación externa de deterioro y contagio (FMI, 1999: 6).

La implicación es que la crisis no fue causada por problemas temporales, tales como desbalances financieros. Ciertamente, las causas son “fallos” o fallas permanentes, los cuales simplemente la crisis ha revelado. La imaginación sugiere que está operando: una proposición que la crisis ha sucedido por problemas endémicos de los países en cuestión, más bien que ser causada por factores sistémicos, más amplios, o por circunstancias de operación (véase de manera general, Chossudovsky, 1997). En el reporte, la naturaleza de los “fallos” se atribuye a la percibida “debilidad en la gobernabilidad a [...] nivel general y fundamental” (FMI, 1999, 17), los cuales fueron “vistos como siendo los orígenes de la crisis” (FMI, 1999: 32). Estas “debilidades en la gobernabilidad”, se ha dicho, es el resultado de “instituciones débiles” (FMI, 1999:32). Así, la causa es atribuida a la debilidad en las instituciones del estado, de las cuales se atribuye su vulnerabilidad, a la inhabilidad para hacer frente a los cambios rápidos. Como veremos más adelante, esta percepción de que la crisis es precipitada por la inhabilidad del Tercer Mundo para ajustar sus conmociones internas (o “cambios rápidos”) está basada en una oposición entre las sociedades tradicionales y modernas.

El sentido de peligro y sus bases, en la carencia de modernidad en el Sur, implícito en las narrativas contemporáneas del FMI, recuerda la oposición tradición/modernidad, la cual ciertos eruditos han identificado como las demandas puestas por el Tercer Mundo para una distribución más equitativa de la riqueza, en la llamada de la década de los setenta por un Nuevo Orden Económico Internacional (NIEO por sus siglas en inglés) (Charter, 1974). Esta llamada tenía sus propias limitaciones,⁶ más lo que es instructivo aquí, es tratar el NIEO

[...] como un sitio que provocó narrativas de científicos sociales de Norte América que participaron en la producción y legitimación de posibilidades de orden global, específicamente posibilidades para las relaciones entre el Norte y el Sur (Doty, 1996: 157).

Estas narrativas son fundamentadas por el discurso del desarrollo, el cual despliega “un arsenal conceptual verdaderamente sorprendente”, que continúa capturando la atención de “expertos” internacionales (Said, 1979: 290). El discurso del desarrollo, junto con otras narrativas en la red textual entre el Norte y

⁶ Véase en general, Otto, 1996.

el Sur, ha constituido el fondo de presuposiciones dadas, o lo que se ha entendido son los hechos sobre las sociedades, los individuos, las culturas y el progreso.

Central a aquello que es fundamentado, es la oposición tradición/modernidad,⁷ la cual, en este contexto, implícitamente atribuye la inhabilidad del Sur de alcanzar el “progreso” económico, a su propia incompetencia y falta de actitudes modernas (Krasner, 1982). Este “fracaso” en el progreso de la tradición a la modernidad, quiere decir que el acceso a las instituciones internacionales (o la “inclusión” en los términos ya descritos), sólo puede traer demandas de cambio del “Tercer Mundo”, como de hecho lo hizo, evidenciado por el NIEO (Krasner, 1982). Tales cambios, son generalmente el resultado de lo que es definido en el paradigma dominante como la “inestabilidad” (Krasner, 1982).

Describiendo la llamada a la equidad conduciendo la tentativa de los estados del Tercer Mundo por “alterar fundamentalmente los regímenes”, Krasner dice:

La habilidad de acoplarse con los disturbios ambientalistas depende de la movilidad, la flexibilidad y la diversidad de los recursos del país. Un país con factores altamente móviles, flexibles y diversos, puede absorber sacudidas emanadas del sistema internacional. Puede reasignar sus factores de producción cuando las condiciones ambientales cambien (Krasner, 1982: 139).

Aquí el argumento es que países menos desarrollados no pueden ajustarse a las sacudidas externas, debido a la debilidad política, social y rigidez económica. “[Estos] últimos factores están capturados en las distinciones entre las sociedades tradicionales y las modernas” (Doty, 1996: 158). En tales textos, la oposición no está problematizada, sino que se toma como lo dado, formando parte del elenco de los hechos (Doty, 1996). Estos hechos de fondo, indican que uno de los miedos asociados con la inclusión del Tercer Mundo dentro de la comunidad internacional, puede ser articulado como una aprehensión respecto de los efectos disruptivos, los cuales pueden ser causados por la falta de desarrollo en el Tercer Mundo.

Otro lugar significativo en el discurso del Norte/Sur, en el cual la oposición tradición/modernidad y el miedo vigilante de la exclusión está en juego, se encuentra particularmente en escritos sobre el asunto de la soberanía (Doty, 1996). Este sistema de textos representa un intento de “despertar a la realidad” con la soberanía y la “condición del estado”⁸ en el “Tercer Mundo” (véase por ejemplo, Jackson, 1990, Jackson & Rosberg, 1982). Este “despertar a la realidad” fue (y continúa siendo) una necesidad por el hecho de que la soberanía en muchos países del “Tercer Mundo”, parece verse como lo que en una concepción liberal de soberanía sería definida como lo directamente opuesto a la soberanía —la

⁷ Véase en general, Appadurai, 1996.

⁸ Statehood en la versión original. (N. de la T.)

anarquía (véase Ashley, 1988). Esto causa una crisis de representación en la cual se ha sacudido el significado fundacional. ¿Cómo puede la soberanía denotar tanto lo que “es” como su opuesto?

Los textos que han tratado de trabajar con esta pregunta, parecían estar ocupados con las problemáticas de la soberanía como un significante (Jackson & Rosberg 1982, Doty 1996, Ashley 1988), o cómo tratar con el hecho de que “lo que la soberanía demarca, es revertido cuando se trata del África negra y de muchos de los países del “Tercer Mundo” (Doty, 1996:148). Sin embargo, esta crisis de significado no parece haber producido un nuevo, más complicado, entendimiento sobre la soberanía (Doty, 1996). Más bien, la respuesta implicó una danza discursiva en donde la “real” y “verdadera” base de la soberanía quedaba preservada. El mecanismo vinculó, “la implicación de un recurso conceptual, allí donde la idea de un estado soberano normal y auténtico se reproduce, y yuxtapone a un tipo de estado diferente e inferior” (Doty, 1996). Son estos “recursos conceptuales”, que ponen en juego a las prácticas representacionales por las cuales las identidades internacionales se han (re)producido, y en los cuales podemos discernir el miedo o sentido de peligro inmanente en el discurso acerca de la inclusión del Sur dentro del sistema internacional.

Estas prácticas representacionales pueden ser situadas en un *continuum* colonial. Central a la preservación de la oposición soberanía/anarquía, está la caracterización de los estados del Tercer Mundo como “quasi” estados poseídos de soberanía “negativa”. Más que problematizar la construcción de la soberanía, se divide en dos mitades, positivo y negativo. Cada lado de la lista está imbuido de ciertas características que constituyen sus identidades, las cuales resuenan junto con aquellas construidas a lo largo de viejas e imperiales líneas. (Jackson, 1990). La importancia contemporánea de este paradigma conceptual es que:

...como las representaciones más tempranas, el concepto de “condición del estado” jurídico y soberanía negativa, se mueve insistentemente hacia un cuestionamiento de la capacidad de los estados así llamados y aquellos que los habitan (Doty, 1996:152).

Los quasi estados están poseídos de “soberanía”, dice la historia, sólo por la “cortesía” de la “sociedad internacional” (Jackson & Rosberg 1982, cf Doty, 1996). Sin embargo, esto crea un problema en los términos de esa narrativa, como si al hacer cumplir el “condición del estado” jurídico, la sociedad internacional en algunos casos tuvo también que sostener, perpetuar gobiernos incompetentes y corruptos (Jackson & Rosber, 1982).

Inherente a esta noción es la idea de que “la incompetencia, la corrupción y la injusticia son vistas como saliendo de las nuevas normas que caracterizan el principio del reconocimiento internacional” (Doty, 1996). Así, la inclusión de quasi estados dentro de la sociedad internacional de estados, es vista como al-

go peligroso; su misma existencia como antitética a la conciencia del “progreso” (Doty, 1996).

En otras palabras, tanto la misma noción de la soberanía del Tercer Mundo como las demandas del Sur, de un nuevo orden internacional económico, son entendidas como un potencial desestabilizador. Implícito en la caracterización de cada una de estas presunciones que en la ausencia de “haberlo estado trabajando”, el “quasi-estado”, poseído de una “soberanía negativa” (cuyo concepto sólo se define por su falta), hace demandas causadas por su propia inhabilidad de modernidad. Por tanto, la inclusión de dichos estados en los foros internacionales plantea una amenaza a la sociedad internacional. Este viejo miedo de la incommensurabilidad de los quasi-estados con el progreso, y la amenaza que la “soberanía negativa” presenta al orden internacional, es recordado en las narrativas contemporáneas generadas por el Fondo sobre la naturaleza problemática del Tercer Mundo deudor.

Pero, si asumimos que la inclusión en sí misma es inevitable, o de hecho un *fait accompli*, le pregunta se convierte en ¿cómo podría el Fondo manejar la amenaza latente de inclusión, presentada por la falta de desarrollo en el Sur? La respuesta es: narrando falta de desarrollo como algo seguro y contenible. Sin embargo, paradójicamente, la tecnología discursiva usada para realizar esta tarea, confía en aquello que yace bajo el sentido del peligro: la oposición tradicional/moderna.

La estrategia particular actual, es lo que Tarullo ha llamado el “mito de normalidad”, una de las narrativas más potentes del derecho económico internacional. En el argumento de Tarullo, el mito de la normalidad tiene valor heurístico tanto porque va en parte explicando qué es lo que da fuerza normativa al orden económico internacional (Tarullo, 1985), como porque muestra cómo una particular visión del mundo ha devenido naturalizada a través de recurrentes imagerías de enfermedad y salud. Sin embargo, yo sostengo que el mito de la normalidad realiza una función adicional, con la que también responde al sentido de peligro percibido por el Norte en relación con la inclusión del Tercer Mundo dentro de la sociedad internacional de estados, al operar como un marco de trabajo normalizador, a través del cual, la “falta de desarrollo” puede ser narrada como algo que se pueda contener. Al desarrollar las imágenes de enfermedad y salud, o de adolescencia y edad adulta para “explicar” la condición del “Tercer Mundo”, la amenaza puesta por la falta de desarrollo es reducida, porque, tanto la enfermedad como la adolescencia, son estados temporales de ser, los cuales, respectivamente, pueden ser “curados”, o con el tiempo pasarán.

Por ejemplo, el objetivo ostensible del FMI es de proveer de asistencia financiera temporal para que sus miembros puedan eliminar sus problemas de balances de pagos. Tarullo argumenta que la necesidad de tal asistencia es parte de un sistema amplio en el cual “somos conducidos hacia la idea de que los pagos balanceados son una condición normal para las naciones” (Tarullo,

1985:547). El “mito” que informa el papel del FMI en esta instancia, es uno de enfermedad y salud, en el cual, la condicionalidad, es una medicina de mal sabor administrada a las naciones enfermas, para que puedan sanar y ser miembros “normales” de la comunidad internacional. A través de un proceso de normalización en el cual la diferencia se explica como un estadio en el proceso de desarrollo (la adolescencia), o una desviación de la norma (la enfermedad), el mito de la normalidad opera para domesticar el potencial disruptivo inherente a la inclusión del “Tercer Mundo” en la comunidad internacional. Sin embargo, inherente a este “mito”, existen concepciones naturalizadas del progreso y “condición del estado” moderno, revelando tanto el primordialismo por el cual el Tercer Mundo es caracterizado como la oposición moderna/tradicional como fundacional del derecho internacional. Así, mientras que el mito opera para contener el sentido de peligro, lo hace dependiendo, y de ahí perpetuando, la oposición a la raíz del miedo.

Así, uno de los temas que informan el encuentro entre el FMI y el Tercer Mundo, es el miedo de la inclusión del Tercer Mundo dentro de los estados de la sociedad internacional, reproduciendo miedos detectables en antiguas instancias de encuentros entre el Norte y el Sur. Sin embargo, las tecnologías desplegadas para aliviar el miedo, recurren a la misma oposición, la cual genera el miedo que deberían contener: la oposición tradicional/moderna. Esta circularidad revela la relación mutuamente constitutiva entre los sujetos de intervención y las formas jurídicas empleadas para gobernarlos. Mas esta relación necesariamente receptiva, también trae consigo la oposición tradición/modernidad al corazón de la legalidad del FMI, y, con ello, el miedo que hace que los estado-nación endeudados estén constantemente en peligro de ser expulsados del sistema total.

6. El miedo a la salida

Entonces, a pesar de que el mito de la normalidad explica la falta de desarrollo como una simple fase o aberración, la oposición tradicional/moderna provee la lógica del mito. Así, mientras que la oposición que da pie al sentido de peligro está de alguna manera contenida en el mito, este está siempre presente. El efecto de la presencia eterna del espectro del primordialismo del Tercer Mundo, significa que, implícita en la articulación del miedo a la inclusión y el riesgo de la interrupción sistemática inmanente en esa inclusión, está el miedo a la salida, o el deseo de prever la exclusión del sistema internacional total, de naciones en dificultades financieras.

Este último temor tiene raíces profundas. Muy temprano en el desarrollo del FMI en las economías del Sur, se observó que en la “paciencia” de los estados acreedores respecto de los estados deudores, “la evidencia sugiere que es un efecto simbólico del repudio a la deuda que es lo más temido” (Schonfield, 1976). Según el punto de vista de Schonfield, el efecto simbólico del repudio:

[...] tiende a tener reverberaciones en algún otro lugar, y quizá al poner ideas peligrosas dentro de la cabeza de la gente que ahora pacientemente aceptan los apremios incómodos a sus actividades económicas impuestas por los requerimientos de los servicios a la deuda [...] [E]xiste a menudo una ansiedad más profunda [...] de que la nación expulsada [...] tratará [...] de cortar sus relación con el resto del mundo. (Schonfield, 1967:13).

El miedo de que los estados altamente endeudados sean expulsados del “sistema”, toca de cerca la superficie del discurso económico internacional (Schonfield, 1976). Los extractos anteriores dan a entender que este miedo tiene sus bases en una ansiedad oscura. Implícita en la ansiedad de que el repudio pusiere ideas peligrosas en la cabeza de la gente, está la posibilidad de que “este pueblo” de alguna manera interfiera en el propio rol de los estados, y en esto, la ficción jurídica que el estado está en peligro.

La forma estatal es crucial para el moderno orden jurídico internacional. Un axioma dominante del orden jurídico establecido para el periodo de descolonización, fue el principio de autodeterminación (Otto, 1996). Sin embargo, el derecho fue concebido de tal modo que se podía ejercitar bajo los términos europeos sólo como “condición del estado” (Otto, 1996). El estado-nación es, por tanto, el único modo en que “el pueblo” (implicando una comunidad) puede figurar en el orden jurídico internacional (Chatterjee, 2004). E implícito en el miedo a la salida de los estados, está el riesgo de que “el pueblo” escapará de las categorías, las restricciones y las disciplinas impuestas sobre ellos, y que culminarán en su existencia como constituyentes del moderno estado-nación. En otras palabras, en la angustia de la salida, vemos a la “comunidad imaginada” de la nación (véase en general, Anderson, 2000), apartarse de la noción de “estado” con la cual está necesariamente casado en el derecho internacional. O, en otras palabras, vemos articulado en el miedo a la salida, la disolución del guión que escribimos entre “nación” y “estado” (Appadurai, 1996).

En la nación-estado “plenamente desarrollada”, este guión mantiene su esencia, en gran medida, a través de la noción de la soberanía popular. En esta noción, “el pueblo” es reinventado como ciudadanos y conectado a la nación-estado a través del vehículo de la “sociedad civil” (Chatterjee, 2004). Sin embargo, en el “estado en desarrollo”, la relación entre el individuo y el estado, es más ambigua. Los procesos en curso de reforma social y económica requeridos por las organizaciones económicas internacionales (*inter alia*) significa que “las poblaciones están [continuamente siendo (re)conectadas] con las agencias gubernamentales que persiguen múltiples políticas de seguridad y bienestar” (Chatterjee, 2004: 37) y, a través de esto, el estado mantiene significativas características etnográficas del estado colonial (Dirks, 2001). Quizá predeciblemente, entonces, las tecnologías en juego para calmar el miedo de la salida, imitan muy de cerca tres tecnologías de gobierno colonial, cada una de las cuales fueron dirigidas al manejo del miedo de la gente surgido de la oposición tradi-

ción/modernidad. Claro, aunque, la nación-estado independiente no está legalmente “sujeta” en la misma forma que el estado colonial, y la legitimidad del estado moderno “está ahora clara y firmemente enraizada en un concepto de soberanía popular” (Chatterjee, 2004:27), así estas tecnologías son parcialmente modificadas para dar cuenta de la consecuente necesidad, de, también, transformar las formas “tradicionales” de autoridad y prácticas sociales en una forma modular de sociedad civil. Mas esta modificación no es mi preocupación aquí. Deseo sacar a relucir las tecnologías coloniales citadas, las cuales ellas mismas son receptivas de los miedos antiguos, y en respuesta a cuyos miedos, las formas jurídicas del Fondo, adquieren aspectos similares. Las tres tecnologías en prueba son: la prosa de contra-insurgencia, la cultura de los números, y la creación, en los sujetos del gobierno, de una auto-sabiduría en los términos del sistema de gobernación. Discutiré cada uno de ellos.

6.1. La prosa de contra-insurgencia

Las técnicas del FMI utilizadas para manejar el miedo del pueblo imitan la “prosa de contra-insurgencia” colonial (Guha, 1998a: 45). Este término denota las técnicas por las cuales los discursos elitistas acerca de la lucha anticolonial en la India, pudieron representar las actividades de lo no dominante, las no élites, las gentes “subalternas” (Said, 1988) como en “terrible” oposición a un fino liderazgo de las élites indígenas (Otto, 1996). Dicha oposición subalterna necesitaba ser parcialmente suprimida y parcialmente normalizada si la “misión civilizadora” del poder colonial iba a triunfar (Otto, 1996). Esta “misión civilizadora” era el establecimiento de las instituciones del gobierno moderno:

Desde este punto de vista, la nación India pasa a través de un tipo de re-educación la cual permite a la élite nacional, llegar a desear la introducción de sistemas y eventualmente asumir la responsabilidad de mantenerlos y perpetuarlos en el ámbito indígena (Otto, 1996:349)

Esta reeducación fue de la mano con la presentación de los nacionalistas como “una élite India, aliada muy de cerca con los colonos británicos, en lugar de una masa de gente india” (Otto, 1996). Estas “masas” entonces son [comprendidas] y determinadas [...] [ya sea] negativamente como un problema de ley y orden [...] o positivamente, si acaso, o como una respuesta al carisma de ciertos líderes de élite, o [...] en términos de movilización de arriba para abajo por la manipulación de facciones” (Guha, 1988b: 43). Las prácticas representacionales en uso, de ahí en más, aseguraban que a la agencia de las masas no le fuera permitido figurar constructivamente en el cuadro de la lucha anti-colonial, ya que esto involucraría una crítica de la epistemología dominante. En particular, pudiera haber involucrado una crítica de la idea de la nación-estado moderna, la única unidad fundacional permitida por la estructura de la comunidad internacional basada en el estado.

En el contexto contemporáneo, el informe del Fondo sobre la crisis de la deuda asiática, resucita una versión de la prosa de la contra-insurgencia. En ese informe, “el pueblo” es pintado como interfiriendo con el proceso de ajuste estructural, como si no tuviera efecto sobre la gente como personas, sino sólo sobre las “estructuras” del estado. Como la gente subalterna retratada como estando en oposición al fino liderazgo de las élites indígenas en la lucha por la independencia india (Otto, 1996), los pueblos de los estados asiáticos sujetos a las medidas de ajustes, son, si bien políticamente activos, retratados como una fuerza quebrantadora dirigiendo fuera de curso las imprescindibles medidas de reforma (véase por ejemplo, FMI, 1999). Esto es particularmente verídico en la manera en que la actividad política popular, en la Indonesia contemporánea, respecto de la intervención del FMI, es representada como un “alzamiento civil severo”, el cual, “arroja [al programa] fuera de curso” (FMI, 1999:11).

En el ajuste colonial, las prácticas representacionales empleadas permitieron la exclusión de las formas subalternas de narrativas de la independencia (Guha, 1988b). Esta representación, en parte, ayudó a disminuir el alcance de resultados posibles de la lucha por independencia. Al delegitizar la voz del pueblo, que no fueran los indígenas de élite, quienes, en gran parte, habían adoptado la epistemología de los colonizadores (Guha, 1988b), el potencial de irrupción, aún en el contexto de la lucha por la independencia, fue reducido. En el contexto contemporáneo, la delegitimización por el FMI, de protestas populares sobre el impacto de los paquetes de ajustes estructurales, duplica este proceso, al excluir a las masas, o a los subalternos, de hechos cruciales de gobernabilidad. La representación de la “causa de raíz” de la crisis, reside en una interrupción potencialmente popular, y una consecuente necesidad de reformas institucionales impuestas externamente, que tienen una semejanza increíble con la “misión civilizadora” del establecimiento de instituciones modernas de gobierno.

6.2. La Cultura de números

En otra de las técnicas usadas por el FMI para calmar el miedo a las poblaciones potencialmente ingobernables, vemos una continuación de una tecnología de gobernabilidad empleada en el proyecto colonial de “la normalización de las patologías de la diferencia”, representadas en las cuentas etnográficas del colonizado (Appadurai, 1996: 130). Ha sido sugerido, a menudo, que la representación numérica era la llave de este proceso de normalización y vemos la continuación de esto en la representación altamente “economizada” del FMI de un deudor soberano en particular.

Se puede hallar un ejemplo en el informe titulado *Nigeria: La experiencia con un ajuste estructural* (FMI, 1997b). Este informe es el ejemplo típico de una publicación del FMI basada en información recopilada durante lo que se conoce como un “Artículo IV de consulta” de acuerdo con los poderes de vigi-

lancia del Fondo.⁹ El reporte está dividido en dos partes. La primera parte es narrativa, la segunda es una serie de apéndices que recopilan estadísticas sobre Nigeria. A través del reporte, Nigeria es equiparada con el gobierno de Nigeria. El pueblo de Nigeria es representado como sujetos homogéneos de una entidad coherente. El énfasis en la coherencia del estado como una entidad, se combina con la estrategia de la enumeración (Said, 1979). Aún en el más narrativo y ostensible “ajuste de la escena” en partes del informe, se nos presenta una imagen del estado nigeriano como sinónimo de la economía nigeriana. En la naturaleza y extensión de los apéndices estadísticos, los cuales ocupan como la mitad del informe, vemos sombras de los archivos coloniales en su obsesión con la cuantificación y su dependencia de:

[...] la cultura de los números en la cual las estadísticas se convirtieron en el discurso de autorización del apéndice (dándole un peso indirecto a la porción verbal del texto) (Appadurai, 1996: 115).

Como se ha descrito previamente, hasta el Fondo ha reconocido que tales reportes están destinados, en gran medida a dar confianza a la comunidad internacional (FMI 2004b); así, a través del sentido del informe del Fondo, el discurso económico se convierte en un medio a través del cual el Fondo se comunica con la “comunidad internacional” acerca del deudor soberano, que es el sujeto del informe. Y, en el proceso de engendrar dicha confianza, los indicadores económicos, como son expresados por el Fondo, son usados para traducir las diferencias percibidas entre el Norte y el Sur, y para aminorar los miedos engendrados por el primordialismo implícito con el cual se caracteriza el Sur (Appadurai, 1996).

Tal como en la colonia, el establecimiento de números se convirtió en una explicación o meta-lenguaje a través del cual la burocracia colonial podía leer las colonias, y se ha convertido en el medio a través del cual la diferencia es “economizada”. La economía, en relaciones modernas entre el primer y el tercer mundo, está ligada a los números en el ámbito colonial, el cual:

[...] jugó un rol crítico en tal nominalismo dinámico [...], parcialmente porque proveía un lenguaje compartido de transferencia de información, de disputa y de discusión lingüística entre el centro y la periferia, y para los debates entre un ejército enorme de burócratas mediadores en India. Los números fueron, entonces, parte de la iniciativa de traducción de la experiencia colonial en términos manejables en la metrópolis, términos que podrían abarcar las particularidades etnológicas que varios discursos orientalistas proveían (Appadurai, 1996: 125).

En el lenguaje del informe, también vemos sobretonos del rol pedagógico y disciplinario de la “cultura de números” en un ámbito más antiguo (Appadurai, 1996). El documento se lee como un reporte escolar, alternativamen-

⁹ Artículos de Acuerdos, Artículo IV.

te animando y regañando, enfatizando la reforma, y ofreciendo elogio cuando el estudiante ha seguido las instrucciones. En instancias donde las instrucciones han sido seguidas, pero los resultados no fueron positivos, se citan extrañas circunstancias como causas (FMI, 1997b). En este caso, los apéndices estadísticos proveen un “marco normalizante, balanceando los aspectos contestatorios y polifónicos de la parte narrativa del reporte” (Appadurai, 1996).

6.3. La creación del auto-conocimiento

La tercera tecnología, que responde al miedo al pueblo, perceptible en la condicionalidad del FMI, es la facilitación de auto gobierno a través de la creación del auto-conocimiento en términos de las categorías institucionales relevantes. El auto gobierno es alcanzado cuando:

[...] el pueblo acepta los modelos y las categorías de acción construidas por [...] instituciones, y las usan para facilitar sus actividades (Ericson & Haggerty, 1997: 95).

A través de los funcionarios estatales, la actual producción de los informes en los cuales el estado sujeto está compelido jurídicamente a participar (como en consultas compulsatorias anuales conducidas de acuerdo con el Artículo IV de los Artículos Acordados del Fondo), produce un conocimiento del estado mismo, en términos de la lógica del mismo Fondo.¹⁰

En su énfasis en lo muy específico, informes repetitivos descritos como acogiendo la “transferencia de conocimiento”,¹¹ el Fondo continúa el proyecto pedagógico del estado colonial en el cual la meta era “formar un tipo de personas [indígenas] en sangre y color, pero con gustos ingleses, en opiniones, en moral, y en intelecto” (Macaulay, 1835: 729). A pesar de que el objetivo educativo del estado colonial se centró en el proyecto del post-iluminismo del individuo calculador (Appadurai, 1996), esta vez la lección es más ideológica. Crear mercados-libres, promocionar intervención mínima y adoptar la privatización, son las lecciones que deben ser aprendidas en una economía global arrebatadora la cual es el salón de clase del Fondo (véase por ejemplo, *The Korean Times*, 1988).

Así como la creación de tipos particulares de auto-conocimiento en el Tercer Mundo, trabaja con la prosa de la contra-insurgencia y la cultura de los números para manejar el miedo a la salida, el segundo tema informa sobre el encuentro entre el FMI y el Sur. Este miedo de que el estado de alguna manera será expulsado totalmente del sistema internacional, está basado en las ansiedades acercar de la interferencia del pueblo, causando una ruptura entre la comunidad

¹⁰ Este proceso es aumentado por la “transferencia de conocimiento” y la “asistencia técnica” las cuales también son elementos claves del rol del Fondo, pero no es tema de este artículo (FMI, 2004a).

¹¹ FMI, 2004a.

como una nación y la noción jurídica internacional del estado. Ambos están basados en, y producen, miedos detectables en antiguos encuentros entre el Norte y el Sur. Las formas jurídicas contemporáneas que el FMI condicionalmente toma, han sido moldeadas parcialmente en respuesta al miedo de la salida, y también reproduce las tecnologías empleadas en esos momentos previos al compromiso.

7. Conclusiones

Intuitivamente, los roles de los estados, las instituciones internacionales, las comunidades y los individuos, todos parecen estar menos definidos de lo que lo estuvieron previamente, en un proceso constante de transformación por los flujos globales. Tratar de ganar algo crítico en la relación entre el “derecho” y la “sociedad” en el torbellino de tales flujos, parece una tarea desalentadora. Ciertos teóricos jurídicos han apuntado a la necesidad de voltearse hacia el pluralismo jurídico como una manera de entender las capas de miríadas de “regulaciones reforzando y traslapando”, siempre multiplicándose con estos flujos globales (Galanter, 1981: 18). Y el proyecto de trazar estas redes de normatividad, es frecuentemente acompañado por un llamado a abrazar esos pluralismos jurídicos que producen “inclusión social”, u ofrecen algún otro tipo de potencial emancipatorio (Santos, 1995).

Sin embargo, estos intentos de adoptar la pluralidad, involuntariamente dejan al derecho improbablemente monolítico, presuponiendo una separación entre el derecho y eso que parece estar fuera de él, en particular sus sujetos. Al examinar en detalle un lugar donde los ordenes jurídicos internacionales están siendo afectados, he sugerido en este artículo que el derecho está siempre listo para traer consigo a la pluralidad. Esta pluralidad surge de su necesaria recepción de lo que es percibido como externo a él, más notablemente para estos propósitos, sus sujetos. En el contexto de condicionalidad del FMI, las percepciones de esos sujetos peligrosos —el deudor soberano— puede ser visto de dos maneras, moldeado y siendo moldeado por las formas jurídicas del Fondo. De hecho, la formación y la confianza sobre el sujeto global jurídico, demuestra una carencia esencial de la auto-contención de las formas jurídicas globales y sus relaciones mutuamente constitutivas con lo que típicamente pueda ser percibido como externo a ellos. Sin embargo, en esta instancia, la circularidad de la relación entre el derecho y sus sujetos, revela más que una pluralidad jurídica. También explora la manera en que este sujeto en particular tiene que ser, tanto incluido como excluido, del sistema internacional de los estados al mismo tiempo. En su dependencia constitutiva sobre la inclusión de los excluidos, el orden jurídico internacional es, por tanto, revelado como siendo al mismo tiempo más robusto y más frágil que lo que las cuentas de lo global convencional aceptarían. Así, al desplazar la búsqueda, tanto de la “esencia” como el derecho “en otra parte”, encontramos una inminente pluralidad de formas jurídicas globales. A través de esta irresolución

productiva, un orden global aparentemente estable en sus desigualdades, puede comenzar a ser interrumpido.

Bibliografía

- Amaral, Sergio, "The Debt Crisis from the Point of View of a Debtor Country", *New York University Journal of International Law and Politics*, 17, 1985, p. 633.
- Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London, 2000.
- Appadurai, Arjun, *Modernity at Large: The Cultural Dimensions of Globalization*, University of Minnesota Press, Minneapolis & London, 1996.
- Articles of Agreement of the International Monetary Fund*, 22 July 1944, 60 Stat. 1401, T.I.A.S. No. 1501, 2 U.N.T.S. 39 (entered into force 27 December 1945).
- Ashley, Richard, "Untying the Sovereign State: A Double Reading of the Anarchy Problematique", *Millennium: Journal of International Studies*, 17(2), 1988, p. 227.
- Bhabha, Homi, "The Other Question: Difference, Discrimination, and the Discourse of Colonialism" in Ferguson, *et al*, *Out There: Marginalization and Contemporary Culture*, MIT Press, Cambridge, 1990, pp.71-89.
- Bogdanowicz-Bindert, Christine, "The Debt Crisis: The Case of Small and Medium Sized Debtors" *New York University Journal of International Law & Politics*, 17, 1985, p527.
- Carreau, Dominique, "Why not Merge the International Monetary Fund (IMF) with the International Bank for Reconstruction and Development (World Bank)?" *Fordham Law Review*, 62, 1994, p. 1989.
- Chatterjee, Partha, *The Politics of the Governed*, Columbia University Press, New York, 2004.
- Chossudovsky, Michel, *The Globalisation of Poverty: Impacts of IMF and World Bank Reforms*, Zed Books Ltd., London & New York, 1997.
- Dirks, Nicholas, *Castes of Mind: Colonialism and the Making of Modern India*, Princeton University Press, New Jersey, 2001.
- Doty, Roxanne Lynn, *Imperial Encounters: The Politics of Representation in North-South Relations*, University of Minnesota Press, Minneapolis & London, 1996.
- Ericson, Richard and Kevin Haggerty, *Policing the Risk Society*, University of Toronto Press, Toronto & Buffalo, 1997.
- Escobar, Arturo, *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton University Press, New Jersey, 1995.
- Fitzpatrick, Peter, "Missing Possibility: Socialisation, Culture and Consciousness" in Austin Sarat and Marianne Constable *et al* (eds.), *Crossing Boundaries: Traditions and Transformations in Law and Society Research*, Northwestern University Press, Evanstown, 1998.

Fitzpatrick, Peter, *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Fitzpatrick, Peter and Patricia Tuitt, "Introduction" in Peter Fitzpatrick and Patricia Tuitt (eds), *Critical Beings: Law, Nation and the Global Legal Subject*, Ashgate, Aldershot, 2004.

Fitzpatrick, Peter, "Interview" *The Believer* 2004. *Forthcoming*.

Foucault, Michel, *The Archaeology of Knowledge & the Discourse on Language*, Pantheon Books, New York, 1972.

Foucault, Michel, *The Will to Knowledge: The History of Sexuality Volume 1*, Penguin Group, London, 1976.

Galanter, Mark, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism*, 19, 1981, p.1.

Gold, Joseph, *Conditionality*, IMF Pamphlet Series No. 31, Washington, 1979.

Gold, Joseph, "The Relationship Between the International Monetary Fund and the World Bank", *Creighton Law Review*, 15, 1981-2, p.499.

Guha, Ranajit, "The Prose of Counter-Insurgency" in Ranajit Guha and Gayatri Chakravorty Spivak (eds.), *Selected Subaltern Studies*, Oxford University Press, New York, 1998a.

Guha, Ranajit, "On Some Aspects of the Colonialist Historiography of Colonial India" in Ranajit Guha and GC Spivak (eds.), *Selected Subaltern Studies*, Oxford University Press, New York, 1998b.

International Monetary Fund, "Biennial Review of the Fund's Surveillance" (August 2004a) <http://www.imf.org/external/np/pdr/surv/2004/082404.pdf>.

International Monetary Fund, "Signalling by the Fund: A Historical Review" (July 2004b) <http://www.imf.org/external/np/pdr/signal/2004/071604.pdf>.

International Monetary Fund, "IMF Surveillance: A Factsheet" (April 2003) <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/surv.htm>.

International Monetary Fund, *IMF supported Programs in Indonesia, Korea and Thailand: A Preliminary Assessment*, IMF, Washington, 1999.

International Monetary Fund, *Nigeria: Experience with Structural Adjustment*, IMF, Washington, 1997b.

Jackson, Robert, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

Jackson, Robert and Carl Rosberg, "Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood", *World Politics*, 35(1), 1982.

Krasner, Stephen, "Transforming International Regimes: What the Third World Wants and Why", *International Studies Quarterly*, 25(1), 1982, p.119.

Lichtenstein, Cynthia, "Aiding the Transformation of Economies: Is the Fund's Conditionality Appropriate to the Task?" *Fordham Law Review*, 62, 1994, p.1943.

Macaulay, Thomas Babbington, "Minute of 2 February 1835 on Indian Education" in G.M. Young, *Macaulay, Prose and Poetry*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1957.

Melissaris, Emmanuel, "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism", *Social and Legal Studies*, 13(1), 2004, p.57.

Otto, Dianne, "Subalternity and International Law: The Problems of Global Community and the Incommensurability of Difference", *Social and Legal Studies: An International Journal*, 5(3), 1996, p.337.

Pahuja, Sundhya, "Technologies of Empire: IMF Conditionality and the Reinscription of the North/South Divide" *Leiden Journal of International Law*, 13 (4), 2000, p.749.

Said, Edward, *Orientalism*, Vintage, New York, 1979.

Said, Edward, "Foreword", in Ranajit Guha and Gayatri Chakravorty Spivak (eds.), *Selected Subaltern Studies*, Oxford University Press, New York, 1988.

De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995.

De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths, London, 2002.

Schonfield, Andrew, "Introduction: Past Trends and New Factors" in Susan Strange (ed.), *International Monetary Relations of the Western World 1959-1971*, Oxford University Press, London, 1976.

Spivak, Gayatri Chakravorty, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.

Strange, Susan (ed.), *International Monetary Relations of the Western World 1959-1971*, Oxford University Press, London, 1976.

Strange, Susan, *States and Markets*, Pinter, London, 1988.

Tamanaha, Brian Z., "A Non-essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, 27(2), 2000, p.296.

Tarullo, Daniel, "Logic, Myth and the International Economic Order", *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, p.533.

The Economist, "Kill or Cure", 10 January 1998, 13.

The Korea Times, "The 'Third Way': A New Framework in Dispute" *The Korea Times*, 13 October 1998.

Twining, William, *The Province of Jurisprudence Re-examined: Problems of Generalization in a Global Context*, Inaugural Julius Stone Address 2000, given at the University of Sydney Law School on 24 August 2000, copy on file with the author, 2000a

Twining, William, *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, Hampshire, 2000b.

SOBERANÍA “POSTCOLONIAL” Y EL EVENTO DE LA PLURALIDAD¹

STEWART MOTH²

No es posible decir, tal como fue dicho por el juez Marshall de la nación Cherokee, que el pueblo aborigen de Australia está organizado como “una sociedad política separada de las otras”, o que ha sido tratado uniformemente como un estado... El pueblo aborigen está sujeto a las leyes del *Commonwealth* y de los estados o territorios en los cuales viven respectivamente. No tienen un órgano legislativo, ejecutivo o judicial por la cual la soberanía pueda ser ejercida.

Mason, *Coe v The Commonwealth* (1993, 115).

Los fanáticos tienen sus sueños, con los cuales saludan. Un paraíso para una secta; el salvaje también. Desde lo más alto de sus sueños, Adivinan el Paraíso; ...

John Keats, *La caída de Hyperón: Un sueño* (1819).

Resumen. Este artículo argumenta que el reconocimiento del derecho de los indígenas en Australia sobre la propiedad, está regulado en una variedad de maneras que se niegan a la pluralidad, afirma que los sistemas normativos indígenas han sido subordinados y existe una negación fundamental de una pluralidad de soberanías o sistemas normativos. Está organizado en tres partes: en la primera se determinará la soberanía “postcolonial” como un problema de “límites”, la segunda parte, delinea la crítica de los límites de Jean-Luc Nancy (de ser Una), y la tercera parte retoma casos recientes de títulos originarios en la Australia “postcolonial” que evidencian la negación de una pluralidad de leyes y comunidades.

Resumo: Este artigo argumenta que o reconhecimento do direito dos indígenas em Australia sobre a propriedade, esta regulado em uma variedade de formas que se negam á pluralidade, afirma que as sistemas normativas indígenas tem sido subordinados e existe uma negação fundamental de uma pluralidade de soberanias o sistemas normativas. Esta organizado em três partes: na primeira se determinará a soberania “postcolonial”, como um problema de “limites”, a segunda parte, delinea a crítica dos limites de Jean-Luc Nancy (de ser uma), e a terceira parte retoma casos recentes de títulos originários em a Austrália “postcolonial”, que evidenciam a negação de uma pluralidade de leis e comunidades.

Abstract: This article argues that the recognition of the right of the natives in Australia on the property, is regulated in a variety of ways that refuse to the plurality, affirms that the indigenous normative systems have been subordinated and exists a fundamental negation of a plurality of sovereignties or normative systems. It is organized in three parts: in first the postcolonial "sovereignty like a

¹ Traducido del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

² Profesor de Derecho en la *University of Kent at Canterbury, UK*. Quisiera agradecerle a Peter Fitzpatrick por sus comentarios en penúltimo bosquejo de este artículo. Su inspiración e influencia ha sido crucial por muchos años. También quisiera agradecerle a Brenna Bhandar por sus numerosas discusiones que retaron y cambiaron mi consideración sobre las acciones manejadas en este artículo. Como siempre, cualesquiera errores, son míos.

problem of" limits "was determined", the second part, it delineates the critic of the limits of Jean-Luc Nancy (of being One), and the third part retakes recent cases of original titles in "postcolonial" Australia that demonstrate the negation of a plurality of laws and communities.

1. Introducción

Durante la década pasada, los pueblos indígenas en la colonia de los colonos, tales como la de Australia, han exigido y ganado reconocimiento jurídico sobre los derechos de propiedad sobre sus tierras. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo de Australia en *Mabo v Queensland (No. 2)* (1992) es mirado, comúnmente, como un refugio de la presunción racista de que Australia era una propiedad vacante o *terra nullius* —una tierra poblada por gente no civilizada sin un sistema normativo. Hasta los comentaristas críticos anunciaron a *Mabo* como el reconocimiento de la “diferencia” (véase *Detmold*, 1995; *Patton*, 1997; *Webber*, 1995). El reconocimiento del tribunal, de que los pueblos indígenas tenían intereses de propiedad sobre la tierra (“título originario”) fue elogiado como el reconocimiento pleno de su humanidad, un refugio respecto del patronato jurídico, denigrante de las formaciones normativas y sociales indígenas (para una crítica de los términos y modos de reconocimiento, véase, *Motha*, 1998 y 2002). Sin embargo, la promesa de reconocer formaciones múltiples de normatividad y sociales, determinantes de derechos e intereses, aún no ha sido realizada. Adicionalmente, casos recientes de título originario han reiterado que la ley del colonizador es el único sistema normativo válido, y que las tradiciones y costumbres indígenas tienen que ser consistentes con las manifestaciones precoloniales si han de ser reconocidas como “no lavadas por las corrientes de la historia” (*Mabo*, 60; *Yorta Yorta v Victoria*, 1998 y 2002).

En este ensayo, argumentaré que el reconocimiento del derecho de los indígenas sobre la propiedad, está regulado en una variedad de maneras que se niegan a la pluralidad. Los instantes claves de esta negación, incluyen el hecho de que un “evento” singular, inatacable con argumentos (no-justiciable), está propuesto como la base del derecho y la sociedad australiana (*Mabo*, 31; para un recuento de la historia de la fundación de la colonia, véase, *Castles*, 1982; *Neal*, 1991). Casos subsecuentes han reiterado la singularidad de la soberanía colonial y “postcolonial”, y aseverado que únicamente puede haber un solo sistema normativo que de protección a los derechos e intereses. Los sistemas normativos indígenas han sido subordinados en tanto las bases efectivas de los reclamos de los títulos originarios. “Las tradiciones y las costumbres” indígenas tienen que conformarse a las manifestaciones pre-coloniales, y, una vez que estos sistemas han “expirado”, no pueden ser revividos. Existe, por tanto, una negación fundamental de una pluralidad de soberanías o sistemas normativos. Mi tratamiento de estos casos contesta la posibilidad misma de la singularidad de la soberanía y el derecho afirmado por los tribunales australianos. Concluyo en la idea de Jean-Luc

Nancy de argumentar que la singularidad es ya siempre plural. Esto es una visión que extendiendo a la soberanía “postcolonial” y el derecho.

El argumento está organizado en tres partes. En la primera, mostraré la problemática de un “evento” de soberanía singular, tal como emergió en *Mabo*. Caracterizaré la soberanía “postcolonial” como un problema de “límites” —esto es, como una pregunta por la posibilidad misma de una soberanía discretamente alcanzable. En la segunda parte, delinearé la crítica de los límites de Jean-Luc Nancy (de ser Una) —una crítica que extendiendo aquí al (imposible) “evento” singular soberano, afirmado por *Mabo*. El potencial radical emancipatorio de la idea de Nancy, es que caracteriza la imposibilidad de la singularidad (como ser, como estado, etcétera), y demuestra cómo, lo hace este fracaso, es el evento de la pluralidad o comunidad. Extiendo el análisis de Nancy al contexto “postcolonial” al argumentar que el fracaso de una singularidad, límite, evento soberano, es la ocasión de una comunidad sin esencia. En la última parte, regreso al contexto “postcolonial” australiano para considerar casos recientes de títulos originarios. Estos casos evidencian la negación de una pluralidad de leyes y comunidades. La afirmación de una concepción monista de soberanía ha sido acompañada por la afirmación “una norma sobre la tierra”, y la regulación/administración de las normas y costumbres tradicionales del pueblo aborigen a través de la “esencia” de ser un originario “apropiado”. La idea de Nancy será desplegada para subestimar los términos de dicho (des)reconocimiento del derecho y la comunidad indígena.

2. Soberanía limitada —¿(Re)acondicionando a la nación “postcolonial”?

En *Mabo*, a la Suprema Corte de Australia, se le pidió determinar si la anexión de las Islas de *Murria* a la Colonia de *Queensland* en 1879 o 1895, transfirió la total propiedad de la tierra a la Corona (la decisión del juez Brennan, es comúnmente considerada como la decisión principal, —(*Mabo*, 16-76). Los actores, representantes del pueblo *Meriam*, reclamaban que la Corona adquirió un “*radical title*”³ (título al territorio o *imperium*) mas no el “*beneficial ownership*”⁴ (posesión o *dominium*) (*Ibid*, 30). El demandado, *State of Queensland*, argumentó que la Corona adquirió el “*beneficial ownership*” absoluto de propiedad sobre la tierra al afirmar su soberanía (*ibid*, 26). Al aceptar la distinción entre el “*radical title*” y “*beneficial ownership*” sobre la tierra, el tribunal confirmó la adquisición

³ Sólo puede ser explicado como el título sobre un país, adquirido por medio de un acto de soberanía por la Corona. Véase la página de Internet <http://www.brumbywatchaustralia.com/Principality14.htm> (Nota de la traductora).

⁴ Proviene de “*beneficial owner*” persona que no goza formalmente de la propiedad de un bien, pero tiene tales derechos relativos a éste que disfruta en realidad de los beneficios de tal propiedad. (Nota de la traductora.)

de soberanía de las Islas Murria, pero reconoció que una forma de título, *sui generis*, llamado “título originario”, debía ser reconocido por el *common law* y era, por tanto, una carga sobre el título radical de la Corona. El incidente del título originario sería determinado por las normas y costumbres tradicionales de la comunidad indígena que hacía el reclamo (*Ibid*, 58-9). Señaladamente, si una comunidad indígena perdiera su conexión física con la tierra o dejara de practicar sus normas y costumbres tradicionales, ambas preguntas de hecho determinadas por los tribunales, el título originario no podría ser reconocido:

Cuando las corrientes de la historia se ha llevado cualquier reconocimiento real de normas tradicionales y cualquier observación real de costumbres tradicionales, la fundación del título originario ha desaparecido, (*ibid*, 60).

Tal determinación, efectivamente, declararía la “no-existencia” de una comunidad indígena en particular, con normas tradicionales suficientes para mantener un reclamo sobre la tierra. La Suprema Corte también manifestó que el título originario debía considerarse extinguido por la transferencia de tenencias inconsistentes o la apropiación de la tierra por la Corona para sus propios propósitos. El juez Brennan atribuyó actos de enajenación y apropiación solamente a la Corona, ejerciendo su “autoridad soberana sobre la tierra”, por tanto, intentando absolver al *common law* de cualquier responsabilidad por extinción del título originario (*ibid*, 68-9).⁵ El poder de desposeer al pueblo indígena es, por tanto, un poder “excepcional” cuyas acciones no pueden ser reconsideradas por un sistema jurídico “postcolonial”.

2.1. Los límites de la soberanía en *Mabo* (No. 2)

Existen varias instancias en *Mabo* donde la inauguración del derecho y una sociedad “postcolonial”, está basada en la concepción limitada de la soberanía:

Desposeer al pueblo indígena de sus tierras se atribuye a una soberanía imperial. Una concepción limitada de soberanía, permite que estos actos de desposesión sean relegados a una, ahora, era “colonial” (*ibid*, 31).

Los fundamentos para la recepción del *common law* de Inglaterra en Australia, es una consecuencia de una aceptación imperial de soberanía sobre el territorio considerado como una “propiedad vacante” (*terra nullius*) porque sus habitantes eran “bárbaros” y “bajos en la escala de la organización social” (*Ibid*,

⁵ Por *common law* me refiero al derecho aplicado por tribunales distintos en estatutos y convenciones. El *common law* abarca todo el conjunto de decisiones anteriores del tribunal. El *common law* de Australia es derivado del *common law* de Inglaterra. Este último, a su vez, se deriva, como cuenta la historia, del uso inmemorial.

38). Una concepción limitada de soberanía permite al derecho australiano *retener*, y *partir* de, los fundamentos racistas de la recepción del derecho en el territorio. Al considerar la soberanía como monista, singular o limitada, un sistema jurídico previamente preocupado con las exigencias del imperio, ahora tiene la habilidad de madurar en una “ley australiana”, ya no bajo los apremios de los tribunales del imperio (*ibid*, 29, 34-8).

La violencia acompañó la llegada de los colonos y la ocupación del continente australiano. Los pueblos indígenas fueron excluidos y marginados de la sociedad colonial, del marco de trabajo económico y en algunos casos eliminados a través de actos violentos de genocidio (Reynolds, 1997; Comisión de Derechos Humanos de Australia, 1997). Una concepción limitada de soberanía que relega estos eventos a un “pasado” remoto, permite a los tribunales inaugurar, y afirmar una sociedad que refleja “valores contemporáneos basados en los derechos humanos universales”. Relegando violencia y desposesión a un “pasado” remoto, el Tribunal Supremo afirmó la igualdad de todos los australianos al anunciar que Australia ya no está “congelada en una edad de discriminación racial (*Mabo*, 41-2). Por tanto, el derecho y la sociedad australiana dependen, grandemente de la posibilidad de una “limitada”, contenible, y colonial soberanía. Esto es, un límite tendría que separar la soberanía imperial y el derecho nacional, ahora capaz de reconocer los derechos de ciudadanía (como poseedores) de los pueblos indígenas.

Lo que deseo hacer ahora es traer a cuestión la posibilidad de un “singular” “evento” soberano “limitado”, que pareció ser tan esencial para la producción de un derecho y una sociedad “postcolonial”. El Tribunal Supremo de *Mabo* afirmó que un “evento” soberano tuvo lugar en algún momento del pasado y que fue la “causa” de una variedad de consecuencias no-detestables tal como la desposesión de los pueblos indígenas. Un nuevo *common law* auto-suficiente, puede, “ahora” reconocer esta detestabilidad y “cambiar” las implicaciones y consecuencias del “evento” soberano reconociendo el “título originario”. En una decisión subsiguiente del Tribunal Supremo en *Wik Peoples v Queensland* (1996), el juez Gummow confiadamente, afirmó la “presencia” de una soberanía “colonial” y la posibilidad de su alteración:

Por tanto, fue apropiado declarar en 1992 [...].*[Mabo]* [...]. el *common law* en una mirada particular de pasados eventos históricos. Esta visión difería de las asunciones, tanto como extendía, la recepción del derecho territorial inglés, sobre el cual fueron formadas las preposiciones básicas del derecho territorial australiano en las colonias antes de su federación. Hasta donde el *common law* “es entendido como la suprema fundación constitucional en Australia, hubo un cambio perceptible en esa fundación”, más allá de lo que fue entendido en la federación. (*ibid*, 182, énfasis agregado).

La *aporía* en este pasaje, es su reconocimiento de la imposibilidad de un limitado, fijo concepto de soberanía, mientras retiene la noción del *common law* como la fundación “suprema”. El único “cambio” perceptible en *Mabo*, fueron las

acompañantes de la soberanía —ya sea que la soberanía resultó en que la Corona se convirtió en el propietario absoluto de la tierra, o ya sea que los derechos de propiedad antecedentes de los pueblos indígenas sobrevivieron a la anexión de sus territorios. El establecimiento de una colonia a través de un acto imperial soberano, los actos subsiguientes soberanos de desposesión y la fundación del *common law*, no fueron turbados por el Tribunal Supremo de *Mabo* (*Mabo*, 31-2).

¿Puede la afirmación imperial de la soberanía ser tratada como un “evento” limitado discreto? Según Fitzpatrick, la afirmación colonial de soberanía es “parcial y contingente” (Fitzpatrick, 2002, 234). La soberanía era, desde un principio, imperfecta, y precisaba ser confirmada por la ocupación y la colonialización (*Mabo*, por los jueces Deane and Gaudron, 78). Y la aseveración de soberanía no desposeyó inmediatamente a los habitantes indígenas, puesto que esto pasó al otorgar soberana garantía de ocupación “parcela por parcela” (*Mabo*, Juez Brennan, 69). Tampoco está claro cuándo Australia se convirtió en una “nación” (*New South Wales v The Commonwealth*, 1975, por el juez Stephens). La usurpación de la soberanía y del territorio no resultó en que la Corona obtuviera propiedad absoluta de la tierra. Ni erradicó, a pesar de los genocidas esfuerzos para hacerlo, las normas y costumbres tradicionales de los pueblos indígenas, que están condicionadas, de acuerdo con *Mabo*, en su reconocimiento como propietarios de un interés subordinado sobre la tierra. A pesar de estas múltiples razones para negar una unitaria limitada concepción de la soberanía, para el Tribunal Supremo, la soberanía es un evento constitutivo que habita un tiempo singular y un espacio “de entonces”. La soberanía es un fenómeno monista que no puede ser llamado a cuestionarse en un tribunal municipal (*Mabo*, 31). Sin embargo, existe la posibilidad de una ley renovada, purificada de una excepcionalidad imperial:

El derecho australiano no es tan sólo el sucesor histórico, sino que es una forma orgánica de desarrollo, del derecho inglés. A pesar de que nuestro derecho es prisionero de su historia, no está sujeto a las decisiones del tribunal en la jerarquía de un Imperio, entonces pre-ocupado con el desarrollo de sus colonias. (*Ibid*, 29).

El ejercicio de la soberanía colonial es vista como limitada e ilimitada, un evento que tuvo lugar “entonces”, pero también uno que es capaz de alcanzar hasta el presente y el futuro como la fuerza que “aprisiona” el derecho australiano. Pese a su sometimiento a una soberanía ilimitable, el Tribunal Supremo australiano ahora tiene la “máxima responsabilidad de declarar el derecho de una nación” (*ibid*). El juez Brennan afirma que la “paz y el orden de la sociedad australiana está construida sobre el sistema jurídico” (*ibid*, 30). Son “principios que constituyen el esqueleto” de un sistema jurídico en lugar de excepciones soberanas que son invocadas para delimitar el alcance con el cual los tribunales pueden ahora partir desde su soberanía anterior (ejecutiva) y decisiones legislativas cuando responden a los reclamos de justicia (*ibid*).

En suma, el Tribunal Supremo en *Mabo* desplegó los lineamientos contradictorios de la soberanía identificados por Fitzpatrick —una delimitada, finita soberanía que estableció el *common law* de “entonces”, sobre la base de que los habitantes indígenas eran “bárbaros”, “careciendo de un derecho estable”, y, por tanto, muy abajo en la escala de la organización social (*ibid.*, 37-8). Pero esta afirmación de soberanía no es justificable en los tribunales establecidos por la soberanía, y, de ese modo, la afirmación de soberanía es “elevada más allá de sus límites”. La identidad de la soberanía como un fenómeno limitado, capaz de ser distinguido y desmentido por el derecho “postcolonial” es, así, paradójicamente socavado por la afirmación de la no-justificabilidad que eleva a la soberanía “más allá de sus límites” (la soberanía cómo infinita). La “postcolonialidad” del *common law*, en sí mismo, es puesta en duda por la elevación más allá de sus límites de la soberanía imperial, ¿cuál es el límite que marca la diferencia entre la afirmación colonial de la soberanía sobre un “desierto inhabitado” (*terra nullius*), y un derecho fundado sobre esa afirmación? El juez Brennan intentó socavar la teoría que explicaba la afirmación de la soberanía, la “noción engrandecida de *terra nullius*”, al separar la soberanía y el derecho. Pero esto es una afirmación de una diferencia que es imposible si la soberanía es inasible. Éste es el motivo por el cual el límite (im)posible que marca la diferencia entre soberanía y derecho, requiere elaboración —una tarea que encaro en la siguiente parte de este ensayo. El evento “singular” de la soberanía es central al derecho como su fundamento, pero también excede al derecho como un evento que no es justiciable. Poner en duda un evento de soberanía que excede al derecho, es precisamente lo que está en juego en los intentos de inaugurar lo “postcolonial” —un intento de resucitar las identidades enterradas, las leyes y las comunidades que han sobrevivido en la periferia de la sociedad imperial colonial.

¿Qué cuenta puede darse de este “espacio” entre la soberanía y el derecho? ¿Qué calidades están siendo atribuidas al “evento” de soberanía cuando se asume que puede ser tanto preservada como desmentida? En mi discusión de *Mabo* he identificado una calidad finita e infinita atribuida a la soberanía. En lo subsiguiente deseo dar cuenta de la imposibilidad de una soberanía (in)finita. Quiero argumentar que la soberanía no puede verse como un “evento” “posterior a” (soberanía finita), ni puede ser la voluntad “absoluta” o esencia que funda el derecho y la comunidad (soberanía infinita). La imposibilidad de una concepción de soberanía finita o infinita es un acotamiento a la soberanía, lo cual desarrollaré a través de la crítica de Jean-Luc Nancy sobre la “finitud del ser”. Argumentaré, a través de Nancy, que la imposibilidad de la soberanía finita e infinita implica una “relación” —una pluralidad que es la ocasión de la “comunidad”.

3. La imposibilidad de la Soberanía Finita/Infinita

En “La Comunidad Inoperable” Nancy pone en cuestión la posibilidad de un sujeto atomístico “absoluto”, como individuo o Estado, el cual existe en totalidad “por sí mismo” (Nancy, 1991, 4). Según Nancy, el sujeto individual o “Estado total” no puede ser “perfectamente separado, distinto o cerrado” (*ibid*). No puede haber un “ser sin una relación” (*ibid*). Nancy trata de establecer que todo ser atomístico, finito, ya sea éste un individuo, o el Estado, implica una relación en su separación:

Una lógica simple y temible siempre implicará que dentro de su misma separación lo separado absolutamente se cerca, si podemos decir esto, más de lo que simplemente está separado. Lo cual es decir de la separación misma, de su ser cercada, que el cerco no sólo debe cercarse alrededor del territorio (mientras continúa expuesta, en sus límites, con otro territorio, con el cual, por tanto, se comunica), sino también alrededor del cerco mismo para poder completar lo absoluto de su separación, (*ibid*).

En este pasaje, Nancy afirma que los “límites” que marcan la separación del ser (del individuo o del Estado), para poder ser una separación absoluta, tendría que ser tan meticulosa, y “puramente” reducida, que no podría comunicarse en las orillas con el sujeto, el territorio, el espacio junto a él. Una separación tan absoluta, argumenta Nancy, es imposible: “para estar solo absolutamente, no es suficiente que yo lo esté; también tengo que estar solo al estar solo —y esto obviamente es contradictorio” (*ibid*). La idea de un ser finito se viola a sí misma al grado que “finitud” implica una separación que es al momento una “comunicación” con aquello que está a su lado. Al afirmar su separación, lo absoluto se deshace por la “relación” (comunicación, comunidad) con la cual está expuesta. La “presencia” de lo absoluto como absoluto es, por tanto, llamada a ser cuestionada, deshecha por la lógica del absolutismo (*ibid*). La finitud es imposible por que el ser finito implica una comunicación y una relación. Es, por tanto, dentro de “la lógica de lo absoluto” que “la comunidad viene forzosamente a *cortar dentro*” del sujeto/ser/estado (*Ibid*). Es esta crítica de finitud la que deseo traer para fundamentar la “presencia” de un “evento” soberano como discreto.

En *Mabo* fue desarrollado un “acto del estado”. El “evento” soberano fue presentado como el origen del derecho y la sociedad de “la colonia” —un “evento” de la cual el derecho y la sociedad “postcolonial”, orientada hacia el futuro, necesitaba desasociarse. Al mismo tiempo, este “evento” soberano fue preservado como el derecho australiano original, el cual no podía ser analizado o negado, y se le concedió una calidad infinita. Nancy se pregunta sobre la finitud de un ser absoluto o una totalidad que no tiene respaldo más allá de él mismo. Así, el “espacio” de la soberanía en relación con el derecho, en *Mabo*, el distanciamiento asegurado como una condición para hacer una distinción entre colonial/“postcolonial”, derecho y sociedad, es cuestionado por la crítica de Nancy.

La soberanía no puede ser una totalidad infinita o un evento discreto. Crucialmente, este fracaso de finitud es el motivo de una relación, una comunidad. No elaboraré por el momento el cómo, según Nancy, el fracaso de la finitud es el motivo de “una comunidad”.

3.1 La pluralidad original del ser o “el ser en común”

La caracterización de Nancy de la imposibilidad de una finitud demuestra que la lógica del “ser-uno” es el motivo de “una comunidad”. La imposibilidad de un ser-solitario “individual” no resulta en la imposibilidad de un “ser-singular”. Más bien, su punto es que la “singularidad” implica una pluralidad de seres singulares (*ibid*, 6). La singularidad no toma lugar en el “nivel de los átomos” sino en la “inclinación” (“*clinamen*”) entre un ser y otro (*ibid*, 3-4,6-7). Es esta inclinación la que abre la posibilidad de un “ser-en-común” (*Ibid*, 4). Entonces, ¿qué es un “ser-en-común”? Nancy explica un “ser-en-común” en diversas formas en varios textos (Nancy, 1991; 1993, Cap. 7; 2000, 56-65). Una aproximación es la discusión acerca de la muerte. Él argumenta que la muerte de un individuo no puede ser desasociada de los individuos siendo-en-comunidad. Un individuo no puede experimentar su propia muerte. La muerte del individuo, el testimonio supremo de la finitud de la existencia, no puede revelarse a este ser finito. A pesar de que la muerte de un individuo, la muerte del “yo”, es “lo más propio e inalienablemente suyo”, yo “no puedo decir que esto es la muerte” (Nancy, 1991, 14). Existe, así, una “revelación recíproca” de la muerte y la comunidad (*ibid*). La muerte de un individuo es revelado por “estar” con otros, y, ésta es la comunidad que siente la muerte de uno de sus miembros (*ibid*). La muerte no se siente en un “sentido auténtico” por la comunidad —“siempre estamos ahí a un lado” (*ibid*, 33). El “compartir” el conocimiento de la muerte (de otros) es sólo un reconocimiento de que “no existe nada reconocible” (*ibid*). El ser-en-común tampoco es una aseveración de un límite *entre* comunidades o una comunidad absoluta:

El compartir se resume en lo siguiente: lo que la comunidad me revela, al presentarme mi nacimiento y mi muerte, es mi existencia exterior. Lo cual no significa que mi existencia está reinvertida dentro o por la comunidad, como si la comunidad fuera otro sujeto el cual me postergue, de una manera dialéctica o comunal. *La comunidad no redetermina la finitud que expone. La comunidad en sí misma, en suma, no es más que esta exposición.* Es la comunidad de seres finitos, y, como tal, la misma es una comunidad finita. En otras palabras, no una comunidad limitada *contrario sensu*, una comunidad absoluta, sino una comunidad de finitud, porque la finitud “es” comunitaria, y, porque la finitud, en sí misma, es comunitaria. (*ibid*, 26-7) (Subrayado por el autor).

La finitud sólo puede ser experimentada en comunidad. Lo que significa estar *en* comunidad es estar “expuesto” al hecho de que el ser finito es siempre

ya “ser-en-común”. Como argumenta Nancy, la comunidad no absorbe o “re-determina”⁶ finitud. De lo contrario, la comunidad es una exposición de finitud. “Uno” no puede ser “uno” sin esta exposición en comunidad. Lo que es significativo en esta discusión, para mis propósitos, es que el “compartir” que toma lugar en la “muerte” es el compartir el conocimiento de lo “limitado” —una “experiencia” de finitud, lo cual sólo puede “suceder” en comunidad.

¿Cuáles son las implicaciones de esta idea para la crítica de una concepción finita de soberanía? Como vimos, en el contexto “postcolonial” australiano, se desarrolla una concepción soberana de finitud como la “base” o fundación del derecho y la sociedad australiana. La soberanía colonial sólo puede ser preservada y negada como el fundamento de un derecho y sociedad “postcolonial”, si la soberanía puede ser contenida, esto es, presentada como un ente discreto finito. Una de las implicaciones de la crítica de Nancy, cuando es usada para apoyar el intento de inaugurar un derecho y una sociedad “postcolonial” en Australia, es que deshace la posibilidad de una soberanía finita como discreta, delimitada, fundamento de un derecho y una comunidad (“postcolonial”). Como la finitud no tiene una “presencia” fuera de su compartir o relación, la mera posibilidad de auto-suficiente, una soberanía finita queda refutada. La soberanía-como-uno no puede estar “aislada”. El nacimiento de la finitud, Nancy argumenta, es sin “fundamento”:

Los “fundamentos” son en sí mismos y como tales, ya la finitud de las singularidades. Es un “fundamento” sin fundamento, no tanto en el sentido en que abre un enorme hoyo de un abismo como que tan sólo está hecho de una red, tejida, y las singularidades del compartir. [...] No existe nada detrás de las singularidades —pero existe fuera de él, y dentro de él, el espacio inmaterial y material que lo distribuye y comparte como una singularidad (*ibid.*, 27).

Si la finitud es sin “fundamento”, si sólo tiene lugar en, y a través de, la distribución y el compartir singularidades, y entonces existe un motivo para preguntarse por la posibilidad misma de un fundamento absoluto del derecho y sociedad, el cual puede ser preservado y negado como un “evento” que tuvo lugar “entonces”. Ésta fue la problemática que identifiqué en mis lecturas sobre *Mabo*. La crítica de Nancy de la finitud, sugiere que es la distribución de “singularidades” y el compartir, la que toma lugar en el “límite” de la singularidad que permite la posibilidad de un ser finito. Al exponer esta idea para soportar una concepción finita de soberanía, necesitamos preguntar: ¿cuáles son sus límites, cuáles son las redes en las cuales se distribuye? La comunidad no es un resultado, el “producto”, de la ausencia de un fundamento de finitud. La comunidad es un “co-aparcimiento” de finitud. Esto demanda más explicaciones.

⁶ Preguntado el autor por la traductora respondió que la palabra “*sublate*”, aquí traducido como “re-determinar”, equivale a la palabra alemana “*aufheben*” de Hegel, que incluye la idea de superar, pero también retener lo positivo de lo superado. (Nota de la traductora).

3.2. Disposición de los orígenes — Rehusando un origen del derecho

Para Nancy, “la finitud por sí misma no es nada” (*Ibid*, 28). No es un fundamento, una esencia o una substancia (*ibid*). La finitud es siempre el compartir. Nancy, persistentemente, hace esta propuesta, en varios textos: no existe un “origen u origen de identidad” (*ibid*, 33) el cual toma forma a través de la “exclusión”, ni siquiera una “inclusión de exclusión” (Nancy, 2000, 24). En lugar de un ser auto-suficiente, o un ser constituido por la exclusión, Nancy propone la “disposición” original de los seres (Nancy, 2000, 24-5). Para Nancy, el “origen” del ser es una “disposición” (*ibid*, 25). En el centro de este enunciado, está la proposición de que “lo ‘exterior’ del origen está en su ‘interior’” (*ibid*, 11, 13). No existe una delimitación pura de “exterior” que fundamenta o constituye el ser. Brevemente expondré lo que Nancy quiere decir por “disposición” original.

Nancy se aproxima a esta cuestión a través de un recuento de lo original, lo cual rehúsa un fundamento esencial del ser en comunidad como razón o humanidad —la apelación a “un-origen” (*ibid*, 24). En su lugar, propone una ontología del origen donde el acceso a un origen es refutado por su ocultamiento en la multiplicidad (*ibid*, 10-11). “Nosotros” no podemos identificarnos en, o como, el origen —“nosotros” sólo podemos identificarnos con él. Nancy se refiere a esto como la “coexistencia originaria” (*ibid*, 11). Para tratar de exponerlo simplemente, yo soy un ser *singular entre* una multiplicidad de seres singulares. Yo, y cada otro yo, somos originalmente singulares, pero es una singularidad que es, al mismo tiempo, plural: la palabra *singuli* del latín quiere decir “uno por uno” (una palabra que sólo existe en plural) (Nancy, 2000^a, 156). Lo otro de un ser-original singular no es el “desconocido, esencial que está opuesto a lo que es apropiado” (Nancy, 2000, 11) como en tantos instantes constructivistas. Lo del ser-origen es “uno de los dos” (*ibid*). Este “otro”, es “uno” entre tantos en la medida en que, como son tantos, es *cada uno*, y es *cada vez* uno, uno entre todos y uno *entre* todos nosotros” (*ibid*). Cada uno es el origen de todos nosotros porque no podemos “estar solos estando solos”. Yo soy, nosotros somos, pluralidad singular. De esta manera el “estar-con” nunca es secundario respecto de un origen. El origen mismo es una coexistencia de orígenes. Esto es lo que esencialmente se expresa en la frase “Ser pluralmente singular”: “La pluralidad de seres está en la base del “Ser” (*ibid*, 12). El significado del Ser, la importancia de la relación entre ser(es) y Ser, y la disposición original de seres es explicado en el siguiente pasaje, el cual vale la pena citar en extenso:

Un ser singular es una contradicción de términos. Tal ser, el cual sería su propio fundamento, origen e intimidad, sería incapaz de *Ser*, en todo los sentidos que la expresión pueda tener aquí. “Ser” no es ni estado ni calidad, sino acción, de acuerdo con lo que Kant llama “la [sola] posición de una cosa” toma lugar (“es”). La simplicidad de la “posición” no implica nada más que el ser discreto, en el sentido matemático, o su *forma* distintiva, en el sentido de *estar*, otro (al menos posible) de las posiciones, o su distinción *entre*, en el sentido de estar en medio, de otras posiciones. En otras palabras, cada posición también es una dispo-

sición, y considerando la apariencia que toma el lugar de, y en la posición, todas las apariencias son co-apariencias [*com-parution*]. Éste es el motivo por el cual al Ser se le da existencia, siendo-en-uno mismo-fuera-de uno mismo, el cual *hacemos* explícito, nosotros los “humanos”, pero lo cual hacemos explícito, como he dicho, *para*, la totalidad de los Seres. (*ibid*, 12) (Subrayado por el autor).

La disposición es el momento del compartir. Junto con Nancy quiero argumentar que la soberanía no ocupa una posición finita “fuera” del derecho. Ni puede ser “contenida” con el propósito de “preservación” o “negación”, como hemos observado en el intento de inaugurar un derecho y una sociedad australiana “postcolonial”.

La “posición” de la soberanía es siempre ya una “disposición”. Esto es, la soberanía siempre aparece con, a un lado, junto a, una ley que es una ley de la comunidad. Así como un ser finito no puede ser separado, no puede “estar solo estando solo”, la soberanía no es capaz de tal finitud. La singularidad es, siempre como hemos observado en la discusión antedicha, un ser expuesto a la “pluralidad”. Nancy también afirma este punto en “La comunidad inoperante”:

[...] lo que mantiene el lugar del “origen” es el compartir las singularidades. Esto quiere decir que el “origen” —el origen de la comunidad o el de comunidad originaria— no es otra que el límite: el origen es el calco de las fronteras sobre las cuales, o por las cuales, los seres singulares están expuestos (Nancy, 1991, 33).

La finitud aparece, se expone, y, por tanto, existe, como una comunicación (*ibid*). La finitud “co-aparece”, “*compears*” (*ibid*, 28). Esto es, el ser finito siempre se presenta a sí mismo junto con:

[...] por que la finitud siempre se presenta a sí misma estando-en-común y como siendo en sí mismo, y siempre se presenta a sí misma en una *audiencia* y antes de una sentencia de la ley de la comunidad, o, más originariamente, antes de una sentencia de la comunidad como derecho (*ibid*) (Subrayado por el autor).

Un ser singular, finito (uno que tomo por ser indicativo de una soberanía monista —lo que implica, que es también indicativo de la imposibilidad de tal monismo) se presenta a sí mismo, de acuerdo con Nancy, ante el “derecho de la comunidad”, y “como derecho de la comunidad”. ¿Qué es el “derecho de la comunidad” antes que tal finitud se presente a sí misma? En corto, el “derecho de la comunidad” connota la ontología de “ser-en-común”. El ser-en-común es como la finitud: siempre se presenta a sí misma. “La comunidad es derecho”, es la presentación, o la co-presentación originaria, la co-presencia, de la finitud. No existe Un origen. Nancy conforma esto en su reciente reflexión sobre en “La Comunidad Inoperante”, cuando afirma que:

Ha existido ya, siempre ya, un “trabajo” de comunidad, una operación de compartir lo que siempre ha sido anterior a cualquier existencia singular o genérica, una comunicación y un contagio sin el cual sería impensable el tener, en una manera puramente general, cualquier

presencia o cualquier mundo, ya que cada uno de estos términos trae consigo la implicación de una co-existencia o de una co-pertenencia [...] (Nancy, 2003, 32) (Subrayado por el autor).

El origen es siempre ya una co-originación. La “presencia” de un concepto tal como la soberanía, o el derecho, es siempre ya una co-apariencia, la cual trae consigo el problema del límite que separa —el límite que es un sitio de un compartir, una pluralidad.

Cuando se afirma que la soberanía es un “evento” finito que no permite el reconocimiento de la soberanía aborígen o sus estructuras normativas, está negando precisamente la necesaria existencia de la pluralidad. Un origen del derecho o de la sociedad es siempre ya un exposición al otro lado del “límite” —uno que es representado como un “evento” fundacional singular. El “evento” soberano no puede ser contenido dentro de un “límite” y es siempre ya el “evento” de la pluralidad, la comunidad —para reiterar: “Lo que mantiene el lugar de un “origen” es el compartir singularidades” (Nancy, 1991,33). Esto es verdad del “evento” del fundamento del derecho, quisiera alegar, tal como lo es para la fundación de una colonia que luego pretende haberse convertido en una “sociedad que respeta los derechos humanos” (el tipo de sociedad que *Mabo* pretendía haber inaugurado en Australia). La fundación nunca puede ser contenida dentro del “límite” del monismo. La idea de Nancy, por tanto niega la posibilidad de una soberanía singular, o un derecho, al subestimar los “eventos” monistas por los cuales estos están apoyados. En lugar de la necesaria “disposición” de orígenes que observamos a través de Nancy, *Mabo* retiene “Un origen” del derecho y de la sociedad, y meramente ajusta el reconocimiento del derecho del interés del propietario dentro de “una” unida “civilizada” sociedad, que respeta los derechos humanos. Este reconocimiento también es convertido en objeto de las cualificaciones de una tradición “apropiada” que no debe ser repugnante a “la justicia natural, la equidad y la buena consciencia”. En la siguiente parte de este trabajo, regreso al contexto “postcolonial” australiano para demostrar cómo la insistencia de una soberanía singular y “el derecho a la tierra” es contingente respecto de su negación de una pluralidad de leyes —la negación de reconocer un sistema normativo aborígen.

4. Una soberanía, una ley —la negación de la pluralidad

En recientes casos de propiedad, la “aboriginalidad” a sido objeto de varias “esencias” determinantes. Existe en una idea “esencial” de “tradición y costumbre”, la cual puede “desaparecer” o ser demasiado “repugnante” para ser reconocida. El incidente de título originario, es el de ser decidido por las leyes y costumbres tradicionales “visto que esas leyes y costumbres no sean repugnantes a la justicia natural, la equidad y la buena consciencia con que tienen que ser aceptadas las sanciones jurídicas, bajo el nuevo régimen”, (*Mabo*, 61). Aunque el juez

Brennan reconozca que la toma de tierras de los aborígenes sucedió a la fuerza, las consecuencias de esa toma, sobre las leyes y costumbres indígenas, es una alteración o “desaparición” (*ibid*, 60-1). Las implicaciones son que el pueblo indígena ha “perdido” sus leyes y costumbres —un final que es terminal para la comunidad indígena y el reconocimiento de sus intereses de propiedad sobre la tierra. Aunque las tradiciones aborígenes sólo deben ser observadas tanto “como sean practicables”, se tienen que conformar a los estándares de “reconocimiento real” y “observancia real” (*ibid*). Estos estándares son impuestos por los tribunales colonizadores. Povinelli argumenta que esto sustituye la noción de “cultura” de una “versión antigua de una raza” en virtud de la cual, si “una cultura aborígen se cruza con otra ‘cultura’ hasta un grado indefinido” renuncia a sus derechos antecedentes (Povinelli, 2002, 164). O, como Borrows lo ha puesto de manera tan conmovedora en relación con los casos canadienses que establecieron un régimen similar para regular los derechos aborígenes, los jueces están decidiendo qué es ser aborígen: “Ser aborígen es retrospectivo”, quiere decir “hubo una vez en algún momento” (Borrows, 2002, 60, hablando sobre *R v Van der Peet*, 1996). Con esta noción de pureza cultural, la cual, en el discurso del multiculturalismo, es transformada en “ser distinto” (Povinelli, 165), la comunidad aborígen, las leyes y tradiciones, son lanzadas a un proceso que tiene su “presencia” determinada por actos soberanos y sus consecuencias jurídicas.

El ejemplo más notorio de la insistencia de un grupo esencialmente comunitario como el precursor para el reconocimiento del derecho de propiedad originario, es el caso de *Yorta Yorta Comunidad Aborígen v El Estado de Victoria* (1998).⁷ El caso *Yorta Yorta* es indicativo del asunto general que quiero poner en esta parte del trabajo —que un fundamento “esencial” de comunidad, en el contexto de los casos de título de propiedad originaria a través de la noción de “derecho tradicional y costumbres”, es central para mantener una finitud, una concepción monista de soberanía. En los casos de título de propiedad originaria, la aseveración colonial de soberanía se hace para desplazar el sistema normativo existente de los pueblos indígenas y establecer una “derecho del territorio”. La aseveración de *Una* ley es central para mantener el singular y unitario sentido de soberanía.

El Juez Olney, juez de primera instancia, en su aplicación de este título originario de propiedad, encontró que los actores habían perdido su “persona-

⁷ Ésta fue la primera demanda en llegar a juicio después de la enmienda del *Acta de Propiedad Originaria* de 1993. La demanda fue apelada en 1995, y finalmente, dictaminada por la Suprema Corte en diciembre de 2002. La del juez Olney, el juez de primera instancia, fue apelada ante el Tribunal Superior Federal que decidió a favor del juez por mayoría de 2-1. La decisión fue apelada ante el Tribunal Colegiado de Circuito, que, a pesar de variar algunos elementos de la prueba aplicada por Olney J, desestimó el caso. La consecuencia fue que la Comunidad Aborígen Yorta Yorta no pudo establecer de manera exitosa ningún derecho de título de propiedad originaria.

lidad” de “comunidad tradicional aborigen” *ibid*, párrafo 128).⁸ Dada esta pérdida de personalidad “tradicional”, los actores no pudieron probar que ellos mantenían derechos e intereses de acuerdo con las leyes y costumbres tradicionales. Esta conclusión fue tomada por la aplicación de los principios fijados en *Mabo*. Aquí proveo un breve recuento de cómo fue decidido el caso. El Juez Olney sumó lo que él consideró eran los elementos que el grupo de actores tenían que establecer para que ellos pudieran hacer una demanda de título de propiedad originario (*ibid*, párrafos 3-4). Vale la pena exponerlos por pasos:

1. El grupo de actores, ya fuera un clan, una comunidad o de otra manera, debe mostrar que ellos son descendientes del pueblo indígena que ocupó el área reclamada antes de la aseveración de la Soberanía de la Corona;
2. Debe establecerse la naturaleza y el contenido de las leyes y costumbres tradicionales y su observación, en relación con la tradición del territorio;
3. Los actores tienen que demostrar que la conexión tradicional con el territorio, ha sido “mantenida substancialmente” desde el momento en que la soberanía fue aseverada;
4. Una vez que todo esto sea establecido, la demanda quedará sujeta a sí los derechos e intereses son de un tipo reconocido por el *common law* australiano. (*ibid*, párrafo 4).

Como mencioné anteriormente, el peso puesto en la existencia de leyes y costumbres tradicionales, es separado del hecho de que el título de propiedad originaria puede ser extinguido “válidamente” por otro acto de soberanía. Es sólo cuando el terreno reclamado no ha sido vendido por actos soberanos, que una “comunidad” puede intentar satisfacer los elementos fijados previamente para establecer un título de propiedad originaria.

Es ampliamente reconocido, incluso en *Mabo*, que las comunidades indígenas fueron desplazados a la fuerza de sus tierras tradicionales durante el proceso de la colonización. Luchas violentas en las fronteras de los asentamientos, y, más tarde, la asimilación forzosa del pueblo indígena, han conducido a la “adaptación” y transformación de las normas y costumbres tradicionales. El punto central contencioso en la decisión de la demanda de *Yorta Yorta*, entonces, fue si el grupo actor, la Comunidad Aborigen de *Yorta Yorta*, pudiera decirse que posee las leyes y las costumbres tradicionales como teniendo una “continuidad” recono-

⁸ Para un resumen beneficioso de la consideración de este hecho por la Suprema Corte y el Tribunal Colegiado de Circuito en sus confirmaciones de estos hallazgos, véase la decisión de la Suprema Corte, del ministro Gleeson y los jueces Gummow, y Hayne, *Yorta Yorta Comunidad Aborigen v Victoria*, (2002, párrafos 16-27).

cible desde el tiempo que se aseveró la soberanía colonial. El juez Olney concluyó que no había tal continuidad:

Las pruebas no apoyan la demanda según la cual los descendientes de los habitantes originales del territorio demandado, han ocupado el territorio en sentido relevante desde 1788, o que han continuado observando y reconociendo, durante ese periodo, las leyes y las costumbres tradicionales en relación con el territorio de sus ancestros. Los hechos, en el caso, inevitablemente condujeron a la conclusión de que antes del final del Siglo XIX, los ancestros por los cuales los actores demandaban su derecho de propiedad, habían dejado de ocupar sus territorios tradicionales de acuerdo con sus leyes y costumbres tradicionales. La corriente del tiempo ha lavado cualquier reconocimiento real de sus leyes tradicionales, y cualquier observancia real de sus costumbres tradicionales, (*ibid*, párrafo 129).

¿Qué son pruebas de una comunidad “tradicional”? ¿Qué cualidades y características tiene que poseer una comunidad para poder ser suficientemente “tradicional”? Las conclusiones alcanzadas en relación con estas preguntas, fueron basadas privilegiando la “historia” escrita —las observaciones aficionadas de un “*squatter*”⁹ (término que se utiliza para denotar un colono en Australia)— sobre la historia oral del grupo de actores.¹⁰ Haré un recuento de los aspectos más insidiosos de las pruebas (salvajes inútiles serían “necesarios”) poco después —y luego consideraré cómo la Suprema Corte incorporó este recuento de tradición dentro de su versión de la relación entre soberanía, “sistema normativo pre-soberanía” y lo que ellos le llamaron “sociedad” (*Yorta Yorta*, 2002, 37-57).¹¹

Las pruebas de “tradición” buscadas en el caso de *Yorta Yorta*, con una crueldad sin intención de tener disculpas, se desarrolla algo así como: el juez

⁹ Ocupante. (Nota de la traductora).

¹⁰ El juez Olney privilegió los escritos de un ocupante sobre la historia oral de los actores: “La fuente más creíble de información concerniente a las leyes y costumbres tradicionales del área en la cual Edward Walker y Kitty Atkinson/Cooper [actores] señalaron a los primeros ancestros, fueron encontrados en los escritos de Curr. Él, cuando menos, observó la sociedad aborigen, que aún no se desintegraba, y, obviamente, estableció un grado de relación con los aborígenes con los que estuvo en contacto. Los *records* de sus propias observaciones debían, por tanto, tener peso considerable. El testimonio oral de los testigos del grupo de actores, es una fuente más de prueba, pero, al estar basada en la tradición oral, de pasar la información a través de tantas generaciones, extendiéndose sobre un período mayor de 200 años, menos peso debe serle concedido, que el que se le dio a la información escrita de Curr”, (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 106). Yo simplemente esbozaré un ejemplo de las pruebas de Curr.

¹¹ El razonamiento conjunto del ministro Gleeson, y los jueces Gummow y Hayne, es considerado como una resolución principal. Ellos desestimaron la demanda de la Comunidad *Yorta Yorta*. Los jueces McHugh y Callinan escribieron sus resoluciones separadamente, y también desestimaron la demanda. Los jueces Guadron y Kirby se negaron a producir una resolución conjunta que permitiera la apelación.

Olney concluyó que los actores ya no eran “tradicionales” al comparar sus prácticas actuales con aquéllas del pasado.¹²

En referencia a sus prácticas relacionadas con el consumo de recursos alimenticios, Curr escribió (*Recolecciones*, p. 262):

Es un hecho destacable conectado con los Bangeran (ancestros de la comunidad *Yorta Yorta*), [...] ya que ni siembran ni cosechan, y nunca se abstienen de comerse el todo de cualquier alimento que han adquirido con miras hacia las necesidades del mañana. Si algo les quedara para el martes, es solamente porque no pudieron consumirlo el lunes. Así, eran como las bestias en el bosque. Hoy tendrán una comilona, *aye-george*, sin importar el mañana. Así, además, nunca le perdonaron la vida a un animal joven con miras a que creciera y sería más grande. [Y en la página 263]: Los he visto muchas veces, por ejemplo, adquirir una gran cantidad de peces en sus redes y dejar a todos los pequeños morir a una yarda del agua. (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 115).

No hay un esfuerzo por demostrar por qué estas prácticas en particular sobresalen como “tradicionales” o, más pertinentes aún, como la tradición de leyes, del “pasado”. No obstante, el juez Olney compara las prácticas observadas por Curr con las prácticas del presente:

Otra práctica contemporánea la cual se dice es parte de la tradición *Yorta Yorta*, es la conservación de los recursos alimenticios. Un número de testigo dio evidencia de que cazaban y pescaban en el territorio y en las aguas del área reclamada, y, hasta cierto punto, recolectaban “*bus tucker*” [flora y fauna no cultivada recolectada para alimento] para su consumo personal. De estas actividades, la pesca parece ser la más popular de todas, pero, actualmente, es vista como una actividad recreativa, en lugar de un modo de sustentar sus vidas. Un número de testigos dijo que es consistente con las leyes y costumbres tradicionales, su práctica de tomar de la tierra y del agua sólo aquella comida que es necesaria para el consumo inmediato. Esta práctica, encomiable como es, no es una que, de acuerdo con las observaciones de Curr, era adoptada por el pueblo aborigen con los cuales él tuvo contacto, y no puede ser considerada como la continuación de una costumbre tradicional, (*Yorta Yorta*, 1998, párrafo 123).

En “esencia”, la comunidad aborigen es reducida a un conjunto de prácticas que tienen que demostrar alguna continuidad entre el pasado y el presente. No existe una determinación de si las prácticas particulares tienen una “normatividad” suficientemente cualitativa para que se les designe como las leyes y

¹² La fuente de las prácticas del “pasado” fue Edward M. Curr, uno de los primeros ocupantes en establecerse en el área reclamada. Los dos libros de Curr fueron: *Las memorias de un ocupante en Victoria, entonces llamada el Distrito de Port Phillip (De 1840 a 1851)*, publicado en 1883, y un trabajo en cuatro volúmenes titulado *La carrera australiana: Sus orígenes, lenguajes, costumbres, lugar de arribo a Australia, y las rutas por las cuales se extendieron en el continente*, publicado por primera vez en 1886. La decisión de la Suprema Corte, del ministro Gleeson y los jueces Gummow y Hayne, señala que esto era parte del material escrito ofrecido por los actores —una práctica adoptada, irónicamente, tiene sus consecuencias en el caso, porque tal material “histórico” es considerado necesario para establecer la “ley y costumbres tradicionales”, (*ibid*), párrafo 59).

costumbres tradicionales. La “adaptación significativa” que ha tenido lugar, fue suficiente para suponer la muerte de una tradición (*Yorta Yorta*, 2002, párrafo 44). La relación entre las leyes tradicionales de una comunidad y la existencia de *Un* sistema normativo después de la aseveración de soberanía fue, sin embargo, la llave central en la confirmación del punto de vista del juez Olney en la Suprema Corte.

En *Fejo v Northern Territory*, la Suprema Corte articuló la relación entre el título de propiedad originario de acuerdo con las leyes y costumbres tradicionales, y el reconocimiento de ese derecho por el *common law*, como la “intersección” de leyes (la tradicional y el *common law*), (*Fejo v Northern Territory*, 1998, 128). En *Yorta Yorta*, esta metamorfosis de “intersección” fue ampliada o clarificada aún más (*Yorta Yorta*, 2002, párrafo 38ff). *Yorta Yorta*, confirmó aquello que no fue entendido en *Mabo* o *Fejo*, fue la pluralidad de leyes con la cual el sistema normativo “nativo” continuaría generando leyes y costumbres, después de la aseveración de la soberanía colonial, lo cual puede ser reconocido por el *common law*. En su lugar, la ley tradicional era “peso muerto” del pasado. El ministro Gleeson y los jueces Gummow y Hayne lo expusieron de la siguiente manera:

En el momento en que la corona adquirió la soberanía, el sistema normativo o creación de leyes que existía entonces, no podría, por tanto, ser válido para crear nuevos derechos, deberes o intereses. Derechos e intereses en el territorio, creados después de la soberanía y la cual le debía su origen e existencia continua *sólo* a un sistema normativo distinto que aquél del nuevo poder soberano, no se le podría o sería dada ninguna efectividad por el orden jurídico de una nueva soberanía, (*ibid*, párrafo 43). (Énfasis del autor).

No puede existir un sistema de creación de leyes paralela. En sentido contrario, los jueces nos dicen “que sería la negación de la adquisición de la soberanía” (*ibid*, 44). El concomitante de *Una* soberanía es *Una* ley. El reconocimiento se hace de acuerdo con los derechos e intereses que existen en el momento en que la soberanía fue adquirida. Si el sistema normativo (tradicional) sobre el cual los derechos e intereses fueron contruidos deja de existir, entonces ni los derechos, ni los intereses, ni el sistema sobre el cual se basa, puede reconstituido (*ibid*, 47). La continuidad de las leyes y costumbres tradicionales es determinada por la formulación circular, en cuanto a que la continuidad depende de la existencia de una “sociedad”, la cual, a su turno, es determinada por su “unificación” de leyes y costumbres. No puede existir una “ley tradicional” sin la existencia de una “sociedad tradicional”, y viceversa. El punto determinante de la existencia de una “ley tradicional” está vagamente definida en la idea de que la “sociedad” necesita tener una continuidad desde el momento del cambio de la soberanía: “La sociedad ha de ser entendida como un cuerpo de personas unidas en y por el reconocimiento y observancia de un cuerpo de leyes y costumbres” (*ibid*, 49). Las leyes y las costumbres son “derivados sociales”, y la “sociedad” es la entidad unificada por las leyes y costumbres (*ibid*, 49, citando a Julius Stone, 1946, 649:

las leyes y costumbres son “socialmente derivadas y no autónomas”). Esta unificación, en el caso de los originarios, no puede ser revivida después de que ha caducado o sea nuevamente creada:

En tanto a su utilidad para analizar el problema en términos jurisprudenciales de una ley positiva, la norma relevante de reconocimiento de una ley o costumbre tradicional, es una norma de reconocimiento encontrada en las estructuras sociales de la sociedad indígena relevante, como existían en el momento de la soberanía. No es una norma de reconocimiento creada y después arraigada en la estructura social de una sociedad, aún una sociedad indígena, si esas estructuras son estructuras creadas después, o aún hasta el cambio en la soberanía. Necesariamente demasiado se sigue como consecuencia de una aseveración de soberanía y encuentra reflejo en la definición de un título de propiedad originario y su referencia a la posesión de derechos e intereses bajo las leyes y costumbres tradicionales (*Yorta, Yorta*, 2002, 54).

La concepción monista de la soberanía, empleada por la Suprema Corte en los casos principales de título de propiedad originario, *Mabo*, *Fejo*, y *Yorta Yorta*, insiste en un orden normativo singular como la fuente de los derechos e intereses indígenas. Una vez que la soberanía colonial es aseverada, la nueva soberanía puede reconocer los derechos e intereses antecedentes de la población indígena visto que esa población “substancialmente” mantiene su “estructura social”. En el caso de Australia, este reconocimiento tiende a ser retrospectivo —un desarrollo jurídico que tiene sus fuentes en una “sociedad emergente que ahora respeta los derechos humanos universales”. Sin embargo, el intento de inaugurar un ley y una sociedad “postcolonial” involucra la reaseveración de un sistema normativo singular, como lo dijo la Suprema Corte en el caso *Yorta Yorta*. Aún más, el sistema normativo de una nación “postcolonial” no puede permitir un sistema normativo paralelo.

5. Conclusión

La crítica de Jean-Luc Nancy sobre la finitud de ser, refuta la posibilidad de un discreto ser finito capaz de ser absolutamente separado. He extendido esta crítica de finitud a la noción monista de soberanía desarrollada en *Mabo*. Yo argumento que la aseveración de un ente discreto, es siempre ya la aseveración de la relación —la pluralidad, la comunidad. La soberanía es una singularidad absoluta que puede ser desarrollada indefinidamente para ser la base de lo que ahora también fracasa. La contradicción que resulta de tales “máximas” bases, fue observado en los intentos contradictorios de mantener las bases del derecho y “maniobrarlas” (El juez Gummow en *Wik*). La soberanía infinita no sería capaz de un mentís tan central para la inauguración de una ley “postcolonial”.

Nancy caracteriza la pluralidad del ser al cual ya se le da una existencia. La necesaria existencia de pluralidad no es sobre el reconocimiento de una “diferencia” —la “inclusión” de lo previamente “excluido”, ni siquiera una “exclusión

inclusiva". No es "pluralismo" lo que se celebra, es la multiplicidad, y se afirma con las condiciones del reconocimiento. La pluralidad descrita por Nancy es una ontología que rechaza la posibilidad de un ser finito singular con un límite que lo separa absolutamente. El fracaso de la finitud, el estar expuesto a un límite, es un evento de una comunidad. El potencial radical de esta idea, es que deshace la posibilidad de un fundamento o esencia absoluto como las bases de una comunidad. La pluralidad, ya sea ésta una multiplicidad de leyes o comunidades, es siempre ya la condición de la existencia. Una comunidad, y los derechos e intereses particulares de la misma, no pueden ser determinadas por una esencia externamente administrada por los tribunales. Ciertamente, los términos del reconocimiento, las diferencias indígenas determinadas por su calidad de ser "tradicional", son en sí mismos informados por el imperativo de mantener una ley y sociedad "australiana" unificada —una condición que ahora es manifestada a través de la distinción de (una ley aborígen) pre-colonial y una (ley australiana) "postcolonial". En ambos casos, la soberanía y el orden normativo que mantiene están de acuerdo con un carácter monista. Como los casos de título de propiedad originario demuestran, es una imposición y una re-imposición de un imperialismo absolutista, y una hegemonía que mantiene el "sueño fanático" de una singular "sociedad política distinta separada de las demás" (*Coe v Commonwealth*, 1993).

Bibliografía

- John Borrows (2002) *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*. (Toronto: University of Toronto Press).
- A. C. Castles (1982) *An Australian Legal History* (Sydney: The Law Book Company).
- Michael Detmold (1995) "Law and Difference: Reflections on Mabo's case" 17 *Sydney Law Review* 159
- Peter Fitzpatrick (2002) "'No Higher duty': Mabo and the Failure of Legal Foundation" 13 (3) *Law and Critique* 233.
- Immanuel Kant (1970), *Kant's Political Writings (The Metaphysics and Morals)*. Trans. H.B. Nisbet. (Cambridge: Cambridge University Press).
- Stewart Motha (1998) "Mabo (No 2): The Epistemic Limits of the Recognition of 'Difference'" Vol: 7(1) *Griffith Law Review* 79-96.
- Stewart Motha (2002) "The Sovereign Event in a Nation's Law" Vol: 13 *Law and Critique* 311.
- Jean-Luc Nancy (1991) "The Inoperative Community" in Jean-Luc Nancy, *The Inoperative Community* (Minneapolis: University of Minnesota Press). pp. 1-42.
- Jean-Luc Nancy (1993) "Sharing Freedom: Equality, Fraternity, Justice" in Jean-Luc Nancy, *The Experience of Freedom*. Trans. Bridget McDonald (Stanford, California: Stanford University Press). Chapter 7.

- Jean-Luc Nancy (2000) "Of Being Singular Plural" in Jean-Luc Nancy, *Being Singular Plural*. Trans. Robert D. Richardson and Anne E. O'Byrne (Stanford: Stanford University Press) pp. 1-99.
- Jean-Luc Nancy (2000a) "Eulogy for the M    ", in Jean-Luc Nancy, *Being Singular Plural*, Trans. Robert D. Richardson and Anne E. O'Byrne (Stanford: Stanford University Press). pp. 145-158.
- Jean-Luc Nancy (2003) "The Confronted Community" Vol:6(1) *Postcolonial Studies* 23-34.
- David Neal (1991) *The Rule of Law in a Penal Colony: Law and Power in Early New South Wales* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Paul Patton (1995) 'Poststructuralism and the Mabo Debate: Difference, Society and Justice', in Margaret Wilson and Anna Yeatman (eds.) *Justice & Identity: Antipodean Practices* (Wellington: Bridget Williams Books). pp.153-71.
- Paul Patton (1997) 'Justice and Difference: The Mabo Case' in Paul Patton and Diane Austin-Broos (eds.) *Transformations in Australian Society* (Sydney: Research Institute for Humanities and Social Sciences, The University of Sydney). pp. 83-98.
- Elizabeth Povinelli (2002) *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*. (Durham: Duke University Press, 2002).
- Jeremy Webber (1995) "The Jurisprudence of Regret: The Search for Standards of Justice in Mabo" 17 *Sydney Law Review* 5.

Lista de casos

- Cherokee Nation v State of Georgia (1831) 5 Pet 1.
- Coe v The Commonwealth (1993) 68 ALJR 110. at 115.
- Fejo v Northern Territory (1998) 195 CLR 96.
- Mabo v Queensland (No 2) (1992) 175 CLR 1.
- New South Wales v Commonwealth (Seas and Submerged Lands Case) (1975) 135CLR 337.
- R v Van der Peet [1996] 2 S.C.R. 507.
- Wik Peoples v Queensland (1996) 187 CLR 1.
- Yorta Yorta Aboriginal Community v The State of Victoria (1998) 1606 FCA.
- Yorta Yorta Aboriginal Community v The State of Victoria [2002] HCA 58.

ARTÍCULOS

CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS SOBRE O ENSINO JURÍDICO¹

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO²

Resumo: E um estudo sobre o currículo do ensino do direito e a importância da reforma, pois o estudo da ciência jurídica tem que ser revisada desde sua metodologia, siendo sensible ao quadro histórico que se destina, já que o extravio do discurso jurídico se dá pela separação dos demais ramos do conhecimento. As adequações dos conteúdos devem ser com a compreensão do social.

Resumen: Es un estudio sobre el plan de enseñanza del derecho y la importancia de reformarlo, pues el estudio de la ciencia jurídica tiene que ser revisado desde su metodología, siendo sensible al cuadro histórico al que se destina, ya que el extravío del discurso jurídico se da por la separación de las demás ramas del conocimiento. Las adecuaciones de los contenidos deben ser con la comprensión de lo social.

Abstract: This is a study about the plan of education of the law and the importance of reforming it, because the study of legal science must be reviewed from its methodology, being sensible to the historical picture to which one destines, since the deviation of the legal speech occurs by the separation of the other branches of the knowledge. The adjustments of the contents must be with the understanding of the social.

1. Dois pressupostos teóricos

Qualquer modificação ou reforma do currículo do ensino jurídico tem que ser precedida de uma avaliação de sua estrutura atual. Por outra parte, refletir sobre o ensino jurídico importa, sempre, em determinar e valorar a *idéia prévia*, que lhe subjaz e que o orienta. Esta *idéia prévia* do direito habitualmente não é explicitada. É ela a concepção positivista do direito, cuja gnoseologia limita o conhecimento do direito positivo a *juízos de constatação*, pretendendo, assim, fundar sua cientificidade.

Segundo este ponto de vista, o trato do direito positivo, para ser científico, precisa ser rigorosamente separado de suas matrizes econômicas e políticas, daí resultando o divórcio entre o direito positivo e a realidade social. Por outras palavras, o que importa ao direito “cientificamente concebido” é o *conhecimento estrito do ordenamento jurídico segundo os dados dele exclusivamente oriundos*.

O mundo jurídico é separado do contexto histórico presente, conduzindo à convicção de que, se a sociedade vai mal, isto não diz respeito ao jurista, pois

¹ Considerações tecidas a pedido do Centro Acadêmico Hugo Simas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

² Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain; Ex-Professor, nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da UFRGS; Ex-Pesquisador do CNPQ.

que lhe compete tão-só velar pelo mundo jurídico puro. É nesta visão que se insere a *dogmática positivista*, que se diz neutra, mas não consegue encubrir seu comprometimento ideológico.

É ideológico o pensamento que, pretendendo derivar unicamente de seus dados racionais, apresenta influência de dados sociais, particularmente econômicos, embora aquele que o reais. Formula possa disto não ter consciência.³ Dele resulta a adulteração do sentido dos fatos sociais Para evitar-se, tanto quanto é possível, o procedimento ideológico adulterador da compreensão dos fatos, cumpre, como ensinava Hermann Heller, evitar o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem, com interesse exclusivo em seu logicismo interno.⁴ A precisão conceitual, indispensável ao trato científico dos problemas, não se confunde com o culto do conceito pelo conceito, esquecido da realidade social. Na medida em que confunde o conceito com a realidade, a literatura jurídica revela-se não só não científica, mas também incondicionalmente comprometida com a manutenção do *statu quo*.

É claro que tal modo de pensar o direito positivo pode ser tranquilizante, pois sua conexão com os fatos que regula, com seus valores e efeitos sociais, pode ser extremamente incômoda, particularmente em uma realidade como a presente, caracterizada pela exclusão, em que a *justiça distributiva* tem servido meramente para uso retórico.

O estudo do direito tem que se orientar pelo *acurado exame de suas fontes* da Constituição, de seus princípios orientadores, dos direitos fundamentais que ela prevê, dos diversos códigos compreendidos a partir de seus eixos fundamentais e da aplicação jurisprudencial que os vai ajustando às necessidades sociais, dos conceitos jurídicos fundamentais à compreensão da ordem jurídica global e dos conceitos jurídicos específicos a cada um de seus setores. E, como ensinava Kelsen, a ordem jurídica se estrutura em patamares de importância ascendente, culminando na Constituição.

Sem o domínio deste conhecimento não é possível atingir o “audatório” ao qual os profissionais do direito se dirigem. A argumentação, que constitui a base do raciocínio jurídico⁵, perde-se na incomunicabilidade, tornando-se inútil.

Não é menos verdade que o estudo “dogmático” do direito, tendo em vista a determinação do sentido das normas, para posterior aplicação, precisa seguir a sua evolução doutrinária e jurisprudencial para chegar à sua significação presente. Acompanhar a evolução jurisprudencial é seguir a experiência histórica por que passam as normas, que não é, nunca foi, e jamais se-

³ LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 10. ed. rev. aug. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p. 459

⁴ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Prefácio por Gerhart Niemeyer. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. passim

⁵ PERELMAN, Chaim. *Logique juridique; nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.

rá *neutra*. Tampouco será necessariamente lógica, ou poderá afastar as opções, vale dizer, as *valorações* perceptíveis em seu curso, através do tempo.⁶

Nem é por outra razão que Holmes, — notável juiz da Suprema Corte Norte-americana, que muito contribuiu para a sedimentação do realismo jurídico e conseqüente negação do automatismo jurisdicional —, escreveu que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência... a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, não podendo ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas ou corolários de um livro de matemática”.⁷

O estudo da Ciência Jurídica não se pode resumir ao aprendizado acrítico do direito, sob pena de afastar o mundo dos juristas do mundo real, fazendo emergir o ceticismo do convívio de duas verdades — a do povo e a dos juristas.⁸ Neste sentido sua metodologia tem que ser revisada, de forma a incluir jornais, revistas, filmes, etc., a fim de que o aluno possa contextualizar a experiência jurídica.

Sendo inegável que o trabalho realizado pela dogmática jurídica seja predominantemente lógico-descritivo é, no entanto, desarrazoado estudar-se as leis ou os conceitos jurídicos segundo uma perspectiva exclusivamente lógica, indiferente à sua significação.

O autêntico estudo do direito é criativo e sensível ao quadro histórico a que se destina. Para isto, trata de unir as diferentes perspectivas do direito, ao invés de cindi-las, em nome de uma pseudo-ciência do direito.

O ensino e a aplicação do direito ligam-se inelutavelmente à sobrevivência do Estado e do padrão de relações humanas por ele protegidas. Embora esta asserção seja evidente, é difícil encontrá-la nos livros jurídicos. A auto-preservação do Estado confunde-se com a manutenção da estrutura econômica e política assegurada pelo direito positivo. Por isto, a argumentação no direito tem que considerar certos limites historicamente variáveis. Tais limites encontram-se nos princípios constitucionais estruturadores da ordem jurídica democrática. Mas mesmo tais princípios são suscetíveis de aperfeiçoamento e de arranjos em busca de equilíbrio entre os diversos valores que exprimem. É este o campo da ponderação de bens, que passa pelo teste da razoabilidade na decisão dos casos concretos.⁹

É este um ângulo fecundo, desenvolvido pelo constitucionalismo atual, mas a ele não se limita. A ponderação dos interesses já era tratada de modo acurado por François Gény, do ponto de vista do direito privado, critican-

⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983. p. 113-4.

⁷ HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown, 1963. p. 5.

⁸ FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, em 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986. p. 8-9.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1161-1165.

do o automatismo da aplicação do direito preconizada pela Escola da Exegese.¹⁰ Tratava-se, como hoje se trata, de transcender a concepção positivista da Ciência do Direito, ligando o sistema legal a seus fundamentos, aferindo os valores que exprime e cuidando dos seus resultados, no julgamento dos casos concretos, em conformidade com as necessidades sociais.

Nada melhor do que o estudo da Hermenêutica Jurídica para ver-se o quanto o direito positivo tem-se modificado, a partir das valorações propostas pelos advogados e aceitas pelo prudente critério dos juízes, a tal ponto que se pode afirmar que muitas das salutares modificações, ocorridas no directo de família pátrio, resultaram de longo trabalho jurisprudencial, para tão-só aludir a este ramo do direito. É oportuno lembrar-se nunca é demais repetir-lho que a Hermenêutica Jurídica só pode construir-se adequadamente entre dois extremos, que devem ser sempre evitados: nem o juiz pode-se converter em legislador, nem este pode ser tido como onipotente ou onisciente. É de se reservar um lugar especial à Hermenêutica Constitucional.

É nestes limites que o saber jurídico pode reviver, e eventualmente reconstituir o direito positivo¹¹, salvaguardando a segurança jurídica sem absolutizá-la, em direção ao aperfeiçoamento da ordem jurídica. Se a segurança jurídica não pode ser absolutizada, muito menos pode ser menosprezada, como bem sabem e sentem os práticos do direito e todos aqueles que, sendo partes no processo, buscam o reconhecimento de seus direitos, tal como prefigurados na ordem jurídica.

Mas é preciso também reconhecer, como ponderava Bergson, em texto reproduzido em “desenho livre”, por Raymundo Faoro, que “a lei não pode, senão refugiando-se num tempo morto, afastar-se da sociedade, das exigências que lhe asseguram o movimento expressas em valores que não estão além da lei, mas dentro dela”. A adaptação da lei aos casos concretos tem que ter por eixo a justiça, que “evocou sempre idéias de igualdade, de proporção, de compensação”. Sem a justiça “a sociedade talvez pudesse subsistir, mas subsistiria pela violência, pela repressão, pelo medo, imobilizando a paz, sobre a qual repousa. Fora da

¹⁰ GENY, François. *Méthodes et sources en droit privé positif*. Préf. de Raymond Saleilles. 2. éd. rev. e mise au courant. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. 1, p. 1-12, passim. A primeira edição desta obra data de 1899 e a segunda, revista atualizada, data de 1919, tendo sido reimpressa em 1954. GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913. v. 1, p. 25-28.

¹¹ Como assevera Larenz, “a ciência do direito desenvolve por si métodos de um pensamento ‘orientado a valores’, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”, sem que seus resultados possam “alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exacto”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. por José Lamego da 6. ed. alemã reformulada. 3. ed. portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. p.3

justiça, ainda que as sanções da lei se apliquem, o homem será o lobo do homem, pela quebra do convívio fundado no consentimento e na cidadania.”¹²

A sutileza do trabalho jurídico, — envolvendo conhecimento e interpretação de fatos e de leis, adequando estas aos contornos daqueles, caminhando pelo leito da segurança jurídica, percebendo-a como imantada pela justiça —, exige *esmerada formação*. O advogado não pode ser “a engrenagem mestra do aparelhamento do Estado”, nem “um técnico destro a todos os malabarismos, a serviço de quaisquer interesses, espécie de tecnócrata-do sofisma”. O advogado há de recobrar o traço, que já o caracterizou, na história do Brasil, havendo de ser, “substancialmente, um intelectual”, sendo a característica do intelectual “o anticonformismo, ainda que não revolucionário, ainda que nem sempre oposicionista”.¹³

Limpado o horizonte intelectual dos antolhos positivistas, não há porque negar que a Ciência Jurídica tenha um comprometimento com a busca da justiça social. Feita esta ultrapassagem, o trabalho do jurista não se exaure nas abstrações, mas tem relevante papel social.

O extravio do discurso jurídico se dá pela aceitação do pensamento parcelar, que, além de cindir o direito positivo, o separa dos demais ramos do conhecimento. Ao revés, é essencial a admissão de *investigações interdisciplinares*, de modo a habilitar o jurista a compreender a totalidade do social. Sem esta compreensão, o jurista entenderá sempre insuficientemente o direito positivo. O conhecimento dos fatos, de seu encadeamento e de suas motivações, é imprescindível. Não se compreende o direito sem perquirir os fatos, pois é em função destes que se põe e se aplica o direito positivo.

2. Disciplinas propedêuticas

Feitas estas considerações, chega-se às disciplinas propedêuticas que concorrem à ampla formação do jurista, permitindo-lhe exercitar o raciocínio sobre suas estruturas conectadas ao quadro histórico a que se destinam e de que sofrem a influência. Assim se articula a compreensão do direito em uma perspectiva transpositivista, apta a interpretá-lo e aplicá-lo com sensibilidade humana.

Neste sentido, a disciplina de Introdução à Ciência do Direito assume relevância sem par, pelo seu caráter formativo, à condição que seus conteúdos sejam propícios ao entendimento da ordem jurídica, de sua estrutura, hierarquia, de seus princípios ou valores fundamentais. Para isto a Introdução é, em um primeiro momento, Teoria Geral do Direito, tratando das fontes, reservando lugar especial à jurisprudência. Em um segundo momento, é uma iniciação à Filosofia do Direito, propiciando uma idéia sucinta das diferentes correntes do pensamen-

¹² FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, a 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986. p. 14.

¹³ *Ibid.*, p. 7.

to jurídico. Em um terceiro momento, pode ser uma introdução ao Direito Comparado, mediante a exposição dos pressupostos básicos dos sistemas romano-germânicos (*civil law*) e da *common law*, deixando claro que a experiência jurídica não se restringe à tradição ocidental, precisando ser sensível à interculturalidade. É certo que nada disto pode ser feito sem que se atribua a esta disciplina o tempo necessário à maturação discente, em dois semestres.

Disciplina introdutória sempre foi o Direito Romano, beneficiando-se o profissional do direito com o conhecimento de seus institutos jurídicos fundamentais, historicamente considerados, de modo a perceber-se a ultrapassagem do *jus civile* ao *jus gentium*, e a seiva “jurisprudencial” do direito pretoriano, contraposta à codificação de Justiniano.

Noções de *Economia Política* (não de economia neoliberal) são essenciais para que o profissional do direito possa discernir a vulgata economicista vigente, ditada pelos organismos internacionais de crédito e “regulação” do comércio e difundida pela Universidade de Chicago e congêneres. Apregoando esta o livre comércio, a abertura total dos mercados, em que pese a múltipla disparidade entre eles, forra-se de matemática e estatísticas descontextualizadas, para impor sua mensagem estratificadora da configuração atual da sociedade internacional, que consagra a miséria da maioria, em favor da opulência de poucos potentados. À *Economia Política*, ao revés, cabe o exame crítico da *globalização financeira* vigente, aferindo a *internalidade dos custos*, revelando o artifício da sua *externalidade*, vale dizer, computando os pesados custos ambientais e sociais da vigente teoria econômica.

3. Disciplinas obrigatórias

O ensino do Direito Constitucional abre o leque das disciplinas obrigatórias como estruturador da ordem jurídica e definidor dos direitos fundamentais, devendo ser capaz de apontar criticamente o ataque à dimensão social destes e o menosprezo à efetividade de sua dimensão ambiental. Quanto à primeira, a cada dia melhor se percebe a fratura na Consolidação das Leis do Trabalho, que vem fazendo desaparecer “o sujeito para emergir tão-só a mão de obra contratada. Cada um por si, no mercado, disputando segundo suas capacidades e habilidades e assumindo a culpa de não ser um vencedor”.¹⁴ É também crucial o exame do avanço das medidas provisórias, cujo excesso atenta contra o princípio cardeal da tripartição dos poderes.

Não pode faltar, no elenco das disciplinas obrigatórias, o Direito Ambiental, que tem como valor fundamental a preservação da vida. Tudo o que se possa dizer a este respeito será pouco, dada a relevância do interesse que

¹⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. Globalização e direito do trabalho. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 163-176, 1º semestre 2000.

protege, demandando consideração acurada tanto do ponto de vista do direito material quanto processual. Sua importância ímpar é perceptível na Constituição de 1988, que lhe consagra um capítulo de singular penetração.

É fundamental a História do Direito. Sem o fio condutor da história nada se compreende. É estudando-lha que o profissional do direito pode adquirir uma visão do direito medieval — dos glosadores e pós glosadores —, do direito moderno da era das codificações, das grandes constituições liberais, do Estado social, e da tendência neoliberal, regressiva, atual, agressora dos direitos fundamentais sociais, em nome da “sacralidade do mercado”.

A Hermenêutica Jurídica constrói-se orientada aos diferentes métodos de solução das controvérsias e com os olhos voltados para a atividade jurisdicional - ao *prudente arbítrio dos juízes e seus limites*, evitando o vício do “leguleio amante da letra redonda da lei” (Cunha Gonçalves) ou subscrevendo a prática do “juiz-legislador”.

À Filosofia do Direito cabe aprofundar as noções ministradas pela Introdução e pela História do Direito, tendo como objetivo favorecer a crítica racional do direito positivo, achegando-se à vida e acautelando-se da tendência às elocubrações abstratas e ao fascínio dos modismos acadêmicos. Ponto de suma importância é a determinação das relações entre direito, moral e ética.

A importância do Direito Administrativo não necessita ser encarecida, tendo em vista os problemas e conceitos fundamentais com que lida, dentre os quais sobressaem os de bem público, de ato administrativo, poder de polícia, atos e contratos administrativos, bens públicos, o de discricionariedade administrativa e controle judicial, etc. É nele que se reflete a questão da dimensão do Estado, posta pelo neoliberalismo como a necessidade do “Estado mínimo” como a panaceia para a solução de todos os males. Neste sentido é relevante o exame crítico das denominadas Agências Reguladoras.

O Direito Tributário tem singular lugar no ordenamento jurídico, discriminando os tributos a serem cobrados e os devolvendo sob a forma de serviços à comunidade. Para ser bem compreendido tem que ser trabalhado com a Teoria da Constituição. Da adequada estruturação positiva do Direito Tributário dependem o bom andamento da coisa pública e a salvaguarda da integridade da federação.

No que toca ao Direito Penal, é de tentar-se, sempre, a conexão de seu estudo dogmático com a Criminologia e a Sociologia, para que não se percam de vista as múltiplas motivações do crime, de modo a permitir o questionamento das diferentes políticas criminais.

O Direito Internacional Público está a necessitar atenção especial, visto que tem sido literalmente pisoteado, apesar de sua função nitidamente civilizatória. O mundo globalizado não pode ser governado pela força bruta. O fundamento do direito acha-se no respeito à *dignidade humana*, como se percebe e se anota nas constituições democráticas e nos tratados internacionais.

No Direito Material, é de se enfatizar o estudo dos novos contornos do Direito de Família, decorrentes do avanço da biologia e das novas configurações de vários de seus institutos, a merecerem crítica e prudente aferição.

No Direito Processual, cuja importância é incontestável, é desejável que seu ensino sublinhe seu caráter *instrumental*, para que de seu aprendizado não resulte a substituição do formalismo pela substância dos interesses em litígio. A forma tem como único sentido favorecer a segurança jurídica. O processo não pode ser utilizado como artifício para encobrir dificuldades e fugir da responsabilidade das decisões. O processo é *meio* de composição de litígios e não fim em si.¹⁵

4. Da prática jurídica

Todas as considerações expendidas, enfatizando a imprescindibilidade de disciplinas, tanto propedêuticas quanto estruturais, não teriam sentido se não servissem ao caráter prático do direito positivo e a seu aspecto profissionalizante.

Todo discurso jurídico que não tenha em vista as diversas profissões jurídicas — Judicatura, órgãos do Ministério Público, advocacia pública ou privada, magistério jurídico, Defensoria Pública, consultoria jurídica pública ou privada, etc. — não serve às finalidades práticas do direito.

É tendo em vista a necessidade do prudente e eficaz desempenho dessas funções que se trata de instrumentalizar o profissional do direito com as noções essenciais ao seu bom desempenho.

Com esta finalidade, estrutura-se, de modo paulatino, *à medida em que se desenvolve o curso*, a Prática Jurídica, a qual, de nenhum modo, se exaure na memorização dos manuais de elaboração de petições, necessitando oferecer ao futuro profissional meios de estruturação do raciocínio, habilitando-o à arte da argumentação, que é o método peculiar ao direito, como adverte Perelman. O desenvolvimento da argumentação visa à solução das questões jurídicas, tanto na área consultiva quanto na área judicante. Faz-se ela para solver litígios, para aventar soluções práticas a problemas práticos, envolvendo fatos, valores e normas (Reale). Não pode, por isto, esgotar-se em distinções e subdistinções sibilinas, que só servem para aprofundar a descrença do direito pelo o povo. Diante dos processos, o profissional do direito precisa ser servido *por uma dogmática transpositivista*, capaz de distinguir os *interesses em questão*, *apreendendo-lhes o valor*, para poder entre eles optar.

Nestas condições, teoria e prática do direito são correlativas. Como escreve Roberto Lyra Filho, não “há prática decente sem uma teoria válida em que se arrime. Lembrava, há muito, Ortega que toda teoria é teoria da prática e a prática não é mais do que práxis da teoria”.¹⁶

¹⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Justiça distributiva e aplicação do direito, p. 129-33.

¹⁶ LYRA FILHO, Roberto. Problemas atuais do ensino jurídico. Brasília: Obreira, 1981. p. 16.

5. Referência a algumas disciplinas optativas

Muitas das disciplinas consideradas optativas, na verdade o são por injunção temporal, sem que se possa negar sua importância à teoria ou à prática do direito. Dentre elas podem-se enumerar: Direito Internacional Privado, Direito Agrário, Previdenciário, da Infância e da Juventude, Bancário, História das idéias Políticas, Sociologia Jurídica, Organizações Internacionais, etc. A montagem curricular a este respeito, constitui trabalho delicado a demandar cuidadoso critério, segundo a ênfase peculiar a cada curso.

6. Duração do curso

Por mais extemporâneo que possa parecer, no contexto de pragmatismo vigente, a Universidade Pública precisa ter em vista, se necessário for, o alongamento da duração do curso, de vez que seu compromisso não é outro senão o da formação de egressos não só aptos ao exercício profissional, mas também capazes de discernir o sentido e o valor de seu trabalho e de mensurá-lo na tarefa de manutenção e aperfeiçoamento da democracia.

7. Considerações finais

Estas reflexões supõem, como é evidente, a adequação de alguns conteúdos curriculares. Também não deixam de ter em consideração a necessidade de docentes aptos a realizá-las. É de se esperar que os cursos de Mestrado e Doutorado concorram, positivamente, neste sentido. Também se tem em mira que a docência não se pode dar de modo construtivo sem um trabalho de pesquisa e publicações correlato.

O preparo do professor, por maior que seja, não exclui o aspecto vocacional e uma perspectiva pedagógica aberta, em que a transmissão do conhecimento seja simultaneamente aprendido.

LA DESOBEDIENCIA CIVIL, LA ACCION REVOLUCIONARIA Y LA ACCION COMUNICATIVA

ARTURO BERUMEN CAMPOS¹

“este espíritu experimenta que su supremo derecho es el
supremo desafuero, que su victoria es más bien su propio
declinar”

(Hegel: Fenomenología)

Resumen. El siguiente trabajo tiene como propósito comparar (diferencias y semejanzas) entre la desobediencia civil y la acción revolucionaria y a ambas con la acción comunicativa. El resultado de este análisis nos conduce a concluir que ambos tipos de oposición social no tan sólo no son incompatibles, sino que la primera puede transformarse en la segunda, en contextos de deterioro de las condiciones de estabilidad social. Se señala también que, para que la acción revolucionaria pueda ser capaz de crear nuevas instituciones debe mediar y ser mediada por la acción comunicativa.

Abstract: The following work has as its purpose to compare (differences and similarities) between the civil disobedience and the revolutionary action and both with the communicative action. The result of this analysis takes us to conclude that both types of social opposition not only are they not incomparable, but that the first can transform itself into the second, in context of deterioration of the conditions of social stability. It is also shown that, so the revolutionary action can be capable of creating new institution it must measure and be measured by the communicative action.

Resumo: O seguinte trabalho, tem como propósito comparar (diferenças e semelhanças), entre a desobediência civil e a ação revolucionária e a ambas com a ação comunicativa. O resultado de este análise conduz-nos a concluir que ambos tipos de oposição social não solo não são incompatíveis, sina que a primeira pode transformar-se em a segunda, em contextos de deterioro de as condições de estabilidade social. Assinala-se também que para que a ação revolucionária possa ser capaz de criar novas instituições deve mediar e ser medida pela ação comunicativa.

Sumario. Introducción. 1. La desobediencia civil entre la justicia y la seguridad jurídica. 2. La desobediencia civil entre la resistencia al tirano y el derecho revolucionario de las masas. 3. La desobediencia civil entre la acción revolucionaria y la acción comunicativa.

Introducción

La pertinencia de la desobediencia civil se hace patente, paradójicamente, en el momento en que aparece aplastada entre la violencia del terror atomizado y el terror institucionalizado. La desobediencia civil, ya sea como remedio no violento o como violencia mínima revolucionaria contra la injusticia, parece ser la única alternativa a la pura violencia del terrorismo o a la violencia máxima

¹ Universidad Nacional Autónoma de México.

de la guerra, puesto que su finalidad es restaurar la justicia y la racionalidad comunicativa de los contendientes.

1. La desobediencia civil entre la justicia y la seguridad jurídica

Las características de la desobediencia civil revelan no tan sólo una contradicción, o una tensión, como se dice ahora, entre dos de los más tradicionales valores jurídicos: la justicia y la seguridad jurídica, sino también un intento dramático por superarla. La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica, es el ejemplo más dramático de, lo que Hegel llama, la verdadera tragedia del espíritu: la contradicción entre dos valores positivos, necesarios ambos para lograr la convivencia humana, es decir, el bien común, que es el tercer valor tradicional del derecho.

La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica es, por tanto, muy antigua. Se expresa ya, en la *Antígona* de Sófocles, en la que la justicia es el sentimiento de la fraternidad y la seguridad jurídica es la justificación del poder. Ambos valores son necesarios para la estabilidad del Estado, pero pueden estar y, de hecho están en contradicción. Escoger cualquiera de ellos, desechando al otro, traería graves perjuicios a la comunidad. En esto consiste la verdadera tragedia, según Hegel, en que dos valores positivos se enfrenten irremediablemente, el uno al otro. Si se escoge la justicia y se desobedece la ley, la seguridad jurídica se viene abajo. Si se obedece la ley y se comenten injusticias, no puede haber bien común. En ambos casos, dice Hegel, “el cumplimiento de la una suscita el de la otra, y lo suscita como una esencia infringida y ahora hostil que clama venganza.”²

² Hegel, *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 2000, p. 277. La referencia completa es la siguiente: “La ley manifiesta para ella (para la autoconciencia ética) se halla enlazada en su esencia con la ley contrapuesta; la esencia es la unidad de ambas; pero la acción sólo lleva a cabo una de ellas en contra de la otra. Ahora bien, como se halla entrelazada con ésta en la esencia, el cumplimiento de la una suscita el de la otra, y lo suscita como una esencia infringida y ahora hostil, que clama venganza. Ante la acción sólo aparece a la luz uno de los lados de la decisión en general; pero la decisión es en sí lo negativo, a lo que se enfrenta otro, extraño para ella, que es el saber. Por tanto, la realidad mantiene oculto en sí el otro lado extraño al saber y no se muestra a la conciencia tal y como es en y para sí —ante el hijo no se muestra el padre en quien lo ha ultrajado y a quien mata—, no se muestra la madre en la reina a quien toma por esposa. Ante la autoconciencia ética acecha, de este modo, una potencia tenebrosa que sólo irrumpe una vez consumado el hecho y que sorprende in fraganti a la autoconciencia; pues el hecho consumado es la oposición superada del sí mismo que sabe y de la realidad que se enfrenta a él. Lo que obra no puede negar el crimen y su culpa: el hecho consiste en poner en movimiento lo inmóvil, en hacer que brote lo que de momento se halla encerrado solamente en la posibilidad, enlazando con ello lo inconsciente a lo consciente, lo que no es al ser. En esta verdad surge, pues, el hecho a la luz del sol; surge, como algo en que lo consciente se conjuga con lo inconsciente, lo propio con lo extraño, con la esencia desdoblada cuyo otro lado experimenta la conciencia, experimentándolo también como el lado suyo, pero como la potencia infringida por ella y convertida en su enemiga.”

Así como están definidos abstractamente, los valores jurídicos de justicia y de seguridad son inconciliables. A pesar de ello, la teoría de la desobediencia civil trata, hasta donde sea posible, de conciliarlos. Este esfuerzo de conciliación se evidencia en las propias características de la desobediencia civil que le adscribe la teoría. El primer requisito que, según Rawls, debe cumplirse para que la desobediencia al derecho sea legítima moralmente, consiste en tratar de anular una norma (general o particular, en términos de Kelsen) notoriamente injusta. Aunque más adelante intentaremos aclarar el sentido de esta expresión “notoriamente injusta”, es claro que no cualquier injusticia o cualquier opinión de injusticia en las normas jurídicas, justifica la desobediencia civil a las normas jurídicas.

Por lo que se refiere a la seguridad jurídica, las otras tres características de la desobediencia civil tratan de minimizar su afectación. En primer lugar, la no violencia reduce la inseguridad jurídica a la afectación moral o psicológica; en segundo lugar, el agotamiento de los recursos legales para reparar la injusticia (una especie de principio de definitividad para la procedencia de la desobediencia civil) proporciona la oportunidad de resolver el conflicto dentro de la sistemática del propio sistema jurídico al que pertenece la norma injusta, y, por último, la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil, además de su efecto moral sobre el público, mantiene, aunque sea diluida, la certeza sobre la aplicación normativa.³

Concebida como un intento de conciliar la contradicción entre justicia y seguridad jurídica, la desobediencia civil es considerada, por Hanna Arendt, como la última instancia para modificar o anular una norma jurídica, general o particular, de notoria injusticia.⁴ Su finalidad no es pues, desconocer todo un sistema jurídico, como lo podría ser la de una *desobediencia revolucionaria*, sino apelar al último fundamento de un sistema jurídico que, en opinión de la misma autora, es el sentimiento de justicia de la comunidad que lo sustenta.⁵

Sin embargo, como la eficacia de la desobediencia civil depende del apoyo creciente de la población, durante su implementación pueden, fácilmente, rebasarse los límites que la caracterizan y ocasionar problemas en la seguridad jurídica de una comunidad política, y, en consecuencia, disminuir su aceptación social, tal y como ha sucedido en los casos de protestas estudiantiles o electorales, en diversos países y en el nuestro. Es importante, por ello, comparar la desobediencia civil de otras formas de oposición a un régimen político y jurídico, para ver en que medida se pueden distinguir de ellas.

³ Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Ed. Cárdenas, México, 2003, p. 457.

⁴ Arendt, Hanna, “Desobediencia civil”, en *Crisis de la república*, Madrid, Taurus, 1973, p. 107.

⁵ *Idem.* p. 84.

2. La desobediencia civil entre la resistencia al tirano y la acción revolucionaria de las masas

Rawls considera que la desobediencia civil puede ser un recurso moralmente aceptable y razonablemente eficaz, en un régimen jurídico casi justo.⁶ Lo cual parece significar que no pueden justificarse, moralmente hablando, otras maneras de oponerse a un régimen abierta o totalmente injusto.

2.1. La resistencia al tirano

De hecho, en la historia de las ideas políticas se ha discutido la validez ética de la resistencia al tirano y del derecho revolucionario de las masas, entre otras formas de oposición. La primera de ellas es de raigambre cristiana. En la tradición tomista, el filósofo español Francisco Suárez justificaba el derrocamiento e, incluso, la muerte del tirano, para restablecer el bien común, como fin normal del derecho.⁷ Claro está, que para que fuera legítimamente moral la resistencia al tirano, se requería que se presentaran ciertos requisitos: que el “bien común” se hubiera convertido en bien particular del gobernante o de sus allegados al poder; que no existiera ningún otro medio para hacer entrar en razón al gobernante transgresor y que no se siguiera un daño peor para la comunidad con la resistencia que con la opresión.

Se nota, en esta teoría, como en la desobediencia civil, una preocupación o una tensión entre la justicia y la seguridad jurídica, pues sostiene que la resistencia al tirano es legítima sólo cuando no traiga consecuencias demasiado gravosas para la población. Sin embargo, su justificación última —la recuperación de la soberanía a manos del pueblo por ausencia o por usurpación del rey—, implicaba la posibilidad de su uso político e ideológico por los dirigentes de la Iglesia Católica. El mismo Suárez la formuló para justificar la rebelión de los ingleses contra Enrique VIII que se había apartado del papado.

En México fue utilizada para justificar la rebelión conservadora contra la reforma juarista y la rebelión cristera contra el régimen posrevolucionario. No hay que olvidar, empero, que también dicho fundamento último influyó, en alguna medida, en la rebelión de independencia de muchas naciones latinoamericanas con respecto de España, entre ellas, nuestro país. Ha sido esta inversión, uno de los ejemplos más claros de la redeterminación ética de una ideología política.⁸

Desde una perspectiva marxista e, incluso, desde el punto de vista de la desobediencia civil, la teoría de la resistencia al tirano, no sería del todo justi-

⁶ Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1985, p. 331.

⁷ Berumen, Arturo, *op. cit.* p. 449.

⁸ Berumen, *op. cit.*, p. XX: “La idea completa es de Hegel: la idea de superar la ideología y conservar la moral. La famosa *aufheben*. La expresión (de redeterminación) es la mitad de Hegel y la mitad nuestra, al menos en su uso como superación y conservación.”

ficable, puesto que no remedia la injusticia, ya que suple a un tirano por otro peor y sólo ocasiona inestabilidad y daños sociales graves. No alcanza la justicia y perturba, gravemente, la seguridad jurídica.

2. 2. La acción revolucionaria de las masas

Por su parte, la acción revolucionaria de las masas, genuinamente marxista, es una teoría comparable y oponible a la teoría de la desobediencia civil. Se pueden destacar, de este modo, sus semejanzas y sus diferencias.

Entre las semejanzas, podemos señalar que ambas, tanto la desobediencia civil como la acción revolucionaria de las masas, son un medio de lucha contra las injusticias. Sólo que la teoría de la desobediencia civil, la considera como una lucha contra una norma injusta, perteneciente a un sistema, en general, casi justo, según Rawls,⁹ mientras que la desobediencia revolucionaria lucha contra todo un sistema jurídico injusto, en general, de acuerdo a la opinión de Hanna Arendt.¹⁰

2. 2.1. La norma notoriamente injusta

Ahora bien, lo que los revolucionarios y los desobedientes civiles entienden por norma injusta puede llegar a ser muy diferente, según el concepto que se tenga de justicia. En este sentido los paradigmas de ambos pueden encontrarse en Marx y en Rawls, respectivamente.

Presuponiendo la distinción aristotélica entre justicia conmutativas y justicia distributiva, Marx considera que el sistema capitalista no puede ser un sistema justo, puesto que la necesidad de la plusvalía para la reproducción de la existencia del capital, no tan sólo impide la realización de la justicia conmutativa en las relaciones laborales, sino que incrementa los niveles de la injusticia distributiva, es decir, los niveles de desigualdad entre las clases sociales.¹¹

Por esta razón, en definitiva, sólo transformando revolucionariamente todo el sistema capitalista se puede estar en condiciones de alcanzar, no ya una justicia distributiva, basada en la proporcionalidad de los méritos o las culpas, sino una justicia redistributiva, basada en la desigualdad de necesidades de cada clase social. Lo cual no quiere decir que, en determinadas circunstancias y en determinadas épocas históricas, no se pueda luchar, jurídica y políticamente, con éxito, para reducir los márgenes de injusticia y de desigualdad, dentro del sistema capitalista.¹²

En cambio, la justicia para Rawls, se compone de tres principios básicos: la igualdad de libertades, la igualdad de oportunidades y el principio de la dife-

⁹ Rawls, *op. cit.* p. 331.

¹⁰ Arendt, *op. cit.* p. 84.

¹¹ Berumen, *op. cit.* pp. 312-322.

¹² *Idem.* pp. 297-322.

rencia.¹³ El primer principio de la justicia significa que todos los miembros y grupos de una sociedad bien ordenada, deben tener las mismas libertades compatibles con las libertades de los demás. Es el principio fundamental de la justicia. Su violación por una norma jurídica, general o particular, atenta contra el principio fundamental de justicia. Por ello, contra una norma o una institución que vulnere tal principio es justificable, moralmente, la desobediencia civil.¹⁴ Ejemplo de ello, son las leyes que permiten la esclavitud, la discriminación racial, cultural, religiosa, sexual, entre otras. Fue, precisamente, contra este tipo de normas jurídicas injustas que se hicieron los movimientos de desobediencia civil en la India por Gandhi, y en los Estados Unidos, por la defensa de los derechos civiles de las minorías, con bastante éxito.¹⁵

Para Hanna Arendt, las normas jurídicas que atentan contra este principio de libertad igual, rompen el fundamento básico de cualquier sociedad: el consensus universalis, al excluir del mismo a los grupos o a los individuos discriminados.¹⁶ Cabría plantearse aquí, la cuestión de si la discriminación de las comunidades indígenas de nuestro país, durante tanto tiempo, no atenta contra este principio del consenso universal, o lo que es lo mismo, contra la libertad igual para todos los mexicanos y, en consecuencia, si se justificaría un movimiento indígena de desobediencia civil, en nuestro país.

Claro que, en nuestro país no existe, una norma jurídica general que establezca una discriminación contra los indígenas, sino que ésta se da de ipso y subrepticamente. Por esta razón, tal vez, la desobediencia civil indígena podría plantearse con el propósito de establecer una legislación (o en normas jurídicas particulares) que prohibiera dicha discriminación fáctica, pues la función de una institución de esta naturaleza tendría que ser la inclusión de los indígenas en el "consensus universalis" de la nación mexicana.

Por lo que se refiere al segundo principio de la justicia en Rawls, la igualdad de oportunidades, su violación también podría justificar, moralmente, a la desobediencia civil.¹⁷ Este principio establece que no se valen o no se deben permitir desigualdades arbitrarias, es decir, las desigualdades basadas en la desigualdad de oportunidades, o, en otras palabras, no son legítimas las desigualdades que se generan con base en privilegios, en favoritismos o en la parcialidad de los funcionarios del gobierno.¹⁸ O sea, *a contrario sensu*, sí se permiten o sí son válidas las desigualdades no arbitrarias, es decir, las que surgen de la proporcionalidad de los méritos o de las culpas, y no de los privilegios, favoritismo o parcialidades.¹⁹

¹³ Rawls, *op. cit.* pp. 62-118.

¹⁴ *Idem.* p. 338.

¹⁵ Arendt, *op. cit.* pp. 98, 99.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Rawls, *op. cit.* p. 338

¹⁸ Berumen, *op. cit.* pp. 257-263

¹⁹ *Ibidem.*

En consecuencia, la desobediencia civil sólo se justifica contra leyes o decisiones jurídicas que obstaculicen la igualdad de oportunidades y, por tanto, generen desigualdades no basadas en los propios méritos, sino en tales privilegios, favoritismos o parcialidades. Es posible que por la violación de este principio de la igualdad de oportunidades por las leyes o las decisiones electorales que favorezcan, parcialmente, a algún partido injustamente, se justifiquen los movimientos de desobediencia civil contra los fraudes electorales tan comunes en nuestro país, pues generan desigualdades políticas arbitrarias.

Por lo que se refiere al tercer principio de la justicia, el principio de la diferencia, es dudoso que proceda, moralmente, la desobediencia civil, pues las violaciones al mismo son difíciles de reconocer.²⁰ Este principio establece que las desigualdades también serán válidas si benefician o perjudican a todos, aunque los beneficien o los perjudiquen en distinto grado, presuponiendo, claro está, la igualdad de oportunidades.²¹ Por ejemplo, se me ocurre la ley que establece el reparto de utilidades podría decirse que respeta el principio de la diferencia, pues, aunque a los patrones les toque una mayor proporción del reparto, también los trabajadores se benefician del mismo, aunque sea en menor proporción.

Para Rawls es difícil determinar cuando se viola este principio, porque depende de las concepciones teóricas y de la información estadística que se tenga sobre cuestiones económicas y financieras. Sin embargo, nos parece que la violación a este principio es bastante clara, pues una norma jurídica o una institución económica o social que sólo beneficiaran o sólo perjudicaran a un grupo social y no a los demás, en alguna medida o proporción, no cumpliría con la exigencia de que debe beneficiar o perjudicar a todos, aunque sea en diferente proporción. Es claro, por ejemplo, que una ley fiscal que gravara a todos los grupos sociales, aunque fuera en distinta proporción, pero exentara al grupo de, digamos, inversionistas bursátiles, sería claramente injusta, por la violación del principio de la diferencia, y es posible que contra dicha ley procediera, moralmente, la desobediencia civil.

Lo que realmente se dificultaría es como justificar la diferencia en la proporción del beneficio o del perjuicio de una norma jurídica o de una institución. Es decir, la dificultad reside en como determinar si existe o no existe la igualdad de oportunidades. No vemos otro criterio que los que proponen Aristóteles y Marx: según los méritos o según las necesidades, respectivamente. Los beneficios deben ser directamente proporcionales a los méritos y las culpas, e inversamente proporcionales a las necesidades. Aunque cabría decir también que tanto los beneficios como los perjuicios deben corresponder de una manera inversamente proporcional a las necesidades, pero para que en el futuro, lo sean directamente proporcional a los méritos.²² Cabría también preguntarse si procedería la

²⁰ Rawls, *op. cit.* p. 339.

²¹ *Idem.* p. 68.

²² Berumen, *op. cit.* p. 324.

desobediencia civil si las normas y las instituciones jurídicas no tienden a generar igualdad de necesidades, por atentar contra el principio de la igualdad de oportunidades.

Como conclusión de la comparación de la desobediencia civil y la desobediencia revolucionaria, con respecto de los principios de justicia, podemos decir que no necesariamente se contradicen ambas, pues no vemos como no puedan aceptar los marxistas revolucionarios las acciones de la desobediencia civil por estos motivos, aunque sólo fuera para disminuir las injusticias de un sistema que ellos consideran “no justo” o, incluso, para preparar una revolución que cambie todo el sistema. Por su parte, los teóricos de la desobediencia civil también podrían aceptar la moralidad de una desobediencia civil generalizada, en el caso de que un sistema jurídico, que ellos consideran “casi justo”, deviniera en otro injusto, aunque los temores a la desestabilización social de Rawls, puedan estar justificados, parcialmente.²³

2.2.2. El agotamiento de los recursos legales

Para evitar o reducir al mínimo estos riesgos para la seguridad jurídica, para la procedencia moral de la desobediencia civil, no basta que se ejerza contra una norma o una institución jurídica notoriamente injusta, sino que además, se hayan agotado, infructuosamente, todos los recursos legales existentes para anular o contrarrestar los efectos injustos de la misma. Compararemos, ahora, la revolución y la desobediencia civil, a este respecto.

Los revolucionarios marxistas no consideran en general, que los derechos y los procedimientos legales puedan, en principio, hacer del sistema jurídico, un sistema justo. Pero no excluyen su utilización, cuando menos, para dos propósitos: utilizar el derecho a favor de los marginados y utilizar el derecho para develar las ideologías jurídicas que lo hacen aparecer como justo ante la conciencia moral de las minorías.²⁴ En este sentido son ilustrativos los intentos de Trotsky para despertar la conciencia revolucionaria de las masas, por medio de procedimientos jurídicos: en el juicio contra el Soviet de 1905; en las negociaciones de paz con Alemania en 1918 y en los juicios en que tuvo que intervenir, en Noruega, con motivo de los procesos de Moscú en 1936.²⁵

²³ Rawls, *op. cit.* pp. 323, 340.

²⁴ Berumen, *op. cit.* pp. 483-489.

²⁵ En su discurso de defensa, durante el juicio contra el Soviet de 1905, Trotsky que era su presidente, entre otras cosas dijo: “El Soviet trató de organizar a las masas y de explicarles el significado de los acontecimientos. No estaba preparando una insurrección; estaba preparándose para una insurrección. Ciertamente era que las masas no tenían armas. Pero, independientemente de cuán importantes puedan ser las armas, no es en ellas, señores jueces, donde reside el gran poder. ¡No! No es en la capacidad de las masas para matar a otros, sino en su gran disposición para morir, lo que asegura en última instancia la victoria del levantamiento popular.” (Deutscher, Isaac, *Trotsky. El profeta armado*, trad. José Luis González, Editorial Era, México, 1976, p. 161). En las conversaciones de la paz de Brest-Litovsk de

En la motivación que guía estos actos jurídicos coinciden ambos tipos de movimientos —la desobediencia civil y la acción revolucionaria—: la apelación a la conciencia de justicia de las mayorías. Tanto Hanna Arendt con John Rawls, consideran a la desobediencia civil no como un movimiento de la minoría contra la mayoría, si no como un llamado a la mayoría para que reconsidere y se ponga en lugar de la minoría y reflexionen sobre las razones que la impulsan a la desobediencia civil.²⁶ Por ello, se considera a la desobediencia civil como la verdadera última instancia de un sistema jurídico, “casi justo”, para modificar una norma injusta notoriamente.²⁷

El agotamiento de los recursos legales para remediar la injusticia (una especie de principio de definitividad de la justicia para que proceda la desobediencia civil) es, al parecer, la mejor tribuna para apelar a la conciencia de las mayorías. Es en los procesos jurídicos donde se puede argumentar éticamente contra la norma jurídica injusta y es, al mismo tiempo, una clara señal de que los desobedientes civiles no buscan alterar el orden o introducir la inestabilidad o la inseguridad jurídica.

Esto es así, según Rawls, no porque se pretenda deslegitimar al Estado ante las mayorías, sino, precisamente, al contrario, para hacer entender al Estado que adquirirá mayor legitimidad ante las mismas, si accede a la pretensión justa de la minoría apoyada o, cuando menos, no obstaculizada por las mayorías.²⁸ Precisamente, por el miedo a la deslegitimación, va a decir Habermas, el Estado accederá a las pretensiones de los desobedientes civiles.²⁹

Podríamos decir, que la desobediencia civil debe estar precedida de una acción comunicativa en el sentido de Habermas, por parte de los desobedientes, para lograr restablecer la misma acción comunicativa en el sistema jurídico,

1918, Trotsky, Comisario de pueblo de relaciones exteriores de la Rusia Soviética, expresó: “Nos retiramos de la guerra. Lo anunciamos a todos los pueblos y gobiernos (...) Al mismo tiempo declaramos que las condiciones que nos han impuesto los gobiernos de Alemania y Austria-Hungría están en fundamental conflicto con el interés de todos los pueblos (...) Nos negamos a suscribir las condiciones que el imperialismo alemán y autrohúngaro escribe con la espada en la carne de naciones vivas. No podemos estampar la firma de la revolución rusa en un tratado de paz que acarrea opresión, aflicción y desgracia a millones de seres humanos.” (*Idem* pp. 340, 341). Por último, en un juicio en Noruega, Trotsky, exilado político, expresó: “El asesinato de Kirov no ha quebrantado un solo instante el poder absoluto de la burocracia; le ha dado, por el contrario, la posibilidad ansiada de exterminar por centenares a los hombres que teme, de cubrir de barro a sus adversarios y de sembrar la desorientación en la conciencia de los trabajadores. Los resultados de la aventura de Nikolaiev han confirmado enteramente —¿podría ser de otra manera? — la vieja condenación marxista del terrorismo a la cual he permanecido fiel durante cuarenta años, y que no pienso revisar hoy.” (Trotsky, *Los crímenes de Stalin*, Juan Pablos Editor, México, 1973, p. 59).

²⁶ Rawls, *op. cit.* p. 347.

²⁷ Rawls, *op. cit.* p. 354, Arendt, *op. cit.* p. 107.

²⁸ Rawls, *op. cit.* p. 350.

²⁹ Habermas, “La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático”, en *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Ediciones, Península, Barcelona, 2000, p. 54.

por parte del Estado.³⁰ Puede suceder, también, que la acción de desobediencia civil y la acción comunicativa legal puedan darse simultáneamente e, incluso, puede ser la manera más conveniente de realizar ambas. Pues, si se espera al total agotamiento de los recursos legales para proceder a la desobediencia civil, para modificar a las normas jurídicas injustas, puede obstaculizarse el propósito mismo del movimiento de desobediencia civil, mediante la utilización, por parte del gobierno, del pretexto de la “cosa juzgada”.

Además, la simultaneidad de la acción de desobediencia civil y de la acción comunicativa legal, puede servir para neutralizar a los sectores que presionan, directa o indirectamente, para que se mantenga la norma injusta por parte de del órgano del estado ante él que se han interpuesto los recursos legales correspondientes. El riesgo de esta estrategia, si es excesiva, por ejemplo si se llega a la violencia, puede ocasionar que la decisión tomado por los órganos del estado se encuentre deslegitimada, aunque sea favorable, por haberse deslegitimado el propio movimiento de desobediencia civil ante los ojos de la mayoría, debido a la violencia.

2.2.3. La no violencia

Precisamente, por el riesgo anterior, la no violencia es el tercer requisito indispensable para que la desobediencia civil sea legítima moralmente. Al parecer, es en este punto donde se separa más claramente, la desobediencia civil y la desobediencia revolucionaria. Sin embargo, tal diferencia es sólo relativa. Es cierto que, en el caso de la desobediencia civil de Gandhi para liberar a la India, la violencia estuvo ausente por parte de su movimiento, pero no por parte del gobierno inglés.³¹ En muchas ocasiones, la “violencia defensiva” contra los agentes del orden policiaco ha sido inevitable, como en las protestas contra la guerra de Vietnam, en Estados Unidos, y contra la carrera armamentista en Europa.³²

Por el lado de la desobediencia revolucionaria, tampoco se vale cualquier tipo de violencia. Por ejemplo, tanto Marx como sus seguidores, estaban en contra del asesinato político y contra el terrorismo.³³ Por su parte, Trotsky, tanto teórica como prácticamente, trató de minimizar la violencia, tanto en la revolución rusa como en la guerra civil que le siguió.³⁴

³⁰ A la argumentación ético-jurídica, libre de coacción, llevada a cabo en los procesos legales contra una norma injusta, podemos llamarla *acción comunicativa legal*.

³¹ Rau, Heimo, *Gandhi*, p. 105.

³² Habermas, *op. cit.* p. 52.

³³ Arendt, “Sobre la violencia” en *op.cit.* p. 119.

³⁴ Trotsky, *La era de la revolución permanente*, trad. Manuel Aguilar Mora, et. al. , Juan Pablos Editor, México, 1973, p. 60: “Al dirigir esta fuerza elemental gigantesca, el Soviet se planteó la tarea inmediata de reducir a un mínimo la fricción interna, de prevenir excesos y limitar al menor número posible la cantidad inevitable de víctimas en la lucha.”

Claro que, a pesar de este acercamiento, la diferencia entre ambas acciones —desobediencia civil y acción revolucionaria—, todavía es muy importante: la no violencia en la desobediencia civil tiene como propósito no enajenarse las simpatías de la mayoría, mientras que la violencia mínima revolucionaria tiene como cometido someter a las minorías dominantes. Aún en este aspecto, se puede notar, la no incompatibilidad absoluta entre ambas, pues la no violencia contra las mayorías puede transformarse en la violencia mínima de las mayorías. Independientemente de ello, en ambos casos, la violencia no es legítima ni prudente ejercerla contra las mayorías, pues de su postura depende tanto la legitimidad como la eficacia del movimiento opositor como de la represión gubernamental.

2.2.4. La aceptación del castigo

Por el lado de la legitimidad y de la eficacia de la desobediencia civil, la no violencia se vincula con la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil. A Gandhi, la aceptación del castigo (cárcel) lo hizo crecer moralmente y legitimó, en el mismo sentido, su movimiento de liberación.³⁵ Sin embargo, tal requisito no deja de ser problemático, pues parece implicar que los desobedientes civiles no deben defenderse jurídicamente o que el estado tenga derecho de considerar al “desobediente civil” como a un “desobediente criminal”.³⁶

Con respecto a lo primero, nos parece que el ejercicio del derecho de a la defensa del desobediente civil no disminuye la fuerza de su testimonio moral, si el estado quiere tratarlo como a un desobediente criminal. Y, con respecto a la diferencia entre ambas desobediencias por parte del estado, se justifica porque la primera, es decir, la desobediencia civil, es pública, tiene propósitos colectivos, morales y justos, en tanto que la desobediencia criminal es oculta, egoísta e individualmente provechosa. Por esta razón, el estado no debe tratarlas igual, incluso si existió violencia de parte del primero. Según Habermas, Rawls y Dworkin, la desobediencia civil debe ser considerado como un atenuante de responsabilidad.³⁷

Por lo que se refiere a la acción revolucionaria, podría parecer, en principio, que rechazarían la exigencia de aceptar el castigo. Sin embargo, para un revolucionario marxista ruso, era un orgullo el número de años de prisión, de deportación o de destierro que había sufrido, pues demostraba a su partido, a sus simpatizantes y al pueblo la seriedad de su compromiso con su causa. Claro que tampoco eran mártires y utilizaban todos los medios legales para su defensa y como acción comunicativa de sus propósitos.

Si comparamos la “desobediencia revolucionaria” con la “desobediencia criminal”, podemos recordar que el estado no las trata igual. La utilización del

³⁵ Rau, *op. cit.* pp. 106, 109)

³⁶ Arendt, *op. cit.* p. 81; Habermas, *op. cit.* p. 52.

³⁷ Habermas, *op. cit.* p. 63; Rawls, *op. cit.* p. 351.

perdón y de la amnistía para exonerar a los presos políticos revolucionarios es más común que para los presos comunes, en razón de sus propósitos de justicia social y política. Con mayor razón tendría que aceptarse una diferencia semejante en el tratamiento penal de la “desobediencia civil”.

Podemos recapitular esta comparación entre la “desobediencia civil” y la “desobediencia revolucionaria” diciendo que sus diferencias, realmente, se refieren no a sí mismas, si no al orden jurídico al que se oponen: la desobediencia civil contra un estado más democrático y menos injusto y la desobediencia revolucionaria contra un estado tiránico y más injusto. Por ello mismo, la desobediencia civil puede transformarse, legítimamente, en desobediencia revolucionaria si se da una transformación del estado democrático en estado despótico o si aumentan substancialmente los grados de injusticia del sistema. Por lo que se refiere a sus semejanzas, las podemos resumir diciendo que ambos tipos de desobediencia se proponen la restauración de la acción comunicativa en la operación del sistema jurídico y político.

La desobediencia civil y la acción comunicativa

Para Hanna Arendt, la desobediencia civil tiene o debe tener como propósito, el rescatar la posibilidad de actuar en público, de recuperar los espacios públicos que constituyen el poder del pueblo en su conjunto.³⁸ Para Habermas, la desobediencia civil tiende a devolver a la sociedad su capacidad para la acción comunicativa, constituyendo un poder comunicativo, a través de redes comunicativas de grupos autónomos y de la influencia en la opinión pública para invertir los procesos sistémicos de comunicación que determinan la acción administrativa y política del estado.³⁹

La desobediencia civil, mediada por la acción comunicativa, se puede concebir como una alternativa tanto a la colonización sistémica del mundo de la vida por el estado y el capital (Habermas) como a la violencia destructora del sistema, violencia que, en opinión de Hanna Arendt, es estéril para la creación de nuevas instituciones. La acción revolucionaria, por su parte, requiere, para superar tal esterilidad institucional, de la acción comunicativa, a la cual, puede no serle suficiente la desobediencia civil, para conservar su eficacia, sino que necesite de la acción revolucionaria de las masas.

³⁸ Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, FCE, México, p. 264.

³⁹ Habermas, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 462, 466 y ss.

POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS NA AMÉRICA LATINA ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE¹

SALO DE CARVALHO²

Resumo: A investigação sobre as políticas de repressão às drogas na América Latina está centrada na possibilidade de interação entre os pressupostos do direito penal do inimigo, discurso que historicamente atuou como meta-regra das agências penais, e a idéia de exceção permanente. Intenta realizar, portanto, diagnóstico da política criminal contemporânea.

Resumen: La investigación sobre las políticas de represión a las drogas en la América Latina esta centrada en la posibilidad de interacción entre los presupuestos del derecho penal del enemigo, discurso que históricamente actuó como meta-regla de las agencias penales y la idea de excepción permanente. Intenta realizar por tanto un diagnostico de la política criminal contemporánea.

Abstract: The investigation on the policies of repression to drugs in Latin America is centered in the possibility of interaction between the budgets of the penal law of the enemy, speech that historically acted like put-rule of the penal agencies and the idea of permanent exception. It tries to make therefore diagnose of the contemporary criminal policy.

A pior forma de defendermos a nossa liberdade é deixar que nossos líderes tirem a nossa liberdade! É exatamente em momentos como esses que temos de ter mais liberdade de expressão, uma mídia independente forte e crítica, e uma cidadania que não tenha medo de se levantar e dizer que o rei está nu e, pior, que não tem miolos. Se perdermos a coragem de dizer algo parecido estaremos condenados” (Michael Moore, Stupid White Men).

1. Introdução

A programação dos sistemas repressivos na história da humanidade é caracterizada pela inflexível e duradoura prática de violências arbitrárias. A constatação é plausível porque apenas na Modernidade, a partir dos postulados juracionais, o direito e o processo penal passam a ser definidos formalmente como limites à intervenção punitiva irracional, como barreiras à coação direta desempenhada pelos aparatos sancionatórios.

A tese permite concluir, com Ferrajoli, que “a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história

¹ Artigo redigido para o Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Porto Alegre (setembro, 2005), em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. As conclusões expressas no artigo são frutos da pesquisa intitulada “*Mal-Estar na Cultura Punitiva*”, realizada junto ao Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS, e compõem a parte conclusiva do primeiro capítulo da terceira edição do livro “*A Política Criminal de Drogas no Brasil*” (RJ: Lumen Juris, prelo).

² Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor do Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosas, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas; e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de mortificações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos delitos.”³

Possível diagnosticar, portanto, a estabilidade da lógica beligerante na programação da punitividade, sendo os postulados teóricos humanistas e garantidores rupturas prático-teóricas descontínuas e fragmentárias.⁴ No entanto, embora se possa afirmar a assiduidade do extravasamento do poder penal em sua tendência à lesão e não à preservação dos direitos e garantias fundamentais, o discurso penal da modernidade, manifestando-se em essência como fala da falta, inexoravelmente primou pelo respeito às bases liberais do projeto de racionalização da intervenção punitiva. A sublevação ilustrada dos princípios contra o Príncipe, ou seja, da razão de direito à razão de Estado, estabilizou, ao menos no plano retórico, regras do jogo mínimas para aferição de legitimidade à violência estatal monopolizada.

Inegável ser possível constatar germens antiliberais nas teorias penais da Modernidade, sobretudo em razão da persistência e transversalidade epocal da Ideologia da Defesa Social. Todavia, após a consagração da universalidade dos direitos humanos na revolução burguesa, a negativa dos postulados de respeito aos princípios humanitários decorrente de seu atrelamento à legalidade e à judicialidade somente foi possível em discursos de defesa dos Estados de exceção.

Notório, porém, que desde a solidificação da crítica criminológica restou clara a cisão entre as funções declaradas e as funções reais exercidas pelas agências penais, notadamente a partir da publicação de *Vigiar e Punir*. O discurso liberal de estar o direito penal voltado ao respeito da legalidade e da igualdade, na tutela dos principais interesses e valores da sociedade (bens jurídicos), ficou localizado no plano das funções declaradas, pois a beligerância continuou sendo a constância do sistema repressivo (função real), ou seja, a justificativa de excepcionalidade da violência institucional restou permanente. Desta forma, a retórica humanista acabou adquirindo papel dissimulador à programação autoritária.

³ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 382.

⁴ “(...) a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário” (CARVALHO, *Tântalo no Divã*, p. 117).

Apesar do importante desvelamento operado pela criminologia crítica, o discurso humanitário-racionalizador tem servido como parâmetro de anamnese e denúncia da coação direta freqüentemente orientadora das ações dos sujeitos que dinamizam o sistema penal. A dicotomia entre as funções do discurso penal (reais e declaradas) fornece, portanto, refinado instrumento heurístico para projeção de uma atuação tendente à redução dos danos causados pelas agências repressivas.

O direito penal de emergência deflagrado pelos operadores da estrutura repressiva (direito penal do terror), em sua atuação nas esferas legislativas, executivas, judiciárias ou acadêmicas, tem sido diuturnamente dicotomizado com a tradição ilustrada. No vácuo entre o garantismo e o inquisitorialismo, isto é, entre o anunciado oficialmente e a prática violenta, define-se o campo de atuação e de assunção de posições dos operadores do direito (penal).

Todavia torna-se absolutamente preocupante quando as funções reais (genocidas) passam a ser defendidas como base de um novo discurso oficial (funções declaradas), pois a transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo potencializa o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar.

A partir deste marco de análise é que será realizado o estudo das proposições político-criminais contemporâneas do *direito penal do inimigo* e de sua forma estatal correspondente (Estado de exceção): “*o estado de exceção, hoje, atingiu exatamente o seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito*”,⁵ visto estar esta doutrina intimamente ligada à repressão atual do fenômeno das drogas.

Dois importantes investigadores, de diferentes áreas das humanidades, forneceram instrumentos para o confronto da política criminal de drogas e do direito penal do inimigo com o Estado de exceção. No 10º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (São Paulo, 2004), Geraldo Prado apresentou inovadora tese sobre os limites dos poderes das agências de punitividade na restrição dos direitos individuais. Naquela ocasião, a partir de precisa crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre os limites às interceptações telefônicas, o autor sustentou que na vigência do Estado Direito os direitos fundamentais somente poderiam ser restringidos se se apresentar como barreira formal e material o regramento constitucional do Estado de exceção. Ou seja, em nenhuma hipótese poderia a Lei ou a jurisprudência autorizar limitações para além do determinado no Capítulo I (*Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio*) do Título V (*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*) da Constituição da República. No mesmo período, a assistência

5 Agamben, Estado de Exceção, p. 131.

às conferências realizadas por Ricardo Timm de Souza, no Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUCRS, possibilitou encontrar amparo teórico (Agamben) para análise dos fundamentos da constância do Estado de exceção nas sociedades (formalmente) democráticas e subsídios para afirmar que à crise devemos opor a crítica. O diálogo e o aprendizado com Ricardo Timm de Souza e Peraldo Prado foram fundamentais no desenvolvimento do trabalho.

2. A Formulação (Teórica) Contemporânea do Direito Penal do Inimigo

A percepção atual das organizações dissidentes (domésticas ou internacionais) como problema penal, sobretudo aquelas cuja atuação é estruturada na utilização de métodos terroristas, tem levado à construção de um novo discurso defensivista. Fundado em premissas análogas àquelas nas quais objetiva intervir, a resposta punitiva para o combate dos grupos terroristas é forjada a partir de um equânime direito penal do terror. A máxima na nova configuração da política criminal autoritária contemporânea parecer ser “*contra o terror das organizações criminosas o terrorismo de Estado.*”

Para além das pautas programáticas dos Movimentos de Lei e Ordem, cuja principal característica é a ausência de respaldo teórico na fundamentação das intervenções autoritárias, o novo defensivismo encontra guarida em ideólogos que disseminam a beligerância penal não apenas como reitora da política criminal mas, igualmente, como base interpretativa do direito penal (dogmática penal). Dentre suas principais construções doutrinárias, inegavelmente encontra-se a formulação de Günther Jakobs sobre o *direito penal do inimigo*⁶, com a aproximação estratégica ao sistema de distintas velocidades preconizado por Silva Sánchez, obtendo como resultado um *direito penal de terceira velocidade*.⁷

Segundo a formulação de Jakobs, o direito penal de garantias teria aplicabilidade apenas aos “cidadãos” que praticaram acidental e/ou esporadicamente crimes. Para estes integrantes do pacto social envolvidos em eventual prática

⁶ Embora alguns autores procurem realizar aproximações teóricas entre a base humanitária do direito e do processo penal com a vertente dogmática do pensamento de Jakobs, visualizando pontos de contato entre as linhas garantistas e este modelo de funcionalismo, nota-se uma incompatibilidade de origem que refuta, terminantemente, tais ensaios. A incompatibilidade se refere à perspectiva político-criminal que ilumina ambas as teorias. Deste modo, se incompatíveis as projeções de criminalização (minimalismo versus maximalismo) e a estruturação da teoria geral de interpretação do delito e da pena (direito penal do fato versus direito penal do autor), qualquer aproximação doutrinária entre categorias aparentemente comuns soam como esforço inútil, visto serem os horizontes de (não) intervenção absolutamente incompatíveis. Veja-se, por exemplo, a importante lembrança realizada por Alejandro Aponte, quando nota que em 1985, no Congresso de Direito Penal de Frankfurt, quando Jakobs apresenta sua primeira versão do direito penal do inimigo, o faz “(...) *en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la ‘criminalización en el estadio previo a una lesión’ del bien jurídico*” (APONTE, *Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*, p. 12/3), ou seja, no âmbito da discussão aparente neutra da dogmática do delito sobre consumação e tentativa.

⁷ Neste sentido, conferir SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, pp. 161-167 e CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*, pp. 37-43.

delitiva, estariam resguardados todos os direitos e garantias inerentes à formulação normativa da Modernidade, notadamente dos postulados de legalidade e de jurisdicionalidade. O cidadão, desde este ponto de vista, seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um erro (crime), oferece garantia cognitiva mínima de comportamentos de manutenção da vigência das normas. Contra os cidadãos infratores a pena apresentar-se-ia como resposta desautorizadora do fato, procurando restabelecer a confiança social na estabilidade da lei (penal).

Sustenta Jakobs, porém, ser possível identificar em alguns casos “(...) que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera [ocasião na qual] disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona.”⁸ Nestas circunstâncias de rompimento com as expectativas, na inexistência de um mínimo de garantia cognitiva de condutas pessoais estabilizadoras da vigência das normas, seria lícito realizar processo de despersonalização do criminoso, no qual a perda da personalidade política (cidadania) deflagraria exclusão dos direitos a ela inerentes. Como o direito penal de garantias seria ‘privilégio’ exclusivo dos integrantes do pacto social, àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo, incabível o status de pessoa.⁹

Com o procedimento de cisão entre “pessoas” e “não pessoas”, são elaborados dois modelos distintos de intervenção punitiva – o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo –, redefinindo-se as funções das agências repressivas,¹⁰ pois quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”¹¹

Nota-se, pois, o redimensionamento no marco ideológico defensivista com a assunção formal da dicotomia ‘bem’ e ‘mal’ e com a estruturação explícita da beligerância como norte programático do direito e do processo penal.

Definido o novo discurso, resta identificar o objeto de intervenção.

O sinal característico do inimigo seria a habitualidade e a profissionalização no cometimento de crimes. Ampliando a formulação original,

⁸ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 38.

⁹ “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (JAKOBS, *Derecho...*, p. 47).

¹⁰ “El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros (...); “en el Derecho penal del ciudadano la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro” (JAKOBS, *Derecho...*, pp. 33/55).

¹¹ JAKOBS, *Derecho...*, p. 55/6 (grifou-se).

Jakobs não restringe a nova programação apenas aos sujeitos vinculados aos “grupos terroristas”¹², mas a todos aqueles indivíduos cujas atitudes, através de incorporação em organização criminosa ou não, demonstre possibilidade de reiteração delitiva (periculosidade). Não por outro motivo Cancio Meliá define esta forma de identificação do inimigo como típicas dos modelos penais de autor:

(...) a) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino demoniza determinados grupos infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor.¹³

A probabilidade, mesmo genérica do dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), à supressão das garantias processuais (v.g. incomunicabilidade e ausência de publicidade) e à imposição de sanções desproporcionais de caráter inabilitador (preventiva de condutas futuras). Com o abandono permanente das regras, o inimigo não poderia usufruir os ‘benefícios’ próprios do conceito de pessoa.

Lembra Bitencourt que a política criminal funcionalista “(...) sustenta, como modernização no combate à ‘criminalidade moderna’, uma mudança semântico-dogmática: ‘perigo’ em vez de dano; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual etc.”¹⁴ Todavia, para além da modificação na linguagem dogmática, os efeitos da flexibilização dos princípios estruturais do sistema penal são pulverizados para toda a cadeia de interpretação, aplicação e execução das normas, reduzindo a capacidade do direito como regulador das violências desmedidas, públicas e/ou privadas.

Ao avaliar as tendências normativas contemporâneas, Jakobs visualiza inúmeros exemplos de adoção do direito penal do inimigo:

(...) el legislador por permanecer primero en el ámbito del derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— de lucha, por ejemplo, en

¹² Importante perceber a categoria “terrorismo”, desde o ponto de vista do direito penal, como um *tipo aberto*, ou seja, como um elemento conceitual indefinido, semanticamente lacunoso e sem qualquer precisão de suas características configuradoras. Neste sentido, lembram Riquert e Palacios que “entre esas expresiones que dificultan una total hegemonía — si algo así fuera posible — podríamos incluir a lo que desde los centros de poder llaman ‘terrorismo’ y que es tan difuso e indefinido que lo debemos entrecomillar (...)” (RIQUERT & PALACIOS, *El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*, p. 03)

¹³ CANCIO MELIÁ, ‘Derecho Penal’ del Enemigo?, p. 93/4. No mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo: “(...) cabe afirmar que el llamado ‘derecho penal del enemigo’ toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como ‘derecho penal de autor’” (CRESPO, ‘Del Derecho Penal Liberal’ al ‘Derecho Penal del Enemigo’, p. 50).

¹⁴ BITENCOURT, *Princípios Garantistas e a Criminalidade do Colarinho Branco*, p. 123.

el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas”, así como, en general, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, pero no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro (...).¹⁵

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de ‘grupos terroristas’ para agregar as demais ‘organizações criminosas’ organizadas, fornece condições de expansão das malhas de punitividade com a radical ruptura dos sistemas de garantias. A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito aos direitos exercidas pelas agências repressivas (ilegalidades toleradas), do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).

Neste quadro de apontamento de exceções que se tornam duradouras, a categoria normatizada ‘organizações criminosas’ adquire fundamental importância, visto ser o conceito que possibilitará agregar sob o mesmo estilo repressivo condutas absolutamente diversas como ‘terrorismo’, comércio de drogas ilícitas, imigração ilegal, tráfico de pessoas e de órgãos, crimes econômicos entre outros.

Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológico-positivista, e ao destituir seus componentes do *status* de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a idéia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policial.

3. O Direito Penal do Inimigo como Discurso de Legitimação da Punitividade no Estado de Permanente Exceção.

A Constituição, ao regulamentar a defesa do Estado e das instituições democráticas, elenca duas possibilidades de Estado de Exceção: o Estado de Defesa (art. 136, CR) e o Estado de Sítio (art. 137, CR). Em ambos os casos, a

¹⁵ JAKOBS, Derecho..., pp. 38-40.

excepcionalidade é argüida para preservar ou restabelecer a “ordem pública” e a “paz social”, ameaçadas por fatores internos (v.g. instabilidade institucional), externos (v.g. declaração de guerra ou agressão armada) ou causas naturais. Nestes casos limites previstos em lei, os decretos que estabelecem os Estados excepcionais determinam o tempo de sua duração, as medidas coercitivas a vigorarem

e as garantias constitucionais que ficarão suspensas no período (v.g. art. 136, § 1º e art. 138, *caput*, CR).

Tem-se, portanto, que a idéia constitucional de excepcionalidade é regulamentada formal e materialmente, ou seja, com restrições de caráter quantitativo (temporal) e qualitativo (direitos suscetíveis de suspensão), sendo apenas em hipótese de guerra declarada e permanente que tais critérios poderiam ser ampliados.¹⁶

A previsão constitucional, com definição taxativa dos critérios, permite adequar os Estados de Sítio e de Defesa aos princípios do Estado de Direito, isto é, fixa limites para considerar, mesmo a exceção, situação regulada a partir de determinados postulados.

No entanto, para além da disciplina constitucional de eventos episódicos de desestabilização das Democracias, nota-se a constante tendência dos Estados contemporâneos em criar eventos excepcionais de modo a garantir uma permanente situação de emergência.

Se na América Latina o discurso de emergência foi constantemente revigorado pelas agências repressivas como instrumento de (re)legitimação das políticas criminais de guerra às drogas, encontrando no ‘crime organizado’ o inimigo visível a ser combatido, na atualidade a exceção ganha contornos de estado de permanência com a adição do discurso de luta contra o terrorismo. Como o poder punitivo é operacionalizado sob a aparência do respeito às regras dos Estados de Direito, mas, em realidade, atua em um vácuo de direito(s), o efeito é a gradual desestabilização das Constituições.

A partir dos eventos de 11 de setembro de 2001, que deflagraram a publicação pelo Governo dos Estados Unidos do *USA Patriot Act* (26 de outubro) e das demais *Military Orders*, a estabilização da exceção não regrada parecer ser o novo fato da política criminal planetária.

Os ataques terroristas em Nova Iorque (2001), Madrid (2003) e Londres (2005), evidenciaram a existência de riscos incapazes de serem previstos, ou seja, que escapam à prevenção estratégica típica da racionalidade ilustrada. A incontrollabilidade de atos de violência cuja característica é a descontinuidade temporal e espacial expõe como irreal a principal promessa da modernidade: segurança. A instabilidade produzida pelos eventos terroristas na forma de gestão

¹⁶ Veja-se, por exemplo, a questão da determinação temporal. O prazo determinado pela CR para perdurar os Estados de Sítio e de Defesa é de, no máximo, 30 dias, podendo ser prorrogável uma vez por igual período (art. 138, § 2º e art. 138, § 1º, CR), e somente em casos de guerra declarada poderá ser indeterminado.

da criminalidade pelas agências estatais de repressão potencializa medos, tornando vulneráveis as conquistas da própria Democracia, sobretudo no que tange ao respeito aos direitos fundamentais.

Na tensão entre a crise de segurança (individual), vivenciada pela sociedade que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a crise da segurança (pública), apresentada pela incapacidade dos órgãos de Estado de administrar minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de serem instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a serem suprimidos integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de um outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como “ninguém” (não-ser).

Ao reconstruir a política do século passado e ao avaliar as medidas atuais contra o terrorismo, Giorgio Agamben percebe a tendência na política contemporânea de apresentar o Estado de Exceção como paradigma de governo, operando o deslocamento de medidas provisórias e excepcionais para técnicas de administração pública. Sustenta o autor que a criação de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.¹⁷

Importante perceber, pois, que o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos de segurança pública e não como seu freio. Assim, dado o papel essencialmente repressivo que adquirem os Estados na atualidade, fato que levou inclusive a sua ressignificação e adjetivação como Estado Penal,¹⁸ os históricos instrumentos de contenção das violências públicas (direito e processo penal) são convertidos, com a ruptura do seu sentido garantidor, em mecanismos agregadores de beligerância.

¹⁷ AGAMBEN, Estado..., p. 13. A partir da avaliação do Estado nazista, com publicação por Hitler do “Decreto para a Proteção do Povo e do Estado”, uma de suas primeiras medidas, Agamben sustenta que o “totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político” (AGAMBEN, Estado..., p. 13).

¹⁸ Neste sentido, conferir WACQUANT, *As Prisões da Miséria*, pp. 77-152; WACQUANT, *Punir os Pobres*, pp. 53-98; BAUMAN, *O Mal-estar da Pós-modernidade*, pp. 49-90; BAUMAN, *Globalização*, pp. 111-137; e CARVALHO, *A Ferida Narcísica do Direito Penal*, pp. 179-212.

Como a punitividade deve(ria) ser entendida como fenômeno essencialmente político (Tobias Barreto¹⁹), o discurso penal, ao invés de operar na legi-timação do processo bélico de coisificação do outro, necessariamente deveria servir como barreira de contenção da violência desproporcional. No entanto a retórica da emergência repressiva de sacrificialização dos direitos em nome do bem maior ‘segurança’ expressa a gradual tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a idéia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos. Neste quadro, o Poder Judiciário, portador por excelência do discurso de garantias do direito penal, estaria agregado aos demais Poderes (repressivos), objetivando a capacitação e a legitimação da exceção, ofuscando a potencialidade de limitação das violências inerente ao discurso penal da modernidade (funções declaradas).²⁰

A inseparabilidade entre os poderes qualifica a constância do Estado de Exceção, gerando um círculo vicioso segundo o qual as medidas autoritárias que se justificam como idôneas para a defesa das Constituições democráticas são aquelas que levam a sua ruína, pois não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição.²¹

A tese central de Agamben²² é que os atuais Estados de Exceção se colocam em uma zona de anomia, num espaço vazio de direito em que as determina-ções jurídicas são desativadas. O não-lugar absoluto geraria espécie de

¹⁹ Tobias Barreto, em um dos mais clássicos textos da literatura penal brasileira, sustenta: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”. Desloca, pois, o eixo de análise da pena do direito penal para os aparelhos repressivos, capacitando este (direito penal) à sua limitação (BARRETO, *Fundamentos do Direito de Punir*, p. 650).

²⁰ Interessante estudo sobre o papel do Poder Judiciário na legitimação da exceção permanente é realizado por Geraldo Prado. O autor, partindo das regras de limitação de direitos previstas constitucionalmente em casos de decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, avalia a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Consta que em casos de imputação de crime organizado (no *leading case*, crimes econômicos), as Cortes determinam, na constância democrática, restrição de direitos fundamentais (v.g., direito à intimidade e à vida privada limitados por interceptações telefônicas) superiores àquelas que seriam permitidas nas situações de emergência elencadas pela Carta Maior (PRADO, *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, pp. 34-43).
²¹ Agamben que “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura” (AGAMBEN, *Estado...*, p. 19). O refinamento na centralização do poder geraria o paradoxo do círculo vicioso apontado por Friedrich: “não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição (...). As disposições quase ditatoriais dos sistemas constitucionais modernos, sejam elas a lei marcial, o estado de sítio ou os poderes de emergência constitucional, não podem exercer controles efetivos sobre a concentração dos poderes. Conseqüentemente, todos esses institutos correm o risco de serem transformados em sistemas totalitários, se condições favoráveis se apresentarem” (FRIEDRICH, Apud AGAMBEN, *Estado...*, p. 20).

²² AGAMBEN, *Estado...*, pp. 78-80; 130-133.

“grau zero” da lei no qual os direitos estariam suspensos (vigência sem aplicação) e submetidos a uma força que transformaria o sistema jurídico-político em uma máquina letal.

O desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre democracia e autoritarismo parece explicar a aproximação entre o Di-reito Penal do Inimigo e a idéia do Estado de Exceção permanente. A hipótese ganha relevo ainda maior se atrelada com a volatilidade de conceitos como ‘criminalidade organizada’ e ‘terrorismo’. Assim, importantes as lições de Riquert e Palacios quando sustentam que:

(...) el mega concepto ‘criminalidad organizada’, pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, incluye desembozadamente a la llamada ‘lucha contra el terrorismo’, la ‘lucha contra el narcotráfico’ y la ‘lucha contra el inmigrante ilegal’. Es decir, aquellas luchas – en teoría – excepcionales por la ‘emergencia’ o por lo ‘anormal’ de las mismas por las cuales la ‘civilización occidental’ busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus más preciadas ‘conquistas’ tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que se basa en el respecto a tales derechos humanos.”²³

4. O Inimigo (Perigoso) como Meta-Regra Orientadora da Atuação das Agências Penais na América Latina

A interpretação e aplicação das regras do direito e do processo penal, como amplamente demonstrado pela crítica criminológica e dogmática, escapam aos limites das normas legais. Sobretudo quando se trata de criminalização secundária, ou seja, durante a eficaz incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado, inúmeros signos interpretativos *praeter* e *citra legem* im-põem-se como determinantes, pautando as estratégias de punitividade.

Na história dos sistemas penais, o marco teórico de definição das meta-normas que direcionarão as agências administrativas (Polícia e Ministério Público), judiciais (Magistrados singulares e Tribunais) e executivas (Agentes Penitenciários), será a formulação do tipo ideal de criminoso pelo positivismo criminológico. Na América Latina, o pensamento etiológico configurou a sistemática de gestão da criminalidade no último século, cujo legado ainda persiste com vigor, fundamentalmente no que tange à repressão da criminalidade de massas.

Os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da perseguição, sobretudo das polícias²⁴, como direcionam o raciocínio judicial²⁵ na

²³ RIQUERT & PALACIOS, *El Derecho...*, p. 02.

²⁴ Neste sentido, conferir BACILA, *Estigmas como Meta-Regras da Atividade Policial*, pp. 38-72; 183-328.

²⁵ “Geralmente, chegou o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela

eleição das inúmeras variáveis entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção.

Todavia, se o estigma tradicional do tipo ideal positivista sustentou a atuação das agências repressivas durante a formação dos sistemas penais latinoamericanos, a partir da década de oitenta, com a incorporação das formas de criminalidade organizada pelo direito penal, ocorre ressignificação nas meta-regras pela vivificação da idéia de inimigo no narcotraficante. Assim, se tradicionalmente o inimigo objeto da repressão penal era aquele que atuava de forma difusa (criminalidade de massas), atualmente é percebido nos agentes da criminalidade organizada.²⁶ Característica comum deste estado de inimizado, nas políticas de repressão à criminalidade de massas ou organizada, é a vulnerabilidade do sujeito à qualificação ou adesão do estigma da *periculosidade*.

Juarez Cirino dos Santos, sob o enfoque da Criminologia Radical, nota que “uma Política Criminal de ‘proteção da sociedade contra o crime’ como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado ‘perigoso’, mesmo que acene com um Direito Penal ‘humanizado’ pela ‘ciência do crime e do criminoso’, não deixa de constituir a forma mais acerbada de violência repressiva (...)”²⁷. A constatação permite concluir a constância das práticas punitivas violentas nos países da América Latina e sua exacerbação no permanente Estado de exceção proposto na fundamentação teórica do Direito Penal do Inimigo.

A ressignificação do inimigo, não apenas como meta-regra mas sendo alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, se sintoniza com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, face às inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência. Neste sentido, lembra Alejandro Aponte ser a alteração da programação penal experiência perceptível:

(...) en Colombia la criminalización del estado previo constituye una tendencia, particularmente en el derecho penal de la emergencia, en cualquiera de sus múltiples versiones: justicia sin rostro, legislación especializada contra el crimen organizado, o legislación anti-terrorista.²⁸

extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito provoca no espírito do juiz (...)” (BRUM, *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, p. 72).

²⁶ Para precisa diferenciação entre a criminalidade de massas e a criminalidade organizada, conferir BITENCOURT, *Princípios...*, pp. 123-125; HASSEMER, *Três Temas de Direito Penal*, pp. 56-85 e HASSEMER, *Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*, pp. 41-68.

²⁷ SANTOS, *As Raízes do Crime*, p. 51.

²⁸ APONTE, *Derecho...*, p. 13., Sobre a supressão das garantias processuais fruto da assunção dos discursos de emergência, nos países centrais e periféricos, conferir a ampla investigação realizada por CHOUKR, *Proceso...*, pp. 71-208. Sobre a experiência paradigmática da Itália, conferir FERRAJOLI, *Diritto...*, p. 844-877.

Resta, entretanto, importante interrogante a ser enfrentado: se é realmente necessário para garantir segurança a cisão do direito penal com o estabelecimento de diferentes formas de atuação para os cidadãos e os não-cidadãos

(inimigos), e em sendo a cidadania na América Latina *status* de difícil atingimento, ou seja, condição de poucos privilegiados, não se estaria relegando ao grande contingente populacional o papel de incômodos a serem eliminados pela força bélica das agências de punitividade?

A resposta parece não poder ser outra que aquela proposta por Nilo Batista: “a substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e freqüentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal (...). Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.”²⁹

5. Considerações Finais: O Mal-Estar na Política Criminal Contemporânea

O combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. O problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle do poder.

A oposição entre segurança e garantismo, neste contexto, talvez seja uma das maiores falácias servidas ao público consumidor do direito penal. Não existe dicotomia entre a manutenção dos direitos e garantias individuais e a criação/manutenção de sistemas democráticos de controle da criminalidade. O choque de perspectiva somente pode ser real se se optar por modelos persecutórios autoritários.

Lógico, contudo, que se pode perceber, pela assunção acrítica e pela naturalização do fenômeno da emergência como regulador da normalidade, o apego ao autoritarismo e a *vontade de punitividade*, tanto pelos operadores das agências penais quanto pelo seu público espectador (senso comum teórico, *every day theories*). O desejo generalizado de punição realiza o velamento da percepção de

que o processo de construção da democracia é lento e sutil, instaurando, na

²⁹ BATISTA, Política Criminal com Derramamento de Sangue, p. 92.

realidade dura da programação repressiva, uma democracia de superfície capturada pela densidade punitiva.

O contexto atual pode ser interpretado a partir da crença moderna na ciência (penal) e na pretensão da racionalidade do *logos* punitivo. A confiança na capacidade da tecnologia penal solucionar problemas como o das drogas e do terrorismo (narcisismo penal)³⁰ obtém como resultado a maximização incontrolável e a generalização desmesurada da repressão.

Importante, neste quadro, verificar com Zaffaroni que “una Política Criminal, que sueñe con que su objetivo sea la erradicación será absurda, porque el delito, en su contenido concreto, es un concepto cultural y, por ende, relativo, históricamente condicionado. Siempre habrá delitos, siempre habrá conductas jurídicamente prohibidas y reprochables”³¹.

Resta, pois, lembrar que é nos momentos de desestabilidade que a reafirmação das conquistas da civilização torna-se fundamental, não havendo outra saída para a crise senão transformá-la em ação crítica.

Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. SP: Boitempo, 2004.
- APONTE, Alejandro. *Derecho Penal de Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (51). SP: RT, 2004.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como Meta-Regras da Atividade Policial*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná para obtenção do título de doutor. Curitiba, 2004.
- BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. Revista dos Tribunais (727). SP: RT, 1996.
- BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*. Discursos Sediciosos (05/06). RJ: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. SP: Zahar, 1999.
- _____. *O Mal-estar da Pós-modernidade*. SP: Zahar, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (11). SP: RT, 1995.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. SP: RT, 1980.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*. *Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2003.
- _____. *‘Derecho Penal’ del Enemigo?* JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- CARVALHO, Salo. *Tântalo no Divã*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (50). SP: RT, 2004.

³⁰ Neste sentido, conferir CARVALHO, *A Ferida...*, pp. 179-212.

³¹ ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 22.

- _____. A Ferida Narcísica do Direito Penal. GAUER, Ruth. A Qualidade do Tempo. RJ: Lumen Juris, 2003.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. RJ: Lumen Juris, 2002.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Del Derecho Penal Liberal' al 'Derecho Penal del Enemigo*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2004/a.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. POA: ESMP, 1993.
- _____. Perspectivas de uma moderna Política Criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais (08). SP: RT, 1994.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*.
- JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- MOORE, michael. *Stupid White Men*. 7. ed. SP: Francis, 2003.
- PRADO, Geraldo. Limite às Intercepções Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. RJ: Lumen Juris, 2005.
- RIQUERT, Fabián L. & PALACIOS, Leonardo P. *El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*. *La Ley* (03). Mar del Plata, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino. *As raízes do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. RJ: Zahar, 2001.
- _____. *Punir os pobres*. RJ: ICC/Freitas Bastos, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio R. Política Criminal Latinoamericana: perspectivas y disyuntivas. Buenos Aires: Hammurabi, s/d.

LOS DERECHOS HUMANOS. ENTRE LA HISTORIA Y EL MITO

OSCAR CORREAS¹

Resumen: La historia de los derechos humanos es una concepción capitalista y liberalista, ha debatido su existencia entre el mito y la historia, desde su creación como discurso hasta la materialización en textos jurídicos. Hoy el mito se cuenta como una historia verdadera, manipulada por los grandes autores que han servido de pilares al régimen hegemónico. El liberalismo y el capitalismo han inventado conceptos, falsos discursos, desde una “naturaleza humana” hasta la supuesta igualdad que ofrecen estos derechos pretendiendo desmitificar esta historia, se realiza un estudio con la crítica a esta ideología.

Abstract: The history of the human rights is a capitalist and liberalist conception, has debated its existence between the myth and history, from its creation like speech to the legal text materialization. Today the myth is counted like a true history, manipulated by the great authors who have served as pillars the hegemonic regime. Liberalism and Capitalism have invented concepts, false speeches, from a “human nature” to the supposed equality that offer these rights trying to demystify this history, is made a study with the critic to this ideology.

Resumo: O história dos direitos humanos é uma concepção capitalista e liberalista, debateu sua existência entre o mito e o história, de sua criação como o discurso ao materialização legal do texto. O mito é contado hoje como uma história verdadeira, manipulado pelos autores grandes que serviram como colunas ao regime hegemônico. O liberalismo e o capitalismo inventaram os conceitos, os discursos falsos, “de uma natureza humana” à igualdade suposta que oferecem estes direitos que tentam desmitificar esta história, são feitos a um estudo com a crítica a esta ideologia.

I. LOS MITOS

1. Los derechos humanos como discurso

La pregunta ha venido siendo, en los últimos decenios, “¿qué son los derechos humanos?” Pregunta que tiene todos los visos de ser una mal planteada. Porque, parecería, conduce a buscar una respuesta, ontológica, en el mundo de las cosas “reales”. Diríase, “en el mundo empírico”, que es el mundo “real” en nuestra cultura positivista. Pareciera que, cuando buscamos una respuesta a esta pregunta, nos vemos obligados a pensar en alguna cosa. Propongo cambiar la pregunta por una que pregunte “¿qué dice el discurso de los derechos humanos?” Lo cual significaría adelantar algo: los derechos humanos son un discurso.

Habría que acostumbrarse a pensar en los derechos humanos, no como una cosa, sino como un discurso. Es decir, a pensar en ellos como un producto del lenguaje; a pensar en su existencia como resultado de actos de habla. Y así,

¹ Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM; correas@servidor.unam.mx. El presente trabajo fue preparado para un curso sobre Derechos Humanos de la Universidad de La Coruña, y me fue solicitado por la Dra. Ascensión Cambrón.

tendríamos dos momentos de la pregunta. Primero, existe un discurso de los derechos humanos, discurso que camina en la mente de los hombres modernos (léase “hombres europeos y europeizados de la época del capitalismo”) desde hace poco más de dos siglos lo cual es nada para la edad de la humanidad en el planeta. Segundo, cada uno de los derechos humanos que podamos enumerar, también es un discurso.

2. El análisis del discurso de los derechos humanos

Vistos los derechos humanos como discurso, lo que cabe es analizar tal discurso, siguiendo líneas de trabajo que, en los últimos años, han arrojado resultados positivos.

2.1 Discurso

La sociedad puede ser pensada como un enorme conjunto de discursos, que circulan en distintos sentidos, cotidianamente, y coetáneamente. Podemos llamar a este informe número de discursos, continuum discursivo. Y con ello querríamos referirnos a ese mare mágnun, a primera vista caótico, constituido por todo lo que se dice.²

Discurso, en este sentido, coincidiría en algo con la propuesta de Max Weber, según la cual, la Sociología se interesa por la acción social, quien, por su parte, es definida como la acción con sentido.³ Esto es, la acción respecto de la cual, puede decirse que está dirigida a otro. El actor social, entonces, se dirige a otro sector respecto de alguna conducta. El mejor ejemplo de una acción social, sería una norma. Lo cual hace más fácil la comprensión del asunto por parte de los juristas.

Pero como no es posible producir algún sentido sino a través del lenguaje, y como lo que se dice puede ser visto como un discurso, resulta que la acción social de Max Weber implica siempre algún discurso.

Lo anterior, siempre que pueda definirse el discurso como ideología formalizada en un lenguaje, entendiendo por “ideología” cualquier contenido de conciencia, y no solamente un discurso que está reñido con la ciencia, o que no puede cumplir con los requisitos que ella exige.

Es claro que, con lo anterior, extendemos la significación (la extensión) del término “ideología” de tal modo, que alguien podría ser severamente crítico con esta manipulación; pero, para lo que precisamos aquí, estaríamos recuperando la extensión del término “idea”, del cual puede decirse que nunca ha sido

² Para abreviar, permítaseme remitirme a Oscar Correas, *Crítica de la Ideología Jurídica*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2005.

³ Véase Mas Weber, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1983, p. 5 y ss.

satisfactoriamente definido. Es una palabra que se usa mucho, pero que dice poco. Nunca nadie ha visto una idea, ni nunca nadie ha conseguido decir, sin sombra de duda, cómo las obtenemos. “Ideología”, así, remite a ideas que contiene la conciencia.

Pero, cabe la aclaración, “ideología” también se usa, principalmente en ciencias sociales, para referir un discurso que es lo contrario de la ciencia. Esta última, es también un discurso. Pero que es producido siguiendo algunas reglas que se llaman *método científico*. De todos los discursos de los cuales podemos decir que han sido producidos conforme con esas reglas, decimos que son científicos. En cambio, llamamos ideología a todos los discursos que no son científicos. Por ejemplo, a los discursos morales, les llamamos así: ideológicos.⁴ Pero también a los discursos que hablan del mundo social de forma errada; aunque de una manera especial de error: el que oculta la realidad. El que hace que los fenómenos sociales sean percibidos como no son; como alterados; como invertidos.

Para colmo de males, y de multivocidad, hay muchas ideologías. Las hay morales, económicas, políticas, teatrales, literarias, liberales, comunistas, sionistas, fascistas, y muchas más. Para mayor colmo de males, esta palabra es usada en las discusiones, principalmente políticas, aún las disfrazadas de científicidad, para denostar al adversario. Cuando en una discusión se quiere ganar al auditorio, a costa del contrincante, intentamos hacer que se crea que él está expresando su “muy particular ideología”. Con ello conseguimos, si lo conseguimos, que el auditorio lo tome por mentiroso, ignorante, manipulador. Y con ello, ganamos la discusión. Como se ve, la palabreja se las trae.

Así, no queda más alternativa que definirla cada vez que la usamos. Y es lo que propongo aquí: “ideología” será usada, tanto como contenido cualquiera de conciencia, como con su significado más corriente, esto es, como falsa conciencia; como lo contrario del conocimiento científico, el prestigioso, el que conduce a la verdad (lo cual, claro, es una ideología, y una de las más peligrosas, pues la filosofía ya no consigue trazar líneas divisorias entre ciencia e ideología como antes, cuando, con los griegos, hablaba de *episteme* y *doxa*, esto es, ciencia y conocimiento común y engañoso).

Pues bien, un discurso es ideología formalizada en algún lenguaje. Con esto nos basta por ahora. Sin perjuicio, claro, de que en una discusión más profunda de Semiótica Jurídica, se produzcan muchas composiciones y distinciones.

2.2. Análisis de un discurso

⁴ Por cierto que Platón hubiera acusado a esta concepción moderna de absolutamente errada además de nefasta para la Polis. Como se sabe, la virtud, en Platón, se “enseña”, como se ve en el *Menón*. Y si se enseña es porque pertenece al ámbito de la científicidad.

Uno de los primeros problemas con que se enfrenta el análisis del discurso, es definir precisamente el objeto de su trabajo: cuál ha de ser el discurso a analizar, atendiendo a que, en la realidad, existe un indiferenciado continuum discursivo. El analista debe, por esto mismo, acotar el objeto de su estudio, esto es, definir el discurso que constituirá en lenguaje objeto. El problema consiste en determinar la parte, el tramo, del continuum discursivo que hará objeto de su análisis.

Pero esto no es nada simple. Para aislar un tramo del continuum discursivo, se requiere un criterio. ¿Cuál será el criterio para identificar un tramo del continuum como siendo el discurso de los derechos humanos? No veo otra forma que remitirnos a lo que ya sabemos, desde antes de comenzar la faena. Por ello, lo que podemos hacer, es intentar describir el discurso. O, dicho de otra manera, preguntar qué dice el discurso de los derechos humanos. Y esta descripción será arbitraria. No hay manera de evitar la arbitrariedad en la elección del corpus de discurso que se someterá a análisis. Aunque, por otra parte, es posible disminuir la arbitrariedad si la definición obtenida consigue ser aceptada por el auditorio.

3. El discurso de los derechos humanos

La pregunta es, entonces, “¿qué dice el discurso de los derechos humanos?” O “¿qué dicen los hablantes cuando hablan de derechos humanos?” La actitud que debemos adoptar, por tanto, es escuchar. Se me ocurre en este momento recordar a Heráclito: “Escuchando no a mí, sino al Logos, sabio es que reconozcas que todas las cosas son uno”. En este sentido digo “escuchar el discurso de los derechos humanos”. Hay que aprender a escuchar, como Heráclito enseña. Escuchar, pacientemente, el discurso. Recuérdese que el Logos de los griegos, es también discurso: escuchar al Logos es escuchar un discurso (Vale la pena decir, aquí, que, en griego, lo que se escucha es un mito).

Cuando quienes hablan de los derechos humanos, hablan de ellos, lo hacen en la forma de una narración, un relato. Estas dos últimas palabras, efecto de los verbos *narrar* y *relatar*, dicen lo mismo: contar o referir lo sucedido, esto es dar a conocer un hecho. Pero lo importante, es que, relatar o narrar, cabe tanto hacerlo de un hecho realmente acaecido, como de uno ficticio.

Pues bien, el discurso de los derechos humanos, es una narración, un relato. Y no queda otra alternativa que escucharlo. Pero tiene varias versiones, y es necesario escucharlas a todas.

3.1. La naturaleza humana

La narración, que, vale repetirlo, tiene variaciones, como las buenas melodías, cuenta que los hombres nacieron con una naturaleza humana, aunque no explica con claridad qué es una “naturaleza”. Lo de “humana” es más fácil entender si se piensa en la distinción, meramente cultural, entre hombres y animales.

La palabra “naturaleza”, parece usarse aquí para dejar caer la idea de que hay “algo” en los hombres (en las mujeres también, claro) que permanece. Que no puede ser objeto de manipulación por la raza humana. Esto, porque se mantiene la idea de que la naturaleza es una sustancia distinta de la historia o la sociedad. En estas dos últimas entidades, queda claro que los hombres han intervenido, y ahora nada es como era al principio —aunque poco sepamos del tal “principio”. En la naturaleza, en cambio, todo está como era entonces. Lo cual, como se sabe es falso. Muy pocas cosas quedan que no han sido intervenidas por los hombres. Piénsese en que todo lo que comemos no es “natural” si con ello se quiere decir que es como era en el principio. Y también la geografía ha sido intervenida por la acción humana.

No obstante, la palabra “naturaleza” continúa implicando la idea de lo que es como era en el principio. Lo no intervenido. Lo que no se puede intervenir, manosear, manipular. Tiene las connotaciones de lo limpio, lo puro de las montañas y el bosque (en los ríos se confía poco ya).

3.2. La naturaleza igualadora

En la actualidad, la narración nos informa que la naturaleza (humana, claro) es idéntica en todos los hombres y las mujeres. Más o menos como cuando pensamos que, si se trata de humanos, todos tenemos una cara y un corazón, dos ojos y piernas, un hígado o dos orejas (aunque haya a veces burlas de la naturaleza). La naturaleza humana sería, algo parecido: todos la portamos.

Pero hay versiones del relato en que las cosas no suceden así. Es más, fue recién, poco antes de mediados del siglo XX, que se aceptó que las mujeres eran iguales a los hombres y podían votar. Esto, incluso en las llamadas “grandes democracias occidentales”. (Las mujeres norteamericanas adquirieron en 1920 la misma naturaleza humana que los varones).

Por lo demás, como saben quienes lo saben, se discutió si los indígenas americanos tenían, o no, alma. Quienes pensaban que no, claro que pensaban, no que la naturaleza humana no existiera, sino que no comprendía a los indios (o que ellos no la portaban). Los principios del siglo XXI, han mostrado que, para algunas democracias grandes, los árabes no son igualmente humanos que los occidentales, habida cuenta de que en el Irak de 2004 no se contabilizan los decesos musulmanes, sino solamente los de los soldados invasores. Tampoco se consideraron de naturaleza igual los prisioneros de Guantánamo, que pasaron años sin ningún aviso de que fueran considerados humanos, y a la muy gustosa

paciencia de la mayoría de los miembros de la más grande democracia jamás habida. Y, aunque no es considerada una democracia, la culta Alemania nazi no percibía ninguna igualdad de naturaleza entre sus miembros y los judíos, los gitanos, los comunistas (y quién sabe qué hubiera pasado si hubiesen llegado a América Latina).

Es decir, el relato de los derechos humanos ha echado mano de la palabra “naturaleza” para significar, al principio, algo intocado e intocable por la mano del hombre. Luego, la palabra sirvió para implicar la igualdad de todos los hombres (finalmente también de las mujeres (en el sentido de que todos eran naturalmente iguales, o de que compartían la misma naturaleza).

3.3. La naturaleza igual y los proletarios

La narración ha tenido versiones, y en ellas no todo sucedía de la misma manera. Durante bastante tiempo, la naturaleza no incluyó a los pobres; era una propiedad de los ricos; es decir, de los propietarios. Era netamente burguesa. “Naturalmente”, los no propietarios no eran iguales a los propietarios, y no tenía sentido hacerlos parte de la porción privilegiada que podía votar. En el colmo, la democracia más grande jamás habida, nombraba a sus presidentes en elecciones libres, mientras los esclavos dejaban su sangre entre las matas de algodón. El relato contaba que, si bien conforme con la naturaleza todos eran iguales, no por ello todos tenían condiciones, ya no digamos que para ser ciudadanos. sino para ser simplemente humanos. Como se ve, la narración contaba lo que le convenía al cuentero.

Pero la narración tenía un potencial revolucionario formidable, y pronto comenzó a contar las luchas del proletariado contra la burguesía, luchas de clases en la cual, no sin heridas, ganaron ideológicamente los de abajo, pero en verdad los de arriba. De modo que, para principios del siglo XX, la naturaleza humana se extendía, al menos en el discurso, a todos los seres humanos (aunque las mujeres debieron esperar un poco para votar. Pero la espera no fue en balde, al menos en occidente: las mujeres ya pueden votar y ser votadas).

3.4. La historia de la naturaleza

La narración, que usa la palabra “naturaleza” precisamente para huir de la historia, para tener algo intocable sobre lo cual sostenerse, para transmitir la seguridad que ofrece lo perenne, tejió, paradójicamente, una *historia* de la naturaleza humana.

Los hombres iniciaron su vida en el planeta, “nacieron”, ataviados, vestidos, de una “naturaleza” humana, esto es, distinta a la de los animales. Es notable que esa naturaleza no cambió —por algo es “naturaleza”. Sin embargo, vivió sus peripecias, y, en algunas versiones de la narración, quedó oculta,

obsurecida, en tinieblas. Los hombres la perdieron. Y algunos la buscaron. Y unos pocos la encontraron. Mejor: la reencontraron.

3.5. La naturaleza maligna del hombre

La versión cuenta que la naturaleza del hombre es malévola. Que los hombres son violentos, se hacen la guerra, se asesinan, unos quieren dominar a otros. En esta versión, la naturaleza humana está colocada en la bolsa donde van las emociones, no en la bolsa donde va la racionalidad. La racionalidad, a su vez, que parece también integrar el bagaje originario del hombre, está encargada de solucionar la radical animalidad de la naturaleza humana, su maldad, a través de un subterfugio, de manipulación social, no originaria, que es el poder tiránico de un príncipe. La propia naturaleza humana conduce a la creación de ese poder superior, que ya no es natural, sino artificial, resultado de la manipulación social. Los hombres, cansados de matarse entre sí, buscan un príncipe y se despojan ante él, de todos sus privilegios —sus “derechos” subjetivos, como se verá en el capítulo siguiente—, otorgándole el poder de dictar la ley, y de aplicarla. Todo se comprometen a aceptar la voluntad de dominio de ese príncipe, y quienes no lo hagan serán castigados con la aquiescencia de todos. Y ese poder no es otra cosa que la ley, puesta en manos de un monarca absoluto, el cual, así, encuentra su legitimación.

Vale decir que la idea de que la naturaleza humana es radicalmente malévola, no impide cierta atenuación de la dictadura. Es más, algunos de los creyentes en la naturaleza humana malévola, como Kelsen, ha sido campeones, y muy sinceros, de la democracia estilo occidental.

La idea básica aquí, es la de que el hombre es un ser maligno. Tiene una naturaleza no amigable. Es cruel y egoísta. El resto, no es silencio, sino derecho: la coartación de la libertad, en los aras de la paz. Esta idea ha aparecido en muchos relatos del origen. Pueden citarse, tanto al improbable Calicles, como a Hobbes. Pero, más cerca, a Kelsen, Nietzsche, Freud, pero también a otros.

El clásico a citar, es, entre todos, Hobbes:

[...] señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte.⁵

Obsérvese que la “naturaleza” humana, está mentada como una “inclinación”. Lo cual es algo tan inasible como la misma naturaleza. Quienes hablan de ésta última, no pueden hacer más que hablar de su “consistencia”, pero no pueden mostrarla ni definirla.

⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1992, p. 79, capítulo XI. Se publicó originalmente en 1651. Las citas siguientes son de esta versión.

Antes, Hobbes ha definido al poder:

El poder de un hombre (universalmente considerado) consiste en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro, (*ídem*, capítulo X, p. 69).

Y enumera las cosas que dan poder, con gran sabiduría: desde las facultades del cuerpo y la inteligencia, hasta la reputación y la ciencia, la estimación pública y la elocuencia. Pero antes, en el capítulo VI, ha hablado de lo que mueve a los hombres, y esos son los deseos, esto es, las emociones. No la razón, que, en cambio, es un instrumento del poder. Lo que se desea, se ama; lo que se repudia, se odia. El placer es la apariencia o sensación de lo bueno, y el desagrado, de lo malo (*ídem*, capítulo VI, p. 43). se trata de una ética fundada emotiva y no racionalmente.

Pero en algún momento, esta naturaleza que consiste en las emociones, conduce a la perplejidad, porque en la

mente del hombre surgen alternativamente los apetitos y aversiones, esperanzas y temores que conciernen a una y la misma cosa, y diversas consecuencias buenas y malas de nuestros actos u omisiones respecto a la cosa propuesta acuden sucesivamente a nuestra mente, de tal modo que a veces sentimos un apetito de ella, otras una aversión [...] (*ídem*, capítulo VI, p. 47).

Esta perplejidad es dada a la “mente”, que encuentra, así, el espacio para existir. Pero, nótese, esta mente es movida por los deseos. Esto es importante, porque muestra que no siempre en la historia de la filosofía, la mente, dicha a veces como “razón”, ha ocupado el puesto central en que la puso Platón. La mente, entonces, es conducida a la “deliberación”, la cual, a su vez conduce a la voluntad, que es el acto final de la deliberación. La voluntad, acto (y no facultad) de querer (*ídem*, capítulo VI, p.48), es un irracional absoluto; nada hay en ella de intervención de la mente. Por eso, dice, los escolásticos se confunden completamente cuando hablan de ella como apetito racional. (*ídem*, p. 48). Y por una razón muy simple: porque si fuera racional, no habría acciones voluntarias en pugna con la razón. Y lo cierto, piensa, es que sí las hay.

Este es el cuadro en que Hobbes instala a la naturaleza humana: apetito de poder, emociones, deliberación, voluntad, acción. Y en este cuadro, no puede sino haber una lucha constante y sangrienta de todos contra todos. Pues nadie tiene título alguno a pretender dominar a los demás. Siendo, por otra parte, inclinados los hombres “por naturaleza”, a desear dominar a los demás. Y, para colmo de males, la naturaleza ha hecho a los hombres prácticamente iguales. Tanto, que no hay alguien tan débil que no pueda matar al más fuerte (*ídem*, capítulo XIII, p. 100).

Ahora bien, la lucha perenne trae consigo una vida desagradable, llena de temor por la propia vida, de ser vencidos, apresados, explotados, y, sobre todo, desappropriados. Y Hobbes busca aquí, unos subterfugios obtenidos de una obvia

formación jurídica, para salir del paso y justificar el poder del príncipe (o de un parlamento). En primer lugar, encuentra en el bagaje de los juristas, una distinción útil: existe el derecho de la naturaleza, y las leyes naturales, que no son lo mismo.

El derecho de la naturaleza, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, de hacer todo aquello que su propio y juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin (*idem*, capítulo XIV, p. 106).

Pero este derecho de naturaleza, salvaje sin duda, no es todo lo que la naturaleza ofrece. Y aquí aparece la, al parecer, insustituible razón:

Ley de la naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto u norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla (*idem*, p.106).

O sea, el derecho a hacer lo que se quiera, está limitado por la obligación de hacer lo necesario para no perder la vida. Ya tenemos dos de los clásicos derechos fundamentales: a la vida y a la libertad. Pero aquí están puestos en un cierto roce, pues hay una permisión, usar la libertad, pero una prohibición: no defender la vida. Y Hobbes, con claridad, ve aquí la diferencia entre derecho en sentido objetivo, la prohibición, y derecho subjetivo, la permisión (p. 106).

Ahora bien, si así son las cosas, entonces no hay seguridad para nadie. Y, creyendo hacer un razonamiento, esto es, guiado por la lógica, dice:

De aquí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra, (*idem*, capítulo XIV, p. 107).

A Hobbes, esto le parece una conclusión lógica. Su *Leviatán* comienza con una pequeña epistemología general, según la cual, la razón no es innata, sino que se alcanza con esfuerzo, en primer lugar “con la adecuada imposición de nombres”, y luego aplicando un método que permita “progresar” desde los elementos (“nombres”) a las aserciones hechas mediante la conexión de uno de ellos con otro, y luego hasta los silogismos, que son conexiones de una aserción a otra (*idem*, capítulo V, p. 37). Hobbes cree, por tanto, que sus leyes de naturaleza son obtenidas lógicamente del derecho de naturaleza. Esta creencia es mantenida, hoy, por muchos de los que expresan el discurso de los derechos humanos. Creen, equivocadamente como ya denunció Hume, que de la observación de la naturaleza, se pueden deducir los derechos fundamentales.

De esa primera ley de naturaleza, que tiene dos tramos, obligación de buscar la paz, y permiso para defenderse, Hobbes cree que “se deriva” (expresión,

“derivar”, aún hoy usada por los juristas en sus argumentos interpretativos) otra ley que obliga a acceder.

Si los demás consienten también [...] a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacer con la misma libertad, frente a los demás nombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo (*idem*, p. 107).

(Lo cual se parece terriblemente al imperativo categórico que se supone inventó Kant: “obra de manera que quieras que tus acciones sean una ley universal”. Que, se supone, también Kant “extrajo” del análisis de su razón).

Y aquí, Hobbes vuelve a utilizar elementos del bagaje jurídico: para que sea posible “despojarse” de un derecho, es necesario que haya un contrato. Y entonces, seguidamente, proporciona una pequeña teoría de los contratos, totalmente familiar para cualquier abogado. Vale, sí, notar que, para cuando Hobbes escribió su *Leviatán* (1651, y habría que subrayar que lo hizo luego de estar diez años en París) la noción de derecho subjetivo era corriente entre los juristas. Ahora, ya todo parece fácil y plenamente comprensible para nosotros: por un contrato, se puede renunciar un derecho: el de libertad absoluta. Claro que, para que todo esto tenga sensatez, es necesario que haya una norma según la cual los contratos deben cumplirse. Y Hobbes, sin hesitación, sostiene que de la ley de naturaleza que obliga a transferir derechos, “se deduce” una tercera ley, que los juristas conocemos como *pacta sunt servanda*: es obligatorio cumplir los pactos (*idem*, capítulo XV, p. 118), que es aquello en lo cual consiste la justicia, y en su incumplimiento, la injusticia. Palabras estas últimas que no se esperan después de tanto “realismo” y de haber fundado la moral en los deseos.

Pero resulta que, para que haya pactos, y para que, en consecuencia, pueda haber justicia o injusticia, es necesario que haya un poder que compela a los hombres a cumplir los pactos. Tal poder, es el estado. Pero antes de esto, no puede haber justicia, y tampoco propiedad. Es decir, donde no hay estado, no hay justicia ni propiedad (*idem*, p. 119). Y hé ahí el tercero de los derechos fundamentales de la burguesía: la propiedad. Pero esta última es producto del pacto, mientras que la defensa de la vida y la libertad son anteriores al mismo. Lo cual no deja de ser interesante: la propiedad no proviene de la naturaleza, sino de la artificialidad de un pacto político (“político”, porque trata del poder). Claro que, por otra parte, esta artificialidad de todos modos es resultado del movimiento de la heroína del relato. De modo que la propiedad, surgiendo después del pacto, de todos modos proviene de la naturaleza.

El resto es conocido: el pacto consiste en entregar a un príncipe, o a un parlamento (Hobbes es inglés, sobra decirlo) todo el poder necesario para que pueda hacerse efectiva la ley de naturaleza que obliga a buscar la paz y a conservarla. Y aquí, nuevamente, el jurista: el *Leviatán* es un “representante”. Estrictamente (y textualmente) una ficción (*idem*, capítulo XVI, p. 134). Una persona jurídica, cuya voluntad, si se trata de un parlamento, se constituye por

mayoría de votos, como en una de las sociedades mercantiles, que, obviamente, ya existían. Esto es notable, para alguien que ha pasado a las fábulas históricas como un justificador del absolutismo monárquico.

Pero el estado, más adelante, es entendido como una fuerza, “algo más que consentimiento o concordia”. Es una “unidad real” —aunque instituido por un contrato. El titular de esta persona, se llama soberano, y quienes le rodean, son súbditos (p. 141). La idea de que hay un “titular” de una persona, trae a la mente la figura de director de una compañía, más que la de un monarca absoluto. La soberanía, parece, la detenta el titular, no la ficción. Sin embargo, si se trata de un parlamento, no parece que Hobbes estuviera pensando en el presidente del mismo, sino en la reunión real de sus miembros.

Ahora bien, una vez aceptado el pacto, ya no hay marcha atrás: todo el que desobedezca, debe ser castigado, sin que valga aducir que ya no tiene voluntad societaria (*idem*, capítulo XVIII, p. 142). A su vez, el titular de la soberanía no puede enajenarla. Y tiene el derecho de decir la ley, y de aplicarla a través de sus jueces. Con esto, como comprende cualquier jurista, va el mayor de los poderes políticos posibles.

Pero, a pesar de esto último, el poder del soberano no es absoluto, pues, aún antes del pacto, Hobbes establece una décima ley de naturaleza, que impide entender que los súbditos enajenan todo su poder cuando pactan:

[...] es necesario para todos los hombres que buscan la paz, renunciar a ciertos derechos de naturaleza, es decir, no tener libertad para hacer todo aquello que les plazca, es necesario también, por otra parte, para la vida del hombre, retener alguno de esos derechos, como el de gobernar sus propios cuerpos, el de disfrutar del aire, del agua, del movimiento, de las vías para trasladarse de un lugar a otro, y todas aquellas otras cosas sin las cuales un hombre no puede vivir o por lo menos no puede vivir bien, (*idem* capítulo XV, p. 127).

Obsérvese esta gran rendija por donde pueden pasar las muchas cosas (“todas aquellas cosas”, dice), que son necesarias para vivir bien. Y todas estas “cosas” —derechos— son anteriores al pacto, y no se entregan a Leviatán, a pesar de que, por otra parte, no pueden retirarse del pacto una vez que se ha dado el consentimiento.

Por otra parte, si bien la ley de naturaleza ordena “una distribución igual, a cada hombre” (p. 127), de todos modos “aquellas cosas que no pueden ser disfrutadas en común ni divididas, deben adjudicarse al primer poseedor” (p. 128). Como se ve, hay cierta inconsistencia y cierta dubitación en Hobbes acerca de la riqueza.

Pero dice:

[...] un hombre que, por su aspereza natural, pretendiera obtener aquellas cosas que para sí mismo son superfluas y para otros necesarias, y que en la ceguera de sus pasiones no pudiera ser corregido, debe ser abandonado y expulsado de la sociedad como hostil a ella. Si advertimos que cada hombre, no sólo por derecho sino por necesidad natural, se consi-

dera apto para proponerse y obtener cuanto es necesario para su conservación, quien se oponga a ello por superfluos motivos, es culpable de la lucha que sobrevenga, y, por consiguiente, hace algo que es contrario a la ley fundamental de la naturaleza que ordena buscar la paz, (*idem*, p.125).

Lo cual puede leerse, sin pérdida de sentido, como un anatema a la acumulación desorbitada de riqueza. Por otra parte, el soberano tampoco puede hacer todo lo que le venga en ganas, y los derechos anteriores al pacto no se renuncian en el mismo. Expresamente, dice que cada súbdito tiene libertad en todas aquellas cosas cuyo derecho no puede ser transferido mediante pacto, a lo cual se ha referido antes, especialmente la vida y la integridad física, a lo cual se agrega el derecho a no auto incriminarse. Pero, también, los súbditos conservan derecho a hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido. Y respecto del derecho de rebelión, resulta muy confuso: el deber de obediencia se termina cuando el soberano no puede garantizar la seguridad de los súbditos (*idem*, capítulo XXI, p. 181). Por lo demás, ciertamente Hobbes piensa en que un poder despótico resulta imprescindible dada la maligna naturaleza humana.

Como se ve, esta versión del relato cuenta la historia de la naturaleza humana, desde el estado “natural”, hasta el estado civil, pasando por todos los avatares necesarios para instituir un Leviatán. Y los derechos fundamentales (vida, libertad, propiedad, paz), acompañan a los hombres desde su naturaleza hasta su concreción en la vida civil. Hobbes se pregunta si esta historia ha realmente sucedido. Y contesta de manera hartamente confusa:

Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente, en el mundo entero; pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes de varias comarcas de América, si se exceptúa el régimen de pequeñas familias cuya concordia depende de la concupiscencia natural, carecen de gobierno en absoluto, viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido (*idem*, capítulo XIII, p. 104).

Como puede verse, los pueblos indígenas estaban en la mira. De allí a decir que lo mejor que les podía pasar era encontrar un buen Leviatán que los ayudara a bien vivir, había un corto paso, que estos “grandes” filósofos estuvieron siempre dispuestos a dar. El relato, por tanto, sí ofrecía la posibilidad de ser pensado como “verídico”.

3.6. La naturaleza humana benigna

En otras versiones de la narración, los hombres nacieron con una naturaleza amigable, pacífica, y sólo algunos, pervertidos por causas, no naturales, sino

sociales, se apartaron del camino trazado por ella. En alguna versión, ese deslizamiento hacia la sinrazón y la guerra, tiene pretensiones de estricta verdad histórica. Avatares sociales condujeron a la división del trabajo, la propiedad privada, y la lucha de clases entre propietarios y oprimidos. Sin embargo, el relato se interna luego en las premoniciones del futuro, y propone una solución a la lucha por medio de una revolución social que instaurará un poder superior, encargado de terminar con toda dominación y explotación humana, y la construcción de una sociedad superior, la cual tendrá los elementos básicos del comunismo primitivo. Es decir, plantea una suerte de regreso a la naturaleza humana originaria. Se entiende fácilmente que éste es el relato marxista. Específicamente Engels, en su *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, produjo este relato, que, a diferencia de muchos otros, postula la verdad histórica del mismo. (Se entiende que no postula que lo previsto para el futuro, sea “verdad”). Por esta razón, por tratarse de un relato que pretende ser científico, esto es *verdadero*, merece no incluirse entre las demás narraciones. Lo mismo sucede, vale decir, con los estudios antropológicos, etnográficos e históricos.

También Rousseau soñaba con la naturaleza benigna del hombre. Pero, como en la versión de Engels, algo pasó, y causó el desastre social. El hombre ha nacido libre pero está lleno de cadenas, dice. Y lo que pasó fue que alguien inventó la propiedad privada. A partir de allí, todo cambió, y comenzó la debacle en la que vivimos.⁶ Se diferencia, la versión de Rousseau, de las científicas, por la evidente fantasía del autor: Rousseau no sabía nada de los hombres primitivos.

Rousseau, distinto de la tradición revolucionaria, no piensa, como salida a la debacle, en un cambio de las relaciones sociales, sino solamente en la creación de un estado en el que gobierne la voluntad general. Y allí terminaría la narración de los agobios de la naturaleza humana. Basta un buen estado para que las cosas mejoren. Pero no hay la búsqueda de una situación que haga renacer la naturaleza primigenia.

Pero el más conspicuo filósofo de la naturaleza benigna del hombre, es John Locke. En este filósofo, la naturaleza humana difiere fundamentalmente respecto de la de Hobbes. La narración comienza con unos hombres que eran libres e iguales.

Para comprender bien en qué consiste el poder político, y remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de

⁶ Jean Jacques Rousseau, *Discours sur l' origine et les fondements de l'inegalité*, Paris, Galimard, 1965, p. 87. En español, Juan Jacobo Rousseau, “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”, en *El contrato social y otros escritos*, México, Porrúa, 1974, pp. 99 y ss. El texto continúa, muy expresivamente: “Qué de crímenes, de guerras, de muertes, qué de miserias y horrores no hubiera ahorrado al género humano, el que, arrancando las estacas, o rellenando la fosa, hubiese gritado a sus semejantes: guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si os olvidáis que los frutos son de todos, y que la tierra no es de nadie”.

sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona.⁷

Pero, además, los hombres son iguales, aunque, como se verá, eso no vale respecto de los esclavos:

Es también un estado de igualdad, dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro (*idem*, § 4).

Es decir, libertad e igualdad marcan el comienzo del relato: la naturaleza humana tiene estas características, y con ellas comienza su movimiento. Pero no comienza la historia sin una acotación: la libertad no es licencia; no incluye el derecho a agredir a los demás. Por tanto, el:

estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley,⁸ enseña [...] que [...] nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones (*idem*, § 6).

Y con esto tenemos un panorama casi completo: la naturaleza humana tiene la característica de la libertad y la igualdad, pero está sujeta a la ley natural, que obliga a no dañar a los demás, en los tres derechos clásicos: vida —y salud—, libertad y la sagrada propiedad. A la razón, por su parte, le asigna la responsabilidad de informar a quien quiera consultarla, cuál es la ley natural.⁹ La razón lo sabe, claro, porque “coincide con ella”, con la ley —de lo cual, por supuesto, no ofrece ninguna prueba. Falta un detalle: esto es así porque así lo hizo dios. Parece que hablar de este ente metafísico, *la naturaleza*, requiere de algo más para creer en su existencia. No basta afirmar que existe: precisa una garantía.

No obstante tan maravilloso estado de felicidad, resulta que los hombres no pueden procurarse, viviendo en absoluta individualidad, todo lo que han menester; y, por eso; buscan la sociedad y la camaradería de otros seres humanos:

⁷ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1973, traducción de Amado Lázaro Ros, capítulo II, § 4, p. 5. En adelante, las citas son de esta versión salvo otra indicación.

⁸ Obsérvese este racionalismo que hubiera aplaudido Platón, según el cual, *ab initio* la razón coincide con la naturaleza. Y téngase en cuenta que Locke es visto como uno de los grandes empiristas. Por lo demás obsérvese qué convenientemente la razón coincide con la ley de la *naturaleza*. Y cómo podía irles, según este fundador del liberalismo, a quienes no estuvieron de acuerdo con tan conveniente coincidencia entre estas dos entelequias, la razón y la naturaleza.

⁹ Véase John Locke, *Lecciones sobre la ley natural*, Granada, Editorial Comares, 1988. En la lección V, “¿Puede llegar la razón, a través de las cosas captadas por los sentidos, al conocimiento de la ley de la naturaleza?”, afirma cosas como ésta, y que muestran que aún no había llegado Hume para explicarle la falacia naturalista: “Una vez deducidas estas proposiciones del testimonio de los sentidos (p. 97), dicta la razón que existe una potestad superior a la que estamos legítimamente sometidos (p. 98) [...] la razón, con el sentido mostrando el camino, puede conducirnos al conocimiento de un legislador [...] pueden los hombres a partir de las cosas sensibles, deducir que existe un ser superior [...] con jurisdicción y mando (p. 99) [...]”.

para remediar esas deficiencias, también naturales. Y ésa fue la causa de que se formaran las primeras sociedades políticas (*idem*, § 15). Pero esto no debe hacer olvidar que:

todos los hombres se encuentran naturalmente en ese estado, y en él permanecen hasta que, por su plena voluntad, se convierten en miembros de una sociedad política (§ 15).

No debe haber duda: los hombres concurren a formar una sociedad *voluntariamente*. Es decir, la narración incluye un pacto, que, como cualquier contrato, requiere libertad y voluntad.

Pero lo más notable, en Locke, es su insistencia en que la naturaleza humana es *propietaria*. El hombre es, naturalmente, propietario. Pareciera que si es libre e igual, lo es para que pueda ser igual y libremente propietario. Posiblemente por esto último, Locke goza de tan buena prensa entre los epígonos del liberalismo, democrático, pero propietario. En otras palabras, Locke es un *intelectual orgánico*¹⁰ de la burguesía, y esto, aunque su visión de la sociedad capitalista es tan limitada como incipiente era esta última. El argumento tiene ribetes de cinismo (y el asunto es importante, porque la narración culminará en la creación de las sociedades políticas, *cuyo fin primero es defender la propiedad*):

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirvan en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la *propiedad* de su propia *persona* (*idem*, § 26).

En la narración de Locke, el hombre es tan propietario, que lo es de sí mismo. Y la obra de sus manos, también es de su propiedad. Por eso,

siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo; y por ello, la ha convertido en propiedad suya [...] ha agregado en ésta, mediante su esfuerzo, algo que excluye de ella el derecho común de los demás. Siendo pues, el trabajo o esfuerzo propiedad indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho a lo que resulta de esa agregación [...] (*idem*, § 26).

Hasta aquí, hasta podría parecer un defensor del proletariado: quien pone esfuerzo en una cosa, tiene derecho a apropiarse de ella. Podría leerse como “la tierra para el que la trabaja”, y “el producto social generado por los obreros debe distribuirse entre ellos”. Pero no hay nada de esto. (Aunque sí hay, sin duda, un

¹⁰ Uso la expresión en el sentido de Gramsci: los intelectuales orgánicos de una clase social, son los forjadores de su ideología, de una que justifica la existencia de la clase social de que se trate, postulando como verdades todas las conductas que contribuyen a su dominación. (Sin ningún respeto por la ley de Hume, por supuesto).

reconocimiento de que el trabajo agrega valor a las cosas; lo cual debería haberle acarreado cierta antipatía de parte de los intelectuales orgánicos del capitalismo¹¹).

¿Cómo se justifica, entonces, que sea legítima la propiedad de los propietarios que no trabajan personalmente?

La hierba que mi caballo ha pastado, el forraje que mi criado cortó [...] se convierten en propiedad mía sin el señalamiento ni la conformidad de nadie. El trabajo que me pertenecía, es decir, el sacarlos del estado común en que se encontraban, dejó marcada en ellos mi propiedad (*idem*, §27).

Dejando de lado la curiosa igualación entre el caballo y el criado, se ve por dónde apunta la solución: la propiedad incluye la de lo trabajado por el productor; pero también lo trabajado por otro, si este último —o su trabajo— pertenece al patrón.

Ahora bien, no se le escapa a Locke que la cuestión no es cortar pasto o recoger bellotas, sino que la propiedad, bien considerada, es, en su tiempo, y sobre todo, la de la tierra (§ 31). Por eso, el relato se encamina, ahora, a mostrar cómo la naturaleza humana se mueve hacia la propiedad privada de un mundo que, el propio Locke lo dice, fue entregado en común al género humano. Resulta que, quien

obedeciendo el mandato divino se adueñaba de la tierra, la labraba y sembraba una parcela de la misma, le agregaba algo que era de su propiedad, algo sobre lo que nadie más tenía ningún título y que nadie podía arrebatarse sin hacerle daño (*idem*, § 31).

El relato ha mostrado, ahora, cómo la naturaleza se hace propietaria de una parcela. Pero ¿cómo se justifica la propiedad de parcelas más grandes que las necesarias para la auto subsistencia? La narración se interna ahora, primero en el aumento de la población, y luego en la invención del dinero.

[...] a medida que se multiplicaron las familias y que la laboriosidad amplió las cantidades necesarias para su subsistencia, ampliáronse las propiedades al aumentar las necesidades de aquellas; sin embargo lo corriente fue que no estableciesen la propiedad de las tierras de que se servían hasta que dichas familias se reunieron, se asentaron juntas, y construyeron ciudades; entonces, por mutuo acuerdo, llegaron a fijar los límites de sus distintos territorios [...] y también fijaron las propiedades de los miembros pertenecientes a la misma sociedad, mediante leyes que regían dentro de cada uno de esos territorios (*idem*, § 38).

¹¹ Cfr.: “Es, pues, el trabajo el que da a la tierra la máxima parte del valor, y sin aquél apenas si valdría nada; es al trabajo al que debemos la parte máxima de todos sus frutos útiles; porque toda la mayor valía que la paja, el afrecho y la harina de ese acre de tierra tienen sobre el producto de otro acre de tierra tan feraz como aquélla, pero que se mantiene inculta, es únicamente consecuencia del trabajo”, § 43”.

Así es que

Resulta evidente¹² que, a pesar de habérsenos dado en común todas las cosas de la Naturaleza, el hombre [...] llevaba dentro de sí la gran base de la propiedad [...] (*idem*, § 44).

Véase, por tanto, la dirección del relato: la propiedad —por evidencia, claro— se justifica —“llevaba dentro de sí la gran base”—, por la naturaleza humana que, al principio de la narración aparecía basada en la libertad y la igualdad. Y véase, entonces, el origen o el fundamento de estos derechos humanos: vida, libertad y propiedad. Obsérvese que todo está ordenado a la propiedad: la naturaleza tiende a la formación de grupos humanos, luego a la apropiación de tierra, y finalmente a la sociedad política, quien tiene la misión de defender a la naturaleza que la ha creado. Y digo que la naturaleza la ha creado, porque, dice, a las sociedades políticas se ha llegado por el natural desarrollo de esa naturaleza.

Finalmente, el relato cuenta cómo se comenzó a utilizar el dinero: por convención. Los hombres se dieron cuenta de que podían cambiar lo que cosecharan o recolectaran de más, que de todos modos se les pudriría, por un trozo de metal “movido de la belleza de su color, o si cambiaba sus ovejas por conchas, o una parte de lana por una piedrecita centellante o por un diamante” (§ 46). Así, con toda ingenuidad, apareció el dinero que permite el atesoramiento:

Así fue como se introdujo el empleo del dinero, es decir, de alguna cosa duradera que los hombres podían conservar sin que se echase a perder, y que los hombres, por mutuo acuerdo, aceptarían a cambio de artículos verdaderamente útiles para la vida y de condición perecedera (*idem*, § 47).

Otra vez, el relato nos conduce a mirar, ahora el dinero, como el resultado del natural desarrollo de la naturaleza humana. Ésta que tiene una historia, que se cuenta y que se cree. Y si no se cree, al menos enseña... Lo cierto es que ya el panorama está casi completo; todo salido de la originaria naturaleza humana —de la que se dice cómo actúa, pero no qué es.

Y el dinero es ahora la explicación de que haya terratenientes:

Es evidente, por ello mismo, que los hombres estuvieron de acuerdo¹³ en que la propiedad de la tierra se repartiese de una manera desproporcionada y desigual (*idem*, § 50).

¹² Nótese lo “evidente” del asunto. “Evidencia”; palabra tan cara a los juristas, sobre todo a los jueces cuando, en sus argumentos, recurren a esta patológica idea que permite a cualquier mente enfermiza extraer conclusiones hasta de las piedras.

¹³ Obsérvese la ignorancia —o el cinismo— de Locke: no tenía, o se hacía el que no tenía, la menor idea de que la tierra se dividió en propiedades privadas sólo sobre la sangre de los millones que nunca estuvieron “de acuerdo”.

Claro: una vez el dinero en danza, conseguido al parecer honestamente, por el honestísimo intercambio de borregos por plata, resulta fácil comprender que alguien, voluntariamente, entregue los acres que le habían tocado, a cambio de algunos pesos para gastar en la ciudad. Y, por tanto, aún más fácil es comprender cómo es que existen latifundios.

Pero antes de ver cómo y por qué existe el estado que protegerá los derechos humanos, una perla que retratan de cuerpo entero a la democracia liberal, de la cual Locke es, tan justamente, visto como pensador fundante. La brillantez de la perla opacará, espero, la extensión de la misma:

Amo y criado son nombres tan antiguos como la historia, pero que se aplican a personas en muy distintas situaciones. Un hombre libre puede constituirse en criado de otro vendiéndole durante cierto tiempo sus servicios a cambio del salario que ha de recibir. Aunque por lo regular [...] esto sólo da al amo un poder pasajero sobre ese criado, y que ese poder no excede lo convenido entre ambos.¹⁴ Pero existe otra clase de criados, a los que se aplica el característico nombre de esclavos. Se trata de cautivos hechos en una guerra justa, por el derecho natural, [...] Como estos hombres, según yo afirmo, perdieron el derecho a la vida y a sus libertades al mismo tiempo que sus bienes, y como su condición de esclavos los hace incapaces de poseer ninguna propiedad, no pueden ser considerados dentro de ese estado, como partes de una sociedad civil, ya que la finalidad primordial de ésta es la defensa de la propiedad, (*idem*, § 85).

Puede observarse el tiro por elevación: en América hay tierra ociosa; los europeos la pueden hacer suya con su trabajo; y si los indios los atacan, como ahora los invasores son propietarios conforme con la naturaleza y la ley natural, entonces los indios están haciendo una guerra injusta. (Lo que no dice Locke, es qué se hace con los vencidos cuando no hay trabajo para encargarles). Pues, como se sabe, en América sobra la tierra inculta —como si no cultivada quisiera decir que no es aprovechada, en la cacería de búfalos, por ejemplo. (Claro que Locke hubiera dicho que los búfalos son de quien los caza,¹⁵ aún cuando los indios consideraran suyas las tierras donde su alimento pacía¹⁶).

Pero sigamos al relato en el devenir que propone. Resulta que, ya repartida la tierra e inventado el dinero, todo esto aún en el estado pre civil, la seguridad en las propiedades no es muy sustentable, y ciertamente onerosa y hasta peligrosa. Puesto que es necesario que cada uno se convierta en policía y juez. Policía de los violadores de la propiedad, y jueces de los acusados de ello. Locke no es muy preciso acerca de por qué existen peligros contra la propiedad,

¹⁴ Obsérvese que, a pesar de que Locke escribe en el siglo XVII, tiene muy claro en qué consiste el contrato de compraventa de fuerza de trabajo.

¹⁵ “Gracias” dice Búfalo Bill.

¹⁶ “Pueden, a pesar de todo, encontrarse aún grandes extensiones de tierras cuyos habitantes no se unieron al resto del género humano en el acuerdo para el empleo del dinero común, y que permanecen incultas; esos habitantes nos las utilizan ni pueden utilizarlas, y por eso siguen perteneciendo a todos en común”, *idem*, § 45).

si todos están contentos con lo que les tocó, con lo que laboraron, con lo que intercambiaron. La naturaleza humana que describe en su narración, es una morigerada, bondadosa, industriosa, amigable. ¿De dónde salieron los malvados que romperían el orden natural? Eso no tiene respuesta, porque Locke ignora el papel de la lucha de clases, como lo ignora la democracia a la que, parece, dio sustento teórico. Pero lo cierto es que, como sea que haya sido este eslabón oscuro del relato, de pronto los hombres se ven ante la conveniencia de unirse para defender sus propiedades. (No se entiende por qué se unirían los que no tienen propiedad, tal vez porque se sienten todavía propietarios, aunque se gastaron insensatamente lo que lograron en dinero, a cambio de lo que les tocó en el reparto igual hecho por dios). Y para defender sus propiedades, pactan, por consenso, obviamente, la entrega de parte de sus propiedades —la vida o la libertad o la propiedad— a un poder que tendrá, en lo sucesivo, facultad de juzgar, imparcialmente, se entiende, los desaguizados que se cometan por los, en adelante, súbditos:

Siempre que cierto número de hombres se une en sociedad renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediéndolo a la comunidad, entonces y sólo entonces se constituye una sociedad política o civil [...] por ese hecho autoriza a la sociedad, o, lo que es lo mismo, a su poder legislativo para hacer las leyes [...] y para ejecutarlas [...], *idem*, § 89).

Esta sociedad civil —o política: Locke no está haciendo aquí una diferencia entre estado y sociedad civil como la que hoy hacemos— es resultado del propio movimiento, o “historia”, de la naturaleza humana. Y tiene como objetivo, salvaguardar las posesiones de los celebrantes del pacto, de los ataques de otros hombres malvados, a los cuales, si no fuera por el estado, habría que reprimir con las propias fuerzas del ofendido. O sea que la defensa de las posesiones se deja en manos de los jueces expresamente designados para eso:

La finalidad de la sociedad civil es evitar y remediar los inconvenientes del estado de Naturaleza que se producen forzosamente cuando cada hombre es juez de su propio caso, (*idem*, § 90).

Por último, cabe la pregunta: esta narración ¿cuenta una historia verídica? Locke piensa que sí. Con claridad se entiende que ve a América como lugar de sociedades naturales, y como modelo de lo que debieron ser las cosas en Europa antes de que existieran testimonios históricos:

Por eso vemos que en América, que sigue siendo todavía un modelo de lo que fueras las épocas primitivas en Asia y Europa, cuando los habitantes eran muy escasos para la extensión de esos países, y la escasez de habitantes y dinero no tentaba a los hombres a agrandar sus posesiones de tierra ni a luchar por una extensión mayor de sus fincas, ve-

mos, digo, que los reyes de los indios son muy poco más que generales [...] ejercen muy poco mando en el propio país¹⁷ en tiempos de paz [...], (*idem*, § 108).

Ahora sí, el panorama está completo, y el viaje terminado; la narración se ha cumplido: desde el lejano estado de naturaleza hasta el complicado mundo civilizado, la naturaleza humana ha hecho un largo recorrido. Y el narrador ha pasado a la historia de los grandes del pensamiento político.

3.7. Las narraciones actuales

Podría creerse que los relatos que narran la historia de la naturaleza humana son cosas del pasado. Y no es así. Basta haber entrado, y permanecido un lapso, en una escuela de derecho, para advertir que estos relatos sin tiempo, están presentes en las conciencias como narraciones con tiempo, verídicas. La mayor parte de las veces, ya no se recurre a los relatos bíblicos, seguramente por la dificultad de encontrar quién crea en ellos como verídicos. No obstante, las fantasías acerca de cómo sucedieron los hechos que condujeron a la actual situación de propiedad privada, son frecuentes. Lo que hay que decir, es que se trata de relatos sin tiempo. Imperecederos. Tal vez a ello deban, paradójicamente, supervivencia.

Y lo importante es notar que, en todos los casos, no se trata de teorías científicas, sino de la fundamentación moral del buen derecho. Lo cual implica que ya se ha cumplido la diferencia entre derecho y moral: el derecho es distinto de la moral,¹⁸ pero *debe* respetar las normas morales. Y las normas morales, las que dicen cómo ha de ser el derecho justo, bueno, *deben* ser extraídas de la narración acerca de la naturaleza humana. La cual, hasta donde vamos, nos hace saber que debe defenderse la vida propia —obviedad siempre tomada como reflexión enjundiosa—, la libertad, que bien merece una siempre retaceada reflexión enjundiosa, aunque nunca pasa de libertad de comercio, y la divinamente intocable propiedad.

En estas versiones del relato, la razón consigue atrapar la esencia humana, su dignidad, lo cual lleva, como naturalmente, a la conclusión de que, si los hombres tienen dignidad, ella debe ser respetada. Y es el derecho quien debe proporcionar ese respeto. Si el derecho no lo hace, entonces no es derecho. Para serlo, debe garantizar la vigencia del derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad. Obsérvese que el punto de llegada es el mismo que en la versión de los hombres que crean el estado para obtener esos resultados.

¹⁷ Es de imaginarse cómo han de removerse en su tumba, donde quiera que esté, los huesos de Atahualpa o Cuauhtémoc ...

¹⁸ La diferencia entre moral y derecho no es “esencial”, sino histórica: ocurrió en el comienzo de la época de la burguesía, y puede fecharse hacia el tiempo de Maquiavelo.

3.8. El tiempo de las narraciones

En estas narraciones, el tiempo se parece al tiempo-duración. Los filósofos escriben como si creyeran que las cosas pasaron como lo cuentan. Incluso, en los casos de desvarío más notorio, recurren al relato bíblico para suplir su ignorancia del mundo real de los hombres. Pero ¿es que creían en la verdad de esas narraciones? ¿Cómo creer que filósofos con tan grande lugar en la historia creyeran en la verdad de estas últimas? ¿Eran ingenuos? ¿Ignorantes? ¿Cínicos? Cuando Locke quiere “explicar”, en el capítulo V, el paso del estado comunal, al actual estado de propiedad de la tierra, dice cosas como éstas:

Por ejemplo, en los comienzos de la humanidad, pudo Caín apropiarse de todas aquellas tierras que hubiera podido cultivar y que por ese hecho pasaron a ser suyas [...] pero a medida que se multiplicaron las familias [...] ampliáronse las propiedades al aumentar las necesidades de aquellas [...] entonces por mutuo acuerdo llegaron a fijar los límites de sus distintos territorios [...] En efecto, vemos que en aquella parte del mundo que fue la primeramente habitada por el hombre, y la que por esa razón había de encontrarse más poblada, los hombres, hasta en épocas avanzadas como la de Abrahám, iban de un lado para el otro libremente con sus manadas [...] ¹⁹

Es difícil pensar a Locke, un filósofo que ha pasado a la historia como hombre de bien, fundador del benemérito liberalismo, como quien creyera que así sucedieron en verdad las cosas. Sin embargo, así lo escribió. Cuando se inventaron estos relatos, no se sabía casi nada de los hombres primitivos. Lo que creían, o decían creer, saber de los habitantes de las zonas recién “descubiertas”, constaba en otras narraciones que tenían más de fábulas que de observaciones, y eran realizadas por conquistadores, piratas o aventureros. ¿Acaso no conseguían diferenciar entre la historia, los hechos, y las fábulas interesadas de los cronistas? Todo esto nos conduce a sospechar que estas narraciones no tenían ninguna intención teórica, sino solamente una intención de justificar. Es decir, estaríamos ante lo peor de la ideología entendida como *falsa conciencia*, que es la que busca otorgar fundamento a lo que no lo tiene: el poder y el derecho. En efecto, si no se trataba de contar hechos, sino solamente hacer creer que se contaban, entonces lo que hacían estos grandes filósofos era lo mismo que hacen los intelectuales orgánicos de la burguesía: escribir para otorgar, crear, consenso a favor del poderoso. Es decir, lo que hoy rechazaríamos por mentiroso, cínico, y mercenario.

4. La indefinible naturaleza humana

Si algo tienen de común estas narraciones, es que no definen la naturaleza humana. Dicen *cómo es*, pero no *qué es*. En efecto, ¿hay que pensar en algo

¹⁹ John Locke, *Ensayo ...*, citado, §38, p. 31.

parecido a árboles, ríos y montañas, como cuando usamos la palabra “naturaleza” en otros contextos? ¿Qué tendría de parecido la naturaleza humana con la naturaleza en general?

Habría que decir que, en verdad, no existe la “naturaleza”. Existen, sí, los árboles y las fieras de la selva; y los ríos y las mesetas; y los volcanes que muestran la “furia” de la naturaleza. Y tampoco existen, en verdad, los volcanes. Existen, en cambio, el Popocatepetl, el Etna, el Vesubio. Pero no “los” volcanes. Bien: así, tampoco existe “la” naturaleza. Entonces ¿en qué debemos pensar cuando se nos habla de la naturaleza humana? ¿Debemos pensar en neuronas y músculos que permiten oponer los dedos pulgar e índice? ¿Algo así como cuando pensamos en nuestras diferencias con los chimpancés? ¿Tal vez en cómo eran los hombres primitivos, como parece que de ellos hablan los filósofos que hemos revisitado?

Otras preguntas: la naturaleza humana, ¿es benévola o maldita? ¿Quién tiene razón? ¿Locke o Hobbes? ¿Tal vez ninguno? ¿La naturaleza es la radical igualdad de los hombres? Pero, ¿quién, con ánimo de decir algo serio, puede decir que los hombres son iguales, justamente cuando el siglo XXI se abre con la rebelión de quienes quieren permanecer diversos?

Lo que estas preguntas revelan, es que la naturaleza humana no existe. No hay ningún dato de la realidad al cual podamos otorgarle tan prestigioso nombre.

“Naturaleza” es una palabra prestigiosa, como muchas otras, que no dice nada. Pero tiene la fuerza de lo que se emparenta con la gran palabra del mundo Occidental, que es *Logos*. Decimos que algo es lógico, tan desatinadamente como decimos que algo es natural. Es lógico que Juan se matara si corría a 180 kilómetros por hora. Que es lo mismo que decir: “naturalmente” tenía que matarse corriendo como lo hacía. O sea que nada. Ninguna muerte es lógica, porque lógicos sólo pueden ser los silogismos. Y naturales, son algunas cosas a las que aplicamos ese nombre, a veces para querer decir que no es producto de la manipulación humana, como cuando pedimos agua natural.

A veces, la naturaleza humana sirve para decir que todos los hombres tienen cierta característica, por ejemplo la maldad —o la bondad. En tales casos, la naturaleza humana sería cosa de psicoanalistas. O algo parecido. Pero no tiene nada qué ver con algo que sirva de “fundamento” a los derechos humanos.

Tal vez hay que aceptar que, ni la naturaleza, ni la humanidad, sirven como fundamento metafísico de los derechos humanos. Más bien: no hay metafísica aceptable en este tema. Por tanto, tampoco fundamentación de los derechos humanos sobre la base de esta clase de entes, llamémoslos *lingüísticos*.

5. La historia y el mito

Más temprano que tarde, el discurso de los derechos humanos debe alejarse de las fantasías. No es cierto que defenderemos mejor los derechos humanos recubriéndolos de palabras prestigiosas o contando historias fabulosas, que mal ocultan su trasfondo mentiroso, su intento de procurar la conservación del mundo sin demasiados cambios. Piénsese en el revisitado Locke, tan padre del liberalismo como de la propiedad privada como eje de la vida social. O en los textos que encuentran los derechos humanos de los trabajadores en la naturaleza humana, la cual postula que los obreros tienen derecho al salario, como si no fuera la relación salarial precisamente el lugar de la injusticia.

5.1. El discurso de los derechos humanos como mito

El discurso de los derechos humanos, el tradicional, el que comienza con el relato de la naturaleza humana, es del mismo tipo que el de los mitos antiguos. Tales como los mitos griegos. En éstos, hay siempre una narración, que no corresponde con alguna “verdad” histórica. Lo que se narra no ha ocurrido nunca. O no ha ocurrido como está narrado. Eso lo saben todos. Pero no impide, de ninguna manera, que la narración circule en el tiempo y en el espacio. No hay ninguna voluntad de contar una historia como las que hoy llamamos “verdaderas”. Pero a nadie le preocupa. Pues no se trata de eso.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por ejemplo, equipara la palabra “mito” con la palabra “fábula”, en una primera acepción del término. Pero en una segunda acepción, la equipara a un relato que desfigura la realidad de una cosa, dándole mayor o menor valor del que tiene. Y, por su parte, la palabra “fábula”, es, en primer lugar, un rumor o habladuría. En segundo lugar, una relación falsa de hechos. Y sólo en una séptima acepción, es “mitología”, mientras que en la octava equipara “fábula” con cualesquiera de los mitos. Pero en la quinta acepción, “fábula” es una narración que, usando imágenes de seres inexistentes, proporciona una enseñanza útil o moral. “Mitología”, por su parte, es el conjunto de los mitos de un pueblo.

Como se vé, en idioma español el mito es, en primer lugar, una mentira. Sólo en acepciones menores, es una narración con fines morales. Es decir, desde el *mithos* griego al mito según la Real Academia, hay una larga distancia. En este momento, uso “mito” en el sentido del *mithos* original: relato en el que transitan hombres y dioses, sin relación con la idea moderna de “realidad”, y que tiene por objeto expresar convicciones éticas compartidas por una comunidad de hablantes. El discurso de los derechos humanos, responde a estas características.

El discurso de los derechos humanos, cuando desarrolla la narración de una naturaleza humana originaria, que marcha, en el tiempo o en la razón, hacia una posición que tendrá forma de normas, de derecho, se parece a los mi-

tos. Obsérvese que la naturaleza humana, o la dignidad humana, no son fenómenos, cosas realmente existentes. Son fundamentos morales. O sea, discursos: ideología formalizada en un lenguaje.

5.2. La función del mito de los derechos humanos

Pero, como en el caso de los mitos, no importa que no sean conceptos teóricos bien formados, como listos para iniciar el cultivo de una ciencia. No importa que nunca haya sucedido el pacto social originario. Lo importante es que, como en el caso de los mitos, estos discursos fundan actitudes morales, y justifican discursos normativos. Al tiempo que descalifican otros. Los mitos *enseñan*. Transmiten *formas de ser*, pero más de *deber ser*. Y tienen forma narrativa. Esto es, hay una zaga de hechos, que no necesariamente mantienen orden cronológico, ni tampoco relación de causalidad. Hay conductas de los hombres, a las que siguen castigos de los dioses. Y hay acciones de los dioses que persiguen a los hombres. Así, los dioses siembran la intemperancia —*hybris*— en el corazón de aquéllos a quienes pierden.

El mundo moderno, y su derecho, se ha propuesto a sí mismo, como un mundo que ha superado la mitología. El derecho moderno quiere mostrarse como uno que ha dejado atrás formas “arcaicas” de procesos legislativos, de normas uncidas a la religión, de procesos penales medievales, de ideas metafísicas. Esto no es simplemente una mentira. Lo cierto es que el derecho moderno está plagado de mitos. Piénsese en las personas jurídicas del derecho civil, dotadas de conciencia y voluntad libre. ¿Acaso no es un mito la narración que comienza con las personas físicas, sigue con los contratos —libres y voluntarios—, con la propiedad, la familia, la muerte y las sucesiones?

Y, finalmente, la mitología de los derechos humanos, como ha salido de los labios de la modernidad, la de Locke señaladamente, es una narración que, poco a poco, con apariencias de racionalidad, conduce —induce— al pensamiento a justificar la propiedad privada. Pero no la pequeña vivienda proletaria, sino la del patrón del sirviente que cortó el forraje. Y este discurso, este mito, se repite aún en las exigencias neoliberales de “seguridad jurídica”, no para el empleo de los trabajadores, sino para los “inversionistas” —eufemismo por “capitalistas”— “dadores” de trabajo, que harán pingües negocios, incluso construyendo las humildes viviendas proletarias, o sea cumpliendo con los derechos humanos de los pobres.

En suma, de lo que se trata es de no mezclar los mitos con la lucha por los derechos humanos. Sobre todo cuando los mitos se revelan tan prontamente como ideologías conservadoras. Hay que estudiar la historia. Y tomar partido. O a favor o en contra del cambio social. Si es a favor del cambio social, que no nos vendan el mito de la naturalidad de la propiedad privada y la relación salarial.

CONFERENCIA SOBRE LAS PASIONES EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO

ANÍBAL D'AURIA

Resumen: El presente artículo desarrolla la oposición de dos principios de la tradición filosófica de occidente: pasión y razón. Asumidos, respectivamente, como sucedáneos de la pasividad y la acción, se muestra la influencia que ambos principios han ejercido en la historia del pensamiento occidental desde la filosofía platónica y la propuesta del cristianismo, hasta la modernidad. La razón, ya como logos, o bien, como plataforma instrumental, se asimila a la voluntad de dominio que Nietzsche resalta en el contenido de los discursos históricos.

Resumo: O presente artigo desenvolve a oposição de dois princípios de a tradição filosófica de ocidente, paixão e razão. Assumidos respectivamente como sucedâneos de a passividade e a ação mostra-se a influência que ambos princípios tem exercido em a história do pensamento ocidental, desde a filosofia platônica e a proposta do cristianismo, até a modernidade. A razão, já como logos, o bem como plataforma instrumental, assimila-se á vontade de domínio que Nietzsche ressalta em o conteúdo dos discursos históricos.

Abstract: The present article develops the opposition of two principles of the philosophical tradition of west: passion and reason. Assumed, respectively, as links of the passiveness and the action, it show the influence that both principles have exercised in the history of the western thought from the platonic philosophy and the offer of the christianity, up to the modernity. The reason, already as logos, or, as instrumental platform, it assimilates to the will of power that Nietzsche highlights in the content of the historical speeches.

1. En la filosofía occidental, el concepto de pasión es pensado a partir de sus opuestos: razón y acción. Y no es casual que estos opuestos sean dos, ya que desde la antigüedad la razón es pensada como principio de acción (logos, espíritu), mientras que la pasión es asumida como pasividad, y por lo tanto, asimilada a la materia, al cuerpo y a las emociones (apetitos, instintos). Es decir, la filosofía occidental se inaugura con la diferencia metafísica de este juego conceptual de dos series de conceptos opuestos:

RAZÓN / ACTIVIDAD / ESPIRITU / FORMA / ALMA (**VALOR +**).
PASIÓN / PASIVIDAD / MATERIA / POSIBILIDAD / CUERPO
(**VALOR -**)

2. La filosofía platónica, con sus implicancias políticas y éticas, es seguramente el paradigma y arquetipo de este juego lingüístico. Así como el Demiurgo moldea la materia del universo (*Timeo*), de análoga manera la Razón *debe* contener a los apetitos corporales y el Filósofo-gobernante *debe* modelar la Polis (*República*).

Como se ve fácilmente, la positividad valorativa que recae en la primera serie de conceptos conduce inmediatamente a una idea que marcará por siglos (aún hoy) la cultura occidental: *“el cuerpo es la cárcel del alma”*, es decir, lo “mejor” del universo, del hombre y de la política están prisioneros de una materialidad, una corporalidad y una irracionalidad contra las que *debe* rebelarse para transformarlas, reprimirlas y contenerlas (modelarlas).

3. Con el cristianismo, la claridad de todo aquel juego de conceptos opuestos se ve oscurecida o enturbiada. La valoración positiva o negativa que se asigna a cada par se vuelve compleja y confusa, especialmente por la discusión teológica que surge en torno al problema de la fe y su compatibilidad o incompatibilidad con la razón. Pero también está la difícil cuestión de la “pasión” de Cristo, que no podía ser reducida a un mero delirio emocional (y menos a una suerte de placer masoquista).

Todas estas cuestiones surgen de la superposición histórica de dos tradiciones culturales muy diversas: la greco-latina y la judeo-cristiana. Toda la edad media puede ser vista como un horneado de mil años donde se funden esas dos tradiciones.

No es el momento para internarnos en estas cuestiones; lo importante al efecto de mi exposición es señalar que el “logos” será asimilado al “verbo”, concepto ya no filosófico sino teológico, y de esta manera se conservará incólume la negatividad atribuida al cuerpo y la materia.

4. Con la modernidad aparece un nuevo concepto de racionalidad: la racionalidad instrumental, es decir, como cálculo de costos y beneficios; una racionalidad entendida como medio para la consecución de fines, fines respecto de los cuales la razón misma es neutral y aséptica. Esta idea ya aparece claramente en Hobbes, y será el concepto de racionalidad sobre el cual se fundará gran parte de la teoría política moderna y la totalidad de la ciencia económica. Su relación con su contracara, las pasiones, será claramente resumida en la frase de Hume: *la razón es esclava de las pasiones*. Es decir, la razón no me dice qué fines debo perseguir (eso me lo dictan mis pasiones); la razón, simplemente, me dice cómo debo perseguirlos. Es la razón entendida como eficiencia.

Este concepto instrumental de racionalidad es hermano de otras premisas propias de la filosofía moderna de la subjetividad: una visión antropológica pesimista (el hombre es esencialmente egoísta) y una concepción atomista de la sociedad (la que no es otra cosa que una suma de individuos). A partir de estos presupuestos se entiende por qué la teoría política moderna va a presentarse como una ingeniería o mecánica de las pasiones: en una sociedad que se ha vuelto centrífuga (es decir, integrada por egoístas racionales movidos por sus pasiones), de lo que se trata es de diseñar instituciones políticas que pongan en equilibrio recíproco a esa multiplicidad de individuos enfrentados. En otras palabras: se trata de encausar las pasiones por medio de las pasiones mismas (v.gr. a través de premios y castigos monopolizados por el Estado). Así, la racionalidad política (razón práctica) se presenta como una racionalidad de segundo grado que viene a encausar la

lucha permanente entre egoístas racionales para evitar que la sociedad de autodestruya.

5. Nietzsche iniciará un ataque aniquilador contra la razón occidental, sea en su versión clásica como en su versión moderna. En realidad verá una sola línea de continuidad en el platonismo, el cristianismo y el pensamiento moderno. Detrás de todos estos discursos —y de cualquier tipo de discurso moral, religioso, filosófico, político, científico— no hay otra cosa que voluntad de dominio y de represión. Todo el vitalismo del pensamiento de Nietzsche es una reivindicación del cuerpo.

Aquí se abre una nueva perspectiva sobre el tema, que permitirá a Horkheimer y Adorno ver en Odiseo al primer hombre, el origen de la racionalidad dominadora y represora. Es Odiseo el que, p.e, se hace atar para no dejarse tentar por el canto de las sirenas; es el que se reprime a sí mismo y, paradójicamente, vence a las fuerzas irracionales de la naturaleza (Pero al costoso precio de auto-anularse; udeis= nadie).

Y son también estas grietas abiertas por Nietzsche a la tradición filosófica occidental las que permitirán a Foucault invertir aquella frase de cuño platónico: *no es el cuerpo la cárcel del alma, sino el alma la cárcel del cuerpo*. De igual manera, y como ya adivinaban los anarquistas del siglo XIX, el Estado (y su razón, la “razón de Estado”) no es otra cosa que el carcelero de la sociedad.

LEGALIDAD TERMINAL¹

PETER FITZPATRICK²

Resumen: El presente escrito constituye el esbozo de un trabajo posterior del autor en que se desarrolla el origen de la sociedad con base en el paradigma de Tótem y Tabú. En la obra freudiana, la importancia del derecho tiene una instancia suprema identificada con la decisión judicial, la cual encierra el misterio, el mito del origen de la sociedad moderna.

Abstract: The present written constitutes the sketch of a later work of the author in that the origin of the society develops with base in Tótem's paradigm and Taboo. In the Freudian work, the importance of the right has a supreme instance identified with the judicial decision, which encloses the mystery, the myth of the origin of the modern society.

Resumo: O presente escrito constitui o esboço de um trabalho posterior do autor em que se desenvolve o origem da sociedade com base em o paradigma de Tótem y Tabú. Em a obra freudiana, a importância do direito tem uma instância suprema identificada com a decisão judicial, a qual encerra o mistério, o mito do origem da sociedade moderna.

Tan extravagante como parece ser, todo este trabajo está inicialmente enmarcado en el intento de Freud de localizar el origen de la sociedad en su parricidio primordial de *Tótem y Tabú* (Freud 1960). Aquí Freud volvió a “la pregunta original por el fundamento”, para pedir prestada la frase (Derrida 1989: 60). Y lo que su refulgente mitología del origen revela, es los fundamentos del derecho en una existencia social privada de variedad trascendente. Estos fundamentos son posesivamente “del” derecho, pues ellos fundan al derecho, tanto como el derecho los funda a ellos. Así, puede argumentarse, los elementos de una sociedad moderna proveen fundamentos del derecho, pero estos elementos se convierten en socialmente efectivos, cuando son unificados por el derecho. En esta introducción, entonces, el encanto de la historia de Freud será despachado en servicio de planchado rápido, en orden a poder situar el análisis de los fundamentos del derecho en un modo preliminar y gráfico. Ese análisis, entonces, será convencionalmente más abreviado.

Freud es tan frecuentemente visto como el padre del modernismo autoconsciente, y en *Tótem y Tabú* estaba particularmente preocupado por explicar la emergencia y la calidad de la sociedad en su modernidad, de manera autosuficiente, y para Freud el derecho era central para tal sociedad. Su historia fantástica en realidad es una de dos orígenes. Comienza con un éxtasis desolado

¹ Este texto constituye la Introducción del libro *Modernism and the grounds of law*, Cambridge University Press, 2001, de Peter Fitzpatrick. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

² School of Law, Birkbeck, Londres.

en el cual la “manada-primordial” salvaje existe de algún modo completamente bajo el vaivén del padre. Éste es un lugar de completa fijación, donde nada puede ser sino lo que es. De algún modo, en esta escena quieta, la acción irrumpe y el padre es asesinado y consumido por sus hijos. Éste es el primer origen. La posibilidad ahora puede entrar en el mundo he impulsar el segundo origen. Desde que la posición del padre omnipotente es destruida junto con él, ya no puede ser ocupada, y la posibilidad infinita ya no puede ser ahogada en una determinación abarcante. Cansado del desorden subsiguiente y “la guerra de todos contra todos,” y dándose cuenta de que han interiorizado la autoridad del padre, los hijos entran en un contrato social, y de ahí en una sociedad ordenada con sus leyes positivas. Ese orden subsiste bajo el prospecto y el miedo de regresar al salvajismo –a una condición la cual Freud invariablemente ubica en la manada primordial o la posibilidad vertiginosa que le sigue.

Inicialmente este mundo de nueva creación no parece ser un lugar prometedor en el cual se pueda encontrar el derecho. Este mundo deviene una relación susceptible de cambio y creatividad. El moderno estado del derecho, con su admisión de estabilidad asegurada y ultimidad de determinación, parece más cerca a la condición de la manada primordial. Para que el derecho rijan, sin embargo, también tiene que abarcar los atributos opuestos. El derecho, como estado de derecho, tiene que poder siempre responder bien e indeterminadamente, capaz de extenderse a una variedad infinita a la cual se enfrenta constantemente. Esta división dentro del derecho, se refleja rápidamente en la vibrante indecisión de los debates de jurisprudencia, filosofía y ciencias sociales sobre lo que derecho pueda ser –debates los cuales se dividen implacablemente entre la calidad de determinación autónoma de derecho y su dependencia de fuerzas tales como la sociedad y los cambios sociales– fuerzas las cuales siempre hay que narrar y dar paso. Y así el derecho puede ser visto como que empareja esta demanda doble de la modernidad para cuya identificación sirve *Totém y Tabú*: la demanda por una posición segura, integrada con una sensibilidad a todo lo que está mas allá de la posición, una demanda que ahora debe alcanzarse sin tener que recurrir a soluciones de otro tiempo, de una clase trascendente.

La calidad antecedente de la oposición entre estas demandas es atestiguada por la obsesiva incertidumbre de Freud, en *Totém y Tabú*, tanto como en muchos de sus trabajos posteriores, sobre si el parricidio ocurre de hecho. Una y otra vez, él afirma con voz estridente en términos científicos, que tuvo que haber pasado, solo para dudarlo, antes de retornar usualmente a su afirmación, aún no siendo fácil. Los términos en los cuales la incertidumbre de Freud, se presenta, corresponden a la antinomia de un origen el cual pone las demandas contrarias “en primer lugar.” Tal origen sería nada excepcional, buscaría combinar la escena determinante originaria con lo que viene inadvertidamente “antes” o de más allá de él. Es en la combinación de estas dimensiones “originarias” que el derecho puede ser puesto en el origen. Para sí mismo, Freud silencia la disonancia al recu-

rrir al salvaje capaz. Esto sucede en modos intrincados en líneas generales en mi primer capítulo, pero el punto a extractarse aquí, es que Freud, constitutivamente, basa su propia posición epistemológica y el orden civilizado que él descubre, en un lugar salvaje especularmente enfrentado contra ambos.

Tan seguro como puede ser el rechazo a este salvajismo, existe aún, para pedir prestado un título famoso, un malestar respecto de la civilización (Freud 1985c). El salvaje es y está siempre dentro. El orden firme y el derecho que da seguridad tienen que ser sostenidos por miedo a volver al salvajismo primordial, el cual aún tañe su campana de llamada. Pero Freud trunca la genealogía de la sociedad aquí. En su propio dar cuenta de ello, la sociedad acabada no emanó de negar el salvajismo de la manada primordial, sino de negar aquella libertad salvaje, esa era peligrosa de posibilidades sin fin, la cual siguió a la destrucción del poder omnímodo del padre. El problema de Freud entonces, si puede ser atribuido a él, es que no puede simplemente no rechazar esta inmediatamente anterior condición de libertad salvaje, desde que ella carga esa posibilidad respondente, la cual despedaza la inercia de la horda primordial y eventualmente creó la sociedad. Sin embargo, ni Freud puede simplemente aceptar esta condición anterior que dentro de la sociedad la misma crea, porque esto destruiría su concepción de la sociedad como orden predominante.

Es en este dilema en el que podemos identificar a Freud como el creador de mitos de la modernidad con un poco más de precisión que lo usual. Normalmente Freud está englobado dentro de una larga tradición de mitología occidental, en la cual la sociedad civilizada siempre puede recaer en el salvajismo disipante de donde viene. Y Freud entra en esta tradición con suficiente facilidad a través de concebir a la sociedad en su radical diferencia con el desorden que la precede. Sin embargo, esta sociedad es también, y tiene que ser, lo mismo que fue antes. El orden simple es la condición de la horda primordial. Éste es orden sin sensibilidad y posibilidad. Y es la presencia de estas cualidades y su infinita promesa dentro de la civilización ordenada, la que crea su malestar. Puesto más estrictamente en términos de Freud, este malestar es una “enfermedad,” una que es inerradicable, y que siempre cuida la norma ordenada, negándole su tranquilidad. Freud, dicho brevemente, produce una alegoría del derecho. Lo sitúa en dos extremos, uno en la posición completamente determinante de la horda primordial, y el otro en el caos consecuente donde cualquier cosa puede sensiblemente ser otra cosa que lo que es, y él sugiere cómo pueden ser combinados. Esto lo hace en su elevación quasi-etnografía del tótem.

El tótem es para Freud la primera forma del derecho. El asesinato del padre inició el derecho, y el asesinato del padre-substituto, el animal del tótem, se concentra maravillosamente en sus dimensiones. Aquí hay una fuerza al reclamo mortal del derecho para determinar finalmente, para arreglar y abrazar la vida, negándole su posibilidad proteica. Sin embargo la muerte también disuelve la determinante, y se abre a lo que es inadvertible más allá. Así, la muerte totémi-

ca determina, sin embargo también aclara, los fundamentos de determinación existentes e invita a una novedad dentro del mundo. Con el tótem salvaje, estas dos dimensiones son muy inmediatas, pero con la civilización, el prospecto de regresar al salvajismo el progreso para mantener la predominancia de lo determinante – y los proyectos de Freud siempre han sido para dar cuenta del *orden* de la sociedad. Es el derecho quien aseguraría tal orden y consagraría en sí mismo la predominancia. Aquí también lo salvaje obliga con un fundamento. El derecho encuentra su apoteosis en lo determinante pues es imperativamente puesto contra el caos salvaje, y aún en la violencia de su determinación el derecho, se mantiene también de lo salvaje.

En caso de que exista la vida después de Freud, y desde que él ocupa solamente el primer capítulo, puede que se ofrezca una indicación más directa de lo que en el resto del libro se trata; pero antes de hacer eso, la generosidad de Freud puede ser aprovechada aún más, así como para introducir e ilustrar lo que tendenciosamente podría ser llamado el método del libro. Hay mucha historia implícita a través del texto, pero el contenido de eso es suficientemente evidente. Lo que podría ser más opaco es el dispositivo de la instancia de lo dicho. La instancia de lo dicho es un texto o una situación planteando una preocupación reiterativa del período moderno. No sólo manifiesta irresolución persistente, sino también una demanda consistente para la resolución, y en efecto puede ser de lo más reveladora cuando lo que se ofrece es una resolución tortuosa, como la de Freud. Para pedir prestada la terminología, nada menos que, las instancias de lo dicho son un síntoma de la obsesión. Lo cual pone al texto del que se trata, como éste, en una posición algo ambivalente. Hay en una y a la misma vez evidencia y autoridad. Como evidencia convincente, lo que dice el texto tiene que ser algo que ha asumido una compra significativa, una autoridad palpable, y mi preocupación es no debilitarlo paulatinamente, sino ver sus fracasos como afortunados, extendiéndose más allá de la resolución limitada. La situación que se dice, de otro modo, es una que combina productivamente lo que evidencia con la aserción autoritaria, tal como lo apodíctico del origen.

Otra estratagema envuelve un movimiento extraído de la instancia de lo dicho, de lo no dicho, dentro de la presentación del trabajo. El capítulo 2 es un compromiso con un movimiento de “posición” o de un posicionamiento en la modernidad. Éste es un movimiento que fusiona lo determinantemente asegurado, con lo que está, “por el momento” mas allá de la determinante. Un poco más puntillosamente, con su no asentamiento ni en un lado ni en otro, el movimiento entre ellos es arena de oposición en la cual devienen próximos y aplicados uno al otro, aun cuando son todavía paralelos y opuestos. Es la exigencia y la existencia de esta arena lo enfocado por mi argumento a través del libro. Aquí ya no podemos encontrar más una simple garantía, sino una garantía a pesar de; no una correspondencia o una subordinación agradable entre las cosas sino más bien, lo que es mutuamente aprehensivo e isomórfico; ni lo que es compatible o

contrario sino compatible y contrario. Sobre todo, en un sentido, estas líneas de resolución e irresolución asumen los lineamientos del derecho.

Este movimiento, entonces, moldea el segundo capítulo en dos maneras. Uno debería probar ser obvio. En su alternancia, el movimiento se afirma en las instancias de lo dicho y sin embargo los desconcierta. Las instancias de la mitología Freudiana en sí misma, perduran como un criterio de prueba a través de este capítulo. El mito también comprueba ser una fuente de instancias de lo dicho comúnmente tomadas para fundar al derecho moderno en varias maneras —las instancias del origen, de la sociedad, la transgresión y una alteridad salvaje. El otro efecto que moldea este movimiento focal, puede no ser tan sobresaliente. Esta es una alternancia dentro del capítulo como un conjunto. El capítulo inicia con un comienzo, con el origen, y luego se mueve hacia la sociabilidad moderna, demostrando cómo la solidez asumida de ambos es siempre dependiente de la comprensión más allá de su constitución “por el momento”. Para tomar a la sociedad como una ilustración, una existencia social, para que el argumento continúe, sólo podría asumirse el ser individualizado o específico y sin embargo estar con otros si hubiera una autoridad capaz de afectar la posición determinante y sin embargo en sí mismo ser ilimitablemente comprensivo. Esa autoridad es derecho. El capítulo entonces regresa hacia lo determinante y hacia su pronunciada predominancia dentro de la modernidad occidental y su derecho. Aquí el instante neo-sacro de transgresión pivotea, y el derecho se muestra asumiendo dimensiones de lo sagrado, para subsistir y para tomar forma en una relación integral “exterior” o de “exterioridad” auto-transgresivo. (Blanchot 1992: 434; Foucault 1987: 34). Sin embargo, continúa el capítulo, esta orientación transgresiva es capturada en una modernidad por una alteridad salvaje la cual, en su relación negativa con el derecho, elevará lo jurídico a una fijación determinante, tal como lo vimos en el mito freudiano. Sin embargo, ese reflejo sombrío, a su turno, no puede proveer una resolución duradera. Esto implica que ciertos salvajes “otros”, llevando tales manifestaciones al extremo de determinación y receptividad, hagan que un movimiento no integrado sea posible. Una putativamente resuelta identidad jurídica y social es entonces asegurada en la negación de los otros no resueltos. Pero, claro, el movimiento inquieto aún permanece dentro de la identidad misma. La demanda por una resolución y el derecho que la resuelva, continúa insistente. De este modo, con el capítulo 2 encontramos el derecho derivando sus fundamentos de las dinámicas de la modernidad, que aún haciéndose a sí mismo, siempre ha ido mas allá, hasta exceder a la modernidad y estas dinámicas.

Con el capítulo 3, el movimiento y la alternancia, en y entre, la determinación, la receptividad, son llevados al interior del derecho. La historia, hasta aquí, tiene al derecho asumiendo algo de una existencia parasitaria a través de su tomar ímpetus y elementos de diferentes instancias de lo dicho y su demanda de derecho. A pesar de que el derecho retorna el ímpetu y los elementos de esas instancias en una relación coherente, éstos todavía tienen que dar cuenta del dere-

cho solamente en la diversidad de sus propias demandas. El único lugar singular que el derecho ha tomado, nuevamente en la historia hasta ahora, fue un “antes” de estas instancias en la mitología freudiana. Ahora la escena se extiende y el derecho se relaciona con las exigencias de la acción, el tiempo y espacio, y en el proceso su contenido convencional se mostrará, coherente en esa relación. Ahora la escena se extiende y el derecho se relaciona con las exigencias de la acción, el tiempo y el espacio. Si, entonces, “la característica que define la modernidad legal yace en el intento de hacer el derecho auto-fundado” (Goodrich 1993: 116), la constitución de este mismo ha convencionalmente dependido de un solitario punto de clausura que, o se cae su coherencia, o asume una trascendencia deificante, substituyendo a la variedad anterior, que ha sido agotada, o eliminada, a escondidas, de muchas maneras. Los expedientes famosos de estos tipos, proveen instancias de lo dicho para este capítulo y éstos, contrario a sus propias conclusiones, revelan los movimientos entre determinación y reacción, como constituyentes del derecho. Lo que se convierte en convergente en y como derecho es el movimiento combinado con esa demanda para una resolución exigible que emana de la sociedad, la alteridad, y así sucesivamente.

Tal línea de argumento es muy evidentemente formulado contra el positivismo y otras afirmaciones de estabilidad, fijeza, inexorabilidad, finalidad del derecho. Aún en su forma más asentada, o especialmente en esta forma, el derecho no puede “ser”, sino reaccionar a lo que está más allá de su determinado contenido “actual”. Sin embargo, el derecho tampoco puede dispersarse en pura reacción. Si debe ser traído a portar, tiene que asumir alguna garantía más allá de lo efímero de la vida; “el derecho, la justicia, es ser más confiable que todos nuestros olvidables amores, nuestras lagrimas tan rápidamente secadas” (Michelet 1982: 268). Sin embargo, el derecho aparece solo en el fracaso, en la ineffectividad de una determinación preexistente o una anticipación lapidaria, puesto que si estos alguna vez *fuera*n completos y efectivos, nosotros “estaríamos” simple y completamente sin alguna “llamada” a la prescripción o decisión —una reversión hacia una manada primordial. Tomando dos ilustraciones de las instancias que se extienden a través de este capítulo, una ya ha sido tocada en la compañía de Freud: el estado de derecho. Para que pueda existir un estado de derecho, para que el derecho rija, él mismo debe tener una fuerza determinante. Sin embargo, si fuera mera o fijamente determinante, si no fuera receptiva, dejaría de poder regir una situación que ha cambiado inexorablemente a su alrededor. La otra instancia es una en la cual los movimientos del derecho asumen un efecto determinante, y ese efecto es la decisión —la decisión del sujeto, del juez y la del legislador. La decisión jurídica es siempre receptiva. No puede ser ni emitida de antemano ni fundamentada simplemente en términos de alguna realidad empírica o simplemente en términos de alguna decisión previa. Si pudiera reducirse en cualquiera de esas maneras, no habría un “llamado” para una decisión, ninguna exigencia para una “sentencia innovadora” (Derrida 1992 a: 23). Puesto de otra manera, la res-

ponsabilidad —o en el uso antiguo de la misma— involucrada en una decisión, no puede ser ajustada dentro de lo determinante o lo conocido. Siempre ha existido “dentro” de una decisión jurídica un “secreto”, un misterio, una “locura” (Derrida 1992 a: 23; 1995: 65). Lo que esto trae consigo, es que el escenario de una decisión jurídica, en su forma determinante, es inevitablemente arbitraria. No es, no puede ser, extendida cognoscitivamente a todos que puedan hacer que la decisión sea lo que es. La decisión es siempre una elección e involucra una negación y un sacrificio, un “corte” dentro de la variedad infinita de la inclinación, hecho y circunstancia que posiblemente la informaría (Derrida 1992 a: 26).

Todo lo cual deja un asunto difícil lo cual podría verse como orientando a la segunda mitad del libro aplicado”, donde un “caso” considerable no solo continúa, sino que también ilustra extensamente al primero. Si el derecho debe “ser”, “tomar lugar” en principio no puede subsistir como reacción inefable, sino que debe llegar a un lugar de determinación. Este lugar, a su vez, no debe sólo contener la reacción jurídica, sino que debe también tener la habilidad de mantenerla. En el capítulo 4, entonces, el derecho encuentra un terreno matriz en una nación de nacionalismo moderno. Esto no es, para adoptar una expresión idiomática, sólo una nación particular de sangre y tierra, sino también una nación universalmente inclinada hacia más allá de su parcela territorialmente limitada. Al hacer esta combinación imposible posible, ambas en sí mismos, y como derecho, la nación —la sociedad nacional— recurren al derecho en la causa de su propia coherencia; y, en su hacerse a sí mismos mutuamente, el derecho y la nación comparten ciertas dinámicas de formación, tal como el recurrir la negación del salvajismo y sus “variantes apenas retrabajados” (Balibar 1991: 25). Esta configuración del derecho y la nación, junto con la universal y particularmente determinante reacción, es uno el cual no es ni confinado ni confinable a la nación en singular, sino que toma una densidad formal y eficaz en términos tales como comunas o comunidades de naciones. Existen términos que aún dependen de una particularidad predominante de naciones electas. Y es en tales términos —sumarizando abruptamente ahora— que el imperialismo y la globalización se encuentran, en los capítulos restantes 5 y 6, siendo extraversiones de la nación.

La hipótesis indulgente reconciliando el derecho occidental con su prevaleciente historia actual, es que sus manifestaciones imperiales eran una aberración de su *telos* liberal, donde en el capítulo 5 lo opuesto se muestra como debiendo ser el caso, pero con una diferencia portentosa. Lo que distingue al imperialismo moderno y su derecho es una disyunción intrínseca y terminal, entre su reacción efectiva y lo que podría ser su fuerza abarcante de determinación. La globalización y el derecho global son revelados en el capítulo 6 como operando del mismo modo, como un neo-imperialismo, aunque ellos también operan en un registro completamente diferente. La globalización afirma una objetividad existente en sí misma. Es el acabamiento consumado de lo social, de la “sociedad global”. Como tal, permite un reclamo directo a lo global y sus equivalentes, tales

como lo “humano” de los derechos humanos globalizados. Tales reclamos pueden ser hechos sin la mediación y la constricción de una nación o *imperio*. La globalización, en breve, se asienta en una particularidad de exclusión que, sin embargo, puede ofrecer un lugar palpable para la universalidad inclusiva. La esperanza denegada en la primera condición es vivificada por el segundo.

DIREITO CONSTITUCIONAL, NOVOS PARADIGMAS, CONSTITUIÇÃO GLOBAL E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE¹

Resumo: Neste ensaio, se trata o tema da dogmática constitucional emancipatória o dogmática constitucional da efetividade, assim como dar lugar ao discurso de seus propósitos e a reivindicação constitucional na orden normativa, buscando a abertura das fronteiras e discutir acerca das possibilidades do constitucionalismo global e do constitucionalismo nos processos de integração, sempre em a defesa seus interesses, pois o direito constitucional brasileiro se transforma exigendo un repensar dos juristas.

Resumen: En este ensayo, se trata el tema de la dogmática constitucional emancipatória o dogmática constitucional de la efectividad, así como dar lugar a el discurso de sus propósitos y la reivindicación constitucional en el orden normativo, buscando la apertura de las fronteras y discutir acerca de las posibilidades del constitucionalismo global y del constitucionalismo en los procesos de integración, siempre en la defensa de sus intereses, pues el derecho constitucional brasileño se transforma exigiendo un repensar de los juristas.

Abstract: In this test, the subject the dogmatic constitutionalist emancipation or dogmatic constitutional of the effectiveness, as well as to give rise to the speech of its intentions and the constitutional vindication in the normative order are, looking for the opening of the borders and to discuss to near the possibilities of the global constitutionalist and the constitutionalist in the integration processes, always in the defense of its interests, because the constitutional law brazilian becomes demanding to rethink of the jurists.

1. Introdução

Propõe-se, nesta exposição, (i) recuperar, em breves pinceladas, a memória da assim chamada *dogmática constitucional emancipatória* (também chamada de *dogmática constitucional da efetividade*), produzindo juízo sobre o esgotamento de sua proposta, e discutir acerca das possibilidades do (ii) constitucionalismo global e do (iii) constitucionalismo nos processos de integração.

No que diz respeito à primeira parte deste ensaio, o campo da abordagem restringe-se ao universo das doutrinas amigas, não havendo lugar para os discursos refratários à atual Constituição, eventualmente combatentes do discurso constitucional democrático. O direito constitucional brasileiro, aliás, como ninguém desconhece, conta com determinados operadores que, a pretexto de concretizar a Constituição, alcançam exatamente o contrário. Trata-se ora de uma dogmática da razão do Estado; ora de uma dogmática liberal ou neoliberal prisioneira do mercado reificado e reificante; ora de um conservadorismo constitucional com-

¹ Universidade Federal de Paraná

prometido com uma idade de ouro encontrada em algum momento da história nacional e, portanto, um constitucionalismo defensor de um *status quo* ou de uma operação regressiva; ora, finalmente, de uma dogmática que se identifica com o autoritarismo ou com o reacionarismo tributários de um pensamento ainda compartilhado por vários setores da sociedade brasileira. Nesse passo, o que se tem é a busca da mudança da Constituição para mutilá-la ou instrumentalizá-la a chamada *ordinarização da Constituição*. Insiste-se nas deficiências do texto constitucional ou, pura e simplesmente, sabota-se a Constituição, especialmente aqueles capítulos exigentes de uma atuação estatal voltada para a satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ou para a realização dos direitos fundamentais. Neste último caso, afeta-se mais os direitos sociais de natureza prestacional, exigentes de uma atuação positiva do poder público. Cumpre, portanto, tratar apenas da dogmática comprometida com a Constituição, demonstrando, ademais, o esgotamento de determinados tempo e proposta.

2. Direito constitucional da efetividade

Emergiu no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, uma interessante doutrina identificada como *dogmática constitucional da efetividade*, ou, como preferiram alguns, *dogmática constitucional emancipatória*, ou ainda *dogmática constitucional transformadora*. O compromisso primeiro, nesse caso, não era propriamente de ordem teórica, sendo mais de ordem política. “A Constituição vincula”, “a Constituição vale”, “a Constituição incide”, estas eram as mensagens do discurso constitucional. Tratava-se de apostar nas virtualidades dirigidas do novo texto e de irrigar a ordem jurídica com os valores plasmados no documento constitucional. Para isso, importava reler todo o direito à luz da principiologia da Constituição, através do processo conhecido como *filtragem constitucional*. Tratava-se, portanto, de uma doutrina amiga da Constituição, enfim, de uma doutrina constitucional amorosa, vinculada até a medula à idéia de normatividade integral da lei fundamental. Propunha a releitura das velhas categorias, a discussão a propósito do renovado papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião constitucional (embora não o único), no contexto da nova Constituição, e o estudo das ações constitucionais como meios de efetivação das suas promessas.

O discurso renovou, indiscutivelmente, o direito constitucional brasileiro, autorizando, inclusive, renovadas aberturas teóricas decorrentes, muitas vezes, da forte influência exercida pelas doutrinas alemã, americana, portuguesa e espanhola sobre os novos constitucionalistas. Do ponto de vista teórico, a produção discursiva ainda era, em geral, dependente de paradigmas já experimentados no país. Note-se, por exemplo, a dificuldade para superar a visão segundo a qual a aplicabilidade da norma depende menos do operador jurídico, especialmente do discurso que ele conforma e sustenta, e mais das qualidades intrínsecas do tex-

to, ou seja, a idéia nesse particular de que são as qualidades do texto que determinam a extensão da vinculação dos poderes à normativa constitucional. Perceba-se a dificuldade para superar as velhas teorias classificatórias da aplicabilidade das normas, dificuldade encontrada mesmo nos juristas mais comprometidos com a potencialização das virtualidades normativas da Constituição.

O papel mais interessante da *dogmática constitucional da efetividade*, nestes 15 anos, foi o *pedagógico*, decorrente da comunicação de uma nova forma de relação do jurista cidadão com a Constituição. Fala-se de pedagogia capaz de estimular a criação, nas escolas de direito espalhadas pelo país, de uma leva considerável de jovens juristas e de fomentar, nos cursos de mestrado, doutorado e de especialização, a renovação do pensamento constitucional brasileiro. O esgotamento do discurso, todavia, já era visível nos últimos anos. Daí a necessidade da busca de novos caminhos, especialmente no sítio teórico.

A aliança com a integral efetividade da Constituição continua. Não podia ser diferente, eis que compõe, afinal, compromisso permanente. No entanto, a doutrina constitucional reclama novas premissas, novos conceitos, renovadas *démarches*. Por isso, a afirmação segundo a qual a *dogmática constitucional da efetividade* não morreu, apenas sofreu transfiguração para dar lugar a um discurso, por um lado, essencialmente igual quanto aos seus propósitos e, por outro, essencialmente distinto quanto às qualidades de suas *démarches* ou quanto à reivindicação do lugar constitucional na ordem normativa da sociedade contemporânea. É aqui que se percebe a manifestação daquilo que pode ser chamado de transmutação do lugar normativo da Constituição.

Aprende-se desde cedo, particularmente na faculdade, que a Constituição é o corpo de normas dotadas de superior hierarquia residente no vértice da pirâmide jurídica, portanto, a idéia da ordem jurídica enquanto pirâmide. Está-se a referir, é evidente, à metáfora kelseniana que foi útil por muito tempo. No entanto, o lugar normativo da Constituição, hoje, não pode mais ser o mesmo. Antes de vértice de uma pirâmide, no âmbito nacional apresenta-se mais como centro, um centro exercente de atração de ordem gravitacional sobre o vasto universo normativo contaminado pela fragmentação. O universo jurídico é caos que se faz sistema pelo trabalho árduo do operador jurídico ao lançar mão da linguagem constitucional em busca da unidade de sentido. O que ora se apresenta não constitui nenhuma novidade.

No campo jurídico tudo haverá de orbitar em torno da Constituição. Nesse caso ela é o sol, a estrela ímã que confere integridade ao universos fragmentado e descodificado dos micro-sistemas normativos que precisam ser reconstruídos enquanto sistema total (exigente, por isso mesmo, de consistência, coerência e integridade). O sistema não é um dado, mas antes um construído, resultado do arranjo arquitetônico do operador.

A Constituição é fundamento, mas é também centro, estrela-mãe a atrair para a sua órbita os fragmentos que compõem o universo normativo

contraditório da sociedade complexa. É igualmente filtro que retém e repele o que não pode integrar a ordem jurídica recomposta. Qualquer estudo jurídico, portanto, sendo indiferente o ramo do saber, haverá de começar levando em conta a Constituição do ponto de vista formal e material, especialmente para cotejar a disposição que reclama aplicação com o Texto Constitucional e daí retirar a demonstração de sua legitimidade. Mas o trabalho final do operador jurídico, consistente na solução deste ou daquele caso, não se completa, não se perfaz, se também não for testado mais uma vez à luz da Constituição. A Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico.

Centro, fundamento e filtro, o direito constitucional, agora, é outro. Não é mais um discurso de especialistas, uma linguagem apenas para os iniciados. Ao contrário, é agora língua comum, idioma compartilhado por todos os juristas (para não falar dos cidadãos), uma espécie de língua franca na medida em que não há possibilidade de aplicar o direito (qualquer ramo do direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional. Mas é língua franca também para o sítio exterior ao exercício profissional do direito. Eis a razão pela qual a Constituição que incide tem seu sentido construído e reconstruído num processo democrático permanente de disputabilidade intersubjetiva levado a efeito pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, para fazer uso da eloqüente expressão sugerida por Häberle.

A transmutação do lugar constitucional exige o reconhecimento da existência de condições. Envolve uma compreensão da ordem jurídica somente concebível no quadro de uma Constituição renovada em relação não só às suas características normativas mas, igualmente, em relação ao papel que pretende desempenhar na sociedade complexa, plural e fragmentada da atualidade.

A Constituição absorve determinados valores, apresentados na forma de princípios, de modo a garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Não é mais um simples corpo orgânico destinado a estruturar o Estado, os seus órgãos e a desenhar os limites do exercício do poder. Mais do que isso, é, na verdade, a mina, a reserva, a fonte da materialidade do direito, dos valores que singularizam esta ou aquela ordem jurídica, dos compromissos intergeracionais condensados normativamente. Por isso, ela é conquista, é condensação compromissória, é expressão de luta e, ao mesmo tempo, consenso, resultado do acordo sobre o que é essencial e determinante e, particularmente, sobre o papel que o homem, senhor de sua história, através de seus canais de mediação, em especial as instituições, haverá de desempenhar na comunidade de destino. Em síntese, a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário.

Tem-se, de um tempo para cá, discutido a propósito do papel do direito constitucional, dos tribunais constitucionais, da lei e do legislador no contex-

to dos Estados Constitucionais que supõem a existência de democracia, pluralismo, direitos fundamentais e justiça. Entre os substancialistas e os procedimentalistas emerge um debate interessantíssimo, porém, muitas vezes, incapaz de dirimir a significação das constituições contemporâneas e especialmente daquela experimentada aqui e agora, em contexto concretamente compreendido, no espaço-tempo delimitado pela formação social brasileira.

No caso do Brasil, presidido por uma Constituição rica em princípios, a discussão talvez deva ficar mais próxima daquela desenvolvida na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional, a despeito de alguma resistência, entende a Lei Fundamental como ordem de valores. Neste caso, entretanto, o procedimento tem um papel importantíssimo a cumprir, qual seja, ordenar a manifestação da sociedade aberta e plural dos intérpretes da Constituição. Por isso, os mecanismos ordenadores da participação democrática devem, entre nós, ser levados a sério sem que isso signifique a desnaturação de uma Constituição principiológica cuja dimensão material igualmente vincula e conforma a experiência jurídica como um todo.

A Constituição aberta, garantia da sociedade pluralista e democrática que se quer, justa e livre, reclama compreensão tocada pela singularidade decorrente dos desafios de uma formação social residente no hemisfério meridional.

Princípios e regras desempenham papéis distintos no direito de uma sociedade complexa e plural (no caso brasileiro, mais complexa devido à existência, a um tempo, de ilhas pré-modernas, modernas e pós-modernas compondo a teia societária). Abre-se aqui a senda para um novo discurso que tem por condição a transmutação do lugar epistêmico do direito constitucional rumo ao que tem sido, por convenção, chamado de pós-positivismo, na verdade um ensaio de superação das *démarches* propostas pelas velhas teorias positivistas, inclusive as de matriz sociológica e normativista.

Aceitar que o conhecimento carrega a verdade, supor que o intérprete é capaz de ostentar uma condição de neutralidade, defender o universo da ciência como presidida por um padrão insuperável de objetividade, alardear que o papel do intérprete é o de desvelar a verdade oculta no objeto investigado, imaginar que o direito é exclusiva obra do legislador e que o juiz não faz mais do que aplicá-lo, eis a cosmovisão do operador tomado pelo positivismo, prisioneiro do paradigma da filosofia da consciência. Ora, a Constituição é um composto de princípios e regras, sendo ambos indispensáveis para o direito constitucional das sociedades complexas, plurais, abertas e democráticas. E este tipo de sociedade reclama um direito constitucional distinto daquele experimentado até aqui. Daí a importância da superação do paradigma da *filosofia da consciência*, para, dentro do *paradigma da filosofia da linguagem*, compreender que o sujeito participa da construção do objeto, que é a disputabilidade entre os sujeitos que o reconstrói, que o objeto não tem uma verdade objetiva oculta que possa ser *revelada* ou *descoberta* pelo intérprete e, mais, que não será a evidência do objeto, mas a consistência do discurso que implicará a adesão à ou a legitimidade da solução

apontada para este ou aquele caso. Nesta hipótese, especialmente para os casos difíceis, a importância do discurso, especialmente dos novos aportes hermenêuticos e da teoria da argumentação, são indiscutíveis. Daí a razão da preocupação, no contexto deste paradigma, com o desenvolvimento de teorias vinculadas a uma visão desde o ponto de vista interno (o ponto de vista do operador jurídico), capazes de cimentar um discurso de convencimento suficientemente sólido e consistente erigido no contexto de uma esfera democrática de afirmação de verdades intersubjetivamente alcançadas. Está-se, pois, diante de renovado direito constitucional, diferente daquele ainda contaminado pelo aportes positivistas. Um direito constitucional, ademais, que sem negar as virtualidades dirigentes da Constituição brasileira (o caso de Portugal certamente é distinto!), nem por isso imagina que o sujeito da dinâmica constitucional é, apenas, o Estado, razão pela qual, dialoga com a sociedade complexa, plural e democrática, sem descurar da existência de um mercado que, sendo útil, nem por isso haverá de ser deificado. Trata-se de um direito constitucional que, no universo da prática democrática, realizada no contexto do espaço público, afirma apenas o papel necessário do Estado para a realização do compromisso com as promessas constitucionais, sem descurar da função da sociedade formada por cidadãos livres e autônomos capazes de decidir, no contexto da disputabilidade constitucional, o que é melhor para si. E que, neste caso, apelando para os princípios, aceita a processualidade como forma insuperável de definir o seu sentido, razão pela qual não tolera o comprometimento da fórmula constitucional do Estado com poderes divididos decorrente do eventual monopólio do acesso à *verdade constitucional* por este ou aquele poder. Trata-se, repita-se, de outro direito constitucional. Que se afirma, a um tempo, entre substancialistas e procedimentalistas ou entre aqueles que, como nós, entende que a materialidade constitucional não repele, ao contrário exige, a consideração das consequências da processualidade e dos importantes aportes do procedimentalismo.

3. Direito constitucional e superação de fronteiras

A segunda questão a ser abordada diz respeito à necessidade da abertura dos estudos constitucionais para o problema da superação das fronteiras. O direito constitucional não pode fechar os olhos para o que ocorre no seio da comunidade internacional.

Está-se a provar tempos difíceis nos quais impera, no plano internacional, uma lógica unilateral, por um lado, e mercantilista, por outro. Diante desse “salve-se quem puder” ou “quem pode manda e quem não pode teme”, avulta a fragilidade do direito internacional enquanto instância civilizatória dotada de capacidade para garantir a paz e a construção de uma comunidade internacional que seja digna desse nome. É verdade que, até há poucos dias, vivíamos sob a égide do pensamento único, do horror neoliberal que tudo reifica, que tudo trans-

forma em mercadoria. Aliás, ainda vivemos, porque a Organização Mundial do Comércio (OMC) continua a sustentar, desde uma ótica quase fundamentalista, o livre comércio, manifestando pretensão de impor a lógica mercantil a todos os domínios, inclusive cultural, educacional, da saúde e dos chamados serviços públicos. O Fundo Monetário Internacional (FMI), embora dê sinais de tímida mudança, ainda é o lugar das práticas do consenso (ou pós-consenso) de Washington onde, claramente, as economias centrais, em especial a americana, ditam as regras.

O desafio da construção da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) não está imune de pressões e de ameaças, razão pela qual todo cuidado é pouco. Uma negociação mal feita e não se poderá mais implementar, entre nós, políticas públicas em determinados setores da economia, implicando, conforme os resultados do tratado eventualmente concluído, possibilidade de desindustrialização do país.

A globalização (a mundialização financeira e econômica neoliberal ou liberal fundamentalista) preocupa. Trata-se de processo que merece combate, lembra Avelãs Nunes, catedrático da Universidade de Coimbra, mas combate travado nos foros internacionais e também através do desenvolvimento de políticas que atendam ao interesse nacional, não tenhamos vergonha de dizê-lo, nacionalistas mesmo, se for o caso (formulação de uma política industrial, por exemplo). Mas a resistência pode decorrer também da emergência de outro tipo de mundialização, como propunha aquele intelectual que tanto honrou nosso país: Milton Santos. Neste passo, o Brasil, no campo das relações internacionais tem várias tarefas a cumprir, seja formando o “Bloco Sul-Sul”, seja propondo o “G-22”, seja reivindicando assento no Conselho de Segurança da ONU, seja denunciando a hipocrisia globalizante que sustenta a necessária abertura dos mercados e o livre comércio para todos os povos, menos para os proponentes, seja implantando políticas nacionais articuladas internacionalmente com outras formações políticas dotadas de interesses análogos. Enfim, muita coisa pode ser feita. Cumpre, ao país, evidentemente, nesta toada, aderir à luta pelo multilateralismo, pela criação de foros democráticos multilaterais, pela democratização da comunidade internacional e pelo fortalecimento da Organização das Nações Unidas (ONU). É a esta mundialização que se reporta Milton Santos.

O Brasil não alcançará, neste mundo conturbado, êxito sem uma articulação muito bem feita, entre políticas nacionais de defesa dos seus interesses e uma política internacional de apoio aos foros multilaterais de discussão dos problemas de alcance mundial. A autarquia, o fechamento, não são mais possíveis, pois o interesse nacional passa hoje pelo fortalecimento da posição do país no plano internacional. As políticas internas e desenvolvimentistas, a defesa intransigente do interesse nacional não se sustentam mais na autarquização, demandando, antes, a conquista de posição privilegiada no mundo globalizado. Por isso afirmar-se que o que vale para a política, também vale para o direito.

O direito internacional e o direito constitucional brasileiro precisam fazer amizade. Reporta-se a um direito Internacional democrático, dotado de valores tais como aqueles proclamados no Texto Constitucional brasileiro. Neste ponto, manifesta-se igualmente mudança de paradigma no discurso constitucional. Migra-se de um paradigma vinculado à realidade interna, para outro que insere o direito constitucional nacional no contexto daquilo que pode ser chamado de direito constitucional global.

4. Direito constitucional global

Em que consiste o direito constitucional global? Trata-se, sem dúvida, de uma realidade ainda incipiente que, ultimamente, tem preocupado os constitucionalistas. Compõe, ao primeiro olhar, um conjunto de princípios compartilhados, verdadeiro patrimônio jurídico da humanidade, construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Um plexo, diga-se de passagem, que desafia a emergência de uma comunicação mais estreita com os direitos constitucionais nacionais, com as constituições nacionais, ou seja com as ordens jurídicas presididas por verdadeiras constituições e não simplesmente por eventuais cartas constitucionais. Neste passo, a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas, mas condensados também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinados declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a idéia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos haveriam de ser respeitados nacional e internacionalmente. Também a democracia e a paz, para ficarmos apenas nestes princípios, desenhariam a teia da Constituição global.

Neste momento, porém, o direito constitucional global integra mero meio de legitimação material das constituições nacionais. Todavia, não há como deixar de reconhecer a existência de um modesto *jus cogens* internacional capaz de, do ponto de vista exclusivamente material, caracterizar o direito em questão. Para o fortalecimento desse *jus cogens* internacional e das instituições multilaterais capazes de protegê-lo, deve agir a diplomacia brasileira. Neste particular, o direito internacional transparece como normatividade necessária para, através das instituições multilaterais, promover a revisão da dinâmica que, ultimamente, em

virtude de ações unilaterais despidas de sustentação jurídica, tem contaminado as relações entre os povos.

Quanto ao diálogo entre a Constituição material global e a Constituição nacional, essa é tarefa para o novo constitucionalismo brasileiro que vai dando mostras de passar por um processo mutacional de grande significação.

A primeira abertura manifesta-se para considerar a hipótese da pertinência de um diálogo com a Constituição global. A segunda abertura, todavia, de natureza distinta, ocupa-se do encontro necessário do direito constitucional com o direito da integração, manifestando-se no contexto do que determinados autores chamam de direito constitucional do Estado pós-nacional.

5. Integração regional e mercosul

Neste mundo complexo, dinâmico e globalizado, o Estado se vê compelido a deixar suas fronteiras para a defesa dos seus interesses e de sua soberania. Eis o paradoxo, já que a defesa da soberania não se faz mais apenas desde dentro; faz-se, agora, também, a partir de medidas tomadas no contexto da comunidade internacional.

Testemunha-se a associação de países em estratégias políticas voltadas à conquista de posições mais vantajosas, ou, em muitas das vezes, menos desvantajosas no contexto das inevitáveis negociações travadas no mercado internacional de trocas. Tais medidas, nada obstante necessárias, nem sempre são suficientes. Aliás, não são suficientes! Daí o caminho dos pactos regionais, especialmente daqueles dirigidos à construção de verdadeiros espaços econômicos e espaços políticos comandados por estruturas supranacionais.

Ao considerar os espaços de integração, importa desde logo excluir experiências como a da NAFTA e mesmo a da ALCA, esta última em fase de negociação. Nas duas hipóteses manifesta-se a arquitetura de espaços meramente econômicos, decorrentes da noção de livre comércio regional, o que implica a demissão dos Estados de articularem políticas nacionais de índole econômica. Reporta-se, referida modalidade de integração, à livre circulação de bens, capitais e mercadorias, mas não, todavia, à de pessoas, que continuarão prisioneiras dos territórios dos respectivos Estados nacionais, impedidas, como hoje, de ultrapassar, especialmente, as cercas de Tijuana ou as águas do Rio Grande em direção ao norte.

A ALCA pode, eventualmente, ser também interessante para as economias ao sul do Rio Grande. Todavia, por não guardar a pretensão de constituir uma comunidade política que comungue de determinados valores e princípios, não pode ser confundida com experiências de integração mais complexas, como a européia. É nesse ponto que entra o Mercosul.

O Mercosul nasce, como se sabe, com uma proposta de integração não apenas econômica dos Estados do sul da América. A pretensão é, a longo prazo, de apresentar-se como verdadeiro espaço comunitário. É verdade que o Mercosul passa por dias difíceis, especialmente por conta da crise econômica que, nos últimos anos, atinge a todos os seus membros e, particularmente, aos seus dois sócios maiores. Por outro lado, não foram concebidas ainda as estruturas supranacionais tais como aquelas encontráveis no continente europeu. Não temos ainda um Tribunal do Mercosul (como o de Luxemburgo), embora alguns passos estejam a ser ensaiados nessa direção, nem um Parlamento do Mercosul. Daí porque experimenta-se um direito que pode ser chamado de direito da integração, mas que não se trata, ainda, de um direito comunitário como aquele desenhado no contexto europeu. Mas se é a ocasião de constituir uma comunidade latinoamericana de nações, então é fundamental aprofundar a experiência mercosulina e estudar o que ocorre hoje na Europa, especialmente as consequências da adoção da assim chamada *Constituição Européia*.

6. A experiência européia

No caso europeu, as instituições supranacionais produzem o direito comunitário seja a partir de delegação, transferência ou cessão de competências, seja do compartilhamento de poderes soberanos. As teses são várias.

Embora os autores não tenham alcançado um consenso, parece certo que, o direito comunitário deriva de uma *delegação* de competências dos Estados nacionais. Esta tese não é incompatível com a manutenção da soberania pelos Estados integrantes. Afinal, o que é delegado pode ser retomado. Neste caso, as instituições comunitárias conformam o direito comunitário, mantida a soberania com seu titular. Afirma-se, por isso mesmo, que apenas o *exercício* de determinados poderes decorrentes *da* e inerente *à* soberania seria transferido (por isso tratar-se de delegação), não, todavia, a titularidade da soberania que remanesceria em mãos dos Estados.

As competências dos órgãos comunitários, definidas a partir de normas convencionais primárias, podem ser exclusivas ou concorrentes com as competências dos Estados nacionais que integram a União Européia. No último caso, o princípio da subsidiariedade exerce uma função importante.

Questão complexa diz respeito ao papel das Constituições dos Estados no espaço comunitário. Isso porque o Tribunal de Luxemburgo tem, de longa data, definido como certo que, *primeiro*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito interno e, *segundo*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito constitucional nacional. Ademais, nessa toada, o Tribunal de Luxemburgo reservou a si, com exclusividade, a função de formar juízo sobre a validade das normas comunitárias, sendo ele, portanto, juiz “da competência da competência”.

A Constituição nacional mantém-se como centro; mas, agora, como centro parcial da ordem jurídica total. É centro da ordem jurídica nacional, mas não da ordem jurídica comunitária que, nos termos do que entende o Tribunal de Luxemburgo, não pode ter suas normas controladas pelos órgãos jurisdicionais nacionais (inclusive os tribunais ou cortes constitucionais) tomando como parâmetro a Constituição nacional.

As relações entre o direito constitucional e o direito comunitário implicam mudança do paradigma constitucional, pois a Constituição de centro da ordem jurídica aplicada no espaço nacional passa a apresentar-se como centro unicamente da ordem nacional, mas não da ordem comunitária aplicada no território nacional. E o juiz é juiz, ao mesmo tempo, da ordem nacional e da ordem comunitária, reportando-se aos tribunais superiores do Estado nacional ou, eventualmente, ao Tribunal de Luxemburgo no que diz respeito à ordem comunitária. É evidente que essa questão envolve problemas de legitimação da ordem comunitária, construída não por órgãos representativos (o problema da exigência democrática), mas por órgãos que tiram a sua legitimidade dos órgãos representativos dos Estados. Também gera problema a questão da tensão entre o direito constitucional e o direito comunitário, o que implica, eventualmente, a deslegitimação da Constituição nacional. A crítica ao direito dos burocratas de Bruxelas (direito comunitário) se dá, em geral, em decorrência desse sentimento.

De qualquer modo, a União Européia avança, agora com a aprovação da assim chamada Constituição Européia. Mas Constituição sem Estado? Ora, não há um Estado da União Européia! Constituição de uma Federação de Estados? Mas não se trata de um Estado Federal. Constituição sem soberania? A soberania é dos Estados Nacionais e não da União Européia. Constituição sem povo? Porque o povo é o povo dos Estados nacionais, embora, desde o Tratado de Maastricht de 1992, já seja possível falar de uma incipiente cidadania européia também que não substitui a cidadania nacional, mas a ela se soma. Constituição sem Assembléia Constituinte, elaborada por uma Convenção que depois haverá de passar pelo crivo dos Estados nacionais? Constituição elaborada como um tratado internacional? A novidade desconcerta, transtorna, perturba, gera polêmica.

O direito constitucional europeu quebra paradigmas. A Europa de hoje poderá influenciar a experiência futura de outros povos. De qualquer modo, se é certo que a experiência européia e o projeto de Constituição votado pela Convenção (tendo como principal artífice o Senhor Giscard d'Estaing) devem ser conhecidos, não é menos certo que essas experiências não podem ser transplantadas, sem mais, para o continente americano, inclusive porque não foi, mesmo

no contexto da nova Constituição, resolvido o problema do déficit democrático do direito comunitário europeu.

Temos imensos problemas a superar no Brasil. Desde a visão pacificada no seio do Supremo Tribunal Federal —a partir do julgamento do RE 80.004—,

segundo a qual o direito internacional encontra-se em situação de paridade com o direito ordinário federal, implicando a possibilidade de afastamento da execução de tratado em território nacional em decorrência de lei federal posterior, ou mesmo de lei anterior acaso especial (entendimento que se aplica, inclusive, a teor da jurisprudência dessa Alta Corte, aos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, não obstante o disposto do artigo 5º § 2º da Constituição), até a dificuldade de aceitação de um direito da integração que possa alcançar a consistên-

cia de um direito comunitário, em que pese o especificado no parágrafo único do artigo 4º da Constituição, segundo o qual a República Federativa do Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A Constituição brasileira, ao que parece, exceto radical mutação da compreensão de seus termos, não dá mostras de tolerar sua transformação em centro de uma ordem jurídica meramente parcial. Ela reivindica a condição de centro de uma ordem jurídica total.

A delegação do exercício de competências inerentes à soberania a uma entidade supranacional, em que pesem os argumentos de notáveis juristas brasileiros, não parece tão claramente defensável a partir de uma primeira leitura da Constituição Federal. De qualquer forma, se é possível do ponto de vista normativo, então importa alterar a percepção do Supremo Tribunal Federal a respeito

do assunto, já que este vem exigindo, mesmo quanto aos atos normativos do Mercosul, um mecanismo de internalização do direito internacional. E por isso, a questão desafia debate, podendo eventualmente exigir reforma constitucional. Espera-se, neste caso, entretanto, que o aprofundamento do Mercosul ofereça resposta ao problema ainda não resolvido, no sítio da União Européia, envolvendo o criticável déficit democrático do direito comunitário.

7. Conclusão

Convém concluir. Viu-se que o direito constitucional brasileiro passa por momentos de transformação que exigem um repensar dos juristas. Novos paradigmas estão a produzir um renovado direito constitucional e nesse ponto há muito que se fazer. Participemos, então, da empreitada sem, contudo, abandonar a idéia de que a Constituição é feita para o ser humano. Daí a razão pela qual podemos mudar, mas mudar para melhor alcançar as promessas constitucionais, especialmente aquelas fundadas na dignidade da pessoa humana e no objetivo permanente que deve ser uma obsessão dos professores e estudantes de direito, dos doutrinadores e dos constitucionalistas: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

LENGUAJES DEL DERECHO DE LA LÓGICA DE LA MEMORIA A LAS MÁSCARAS NÓMADES¹

PETER GOODRICH²

Resumen: El common law es un sistema normativo basado en la memoria. Memoria tan ancestral que ningún ser humano es capaz de recordar, sólo el lenguaje logra recrear esas antiguas tradiciones que se toman con fervor de dogma religioso. El common law se halla en una guerra sin cuartel contra la historia de la vida cotidiana, el discurso del common law soporta la tradición y el lenguaje, lenguaje que en prosa intensa y en repeticiones fonéticas, recerca situaciones ancestrales. Es un derecho móvil, un derecho domesticado, un derecho de máscaras. El gobierno pretende tener un derecho de imágenes, un derecho de signos. La mnemotecnia es el arma del gobierno, la hermenéutica su simple supervivencia.

Abstract: Common law is a normative system based on the memory. So ancestral memory that no one human is able to remember, only the language manages to recreate those old traditions that are taken with fervor of religious dogma. Common law is in a war without quarter against the history of the daily life, the speech of common law supports to the tradition and the language, language that in intense prose and phonetic repetitions, recreating ancestral situations. It is a movable right, a domesticated right, a right of masks. The government tries to have a law of images, a law of signs. Mnemotecnic is the weapon of the government, the hermeneutic its simple survival.

Resumo: A common law é um sistema normativo baseado na memória. Memória assim ancestral que nenhum ser humano pode recordar, apenas a língua controla recrear aquelas tradições velhas que são feitas exame com o fervor do dogma religioso. A common law está em uma guerra sem quartel contra a história da vida diária, ao discurso de sustentações da common law à tradição e à língua, a língua que na prosa intensa e em repetições fonéticas, situações ancestral do recerca. É um direito móvel, um direito domesticado, um direito das máscaras. O governo tenta ter um direito de imagens, um direito de sinais. Mnemotecnia é a arma do governo, o hermenéutica sua sobrevivência simple.

Prefacio

El *common law* se ha presentado históricamente como un sistema de memorias: el derecho es tradición y es precedente, pero, más que eso, es uso inmemorial; es una práctica revirtiendo al “tiempo fuera de la mente”; costumbres que sólo el lenguaje recuerda. Si la autoridad del derecho es predicada en la repetición de prácticas que exceden la memoria del hombre, esas prácticas tienen status de derecho por virtud de la forma de su custodia por el lenguaje institucional de la tradición. Es por esa razón que el lenguaje del derecho ha sido siempre presentado como siendo más que mero lenguaje, y distinto del simple lenguaje coloquial. Es, en términos doctrinales, un lenguaje de tradición como tal, un

¹ El presente texto pertenece a Peter Goodrich, “Prefacio e Introducción en *Languages of Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

² CardozoLaw School.

lenguaje verídico que no sólo lleva consigo una historia de significados ideales, sino que es, también, en sí mismo, un modelo para todas las otras formas de lenguaje. El lenguaje del derecho es representado como un lenguaje de antecedentes, un lenguaje perfecto que alberga una referencia verdadera, que corresponde con eventos reales, que en sí mismo es un monumento, un memorial, un vestigio o una reliquia de sabiduría y sentencias anteriores. Los habitantes de la institución legal son, entonces, guardianes, no sólo de la tradición de normas y de textos, sino también de las formas lingüísticas y las técnicas de interpretación que abrirán memorias del lenguaje jurídico. Dentro del lenguaje de la tradición, se supone que el abogado debe descubrir las formas de la vida y las prácticas éticas para grabar y repetir las cuales, fue establecido por la institución. La institución no estaba sólo para producir las memorias de una vida autorizada, el relicario del cual el lenguaje jurídico era el registrador, sino que estaba también, como una tradición vivida y viviente, para producir, y crear nuevas formas.

El argumento de este libro es que la tradición del *common law* ha fracasado en entenderse a sí mismo como lenguaje e imágenes de transmisión, de la transmisión de un modo de vida institucional, y de todo lo que la institución implica. Implica la unión emocional del individuo con el orden de la existencia institucional. Implica también la creatividad continua, la vida continua y el poder productivo de ese orden, de ese plan, de las “leyes de la persistencia del plan”. Si comenzamos, sin embargo, a recomponer su historia intelectual, es claro, sobre todo lo demás, que el *common law* ha reprimido el poder productivo del plan; ha fracasado en entender o transmitir un entendimiento del lenguaje conmemorativo como un código, como un índice de una existencia vivida, de formas históricas que no pueden ser imitadas, sino que deben ser transformadas, reinterpretadas, repetidas en un sentido genuino de la práctica de la tradición, lo cual es decir que ha sido tomada como un objeto, tanto de conversación como de conversión. La narración que este estudio avizora, es la narración de una tradición insular, una historia en la cual el *common law* ha negado un lugar autorizado al comentario escolar o a la interpretación intelectual de la tradición. No hay un lugar en la institución del *common law* para una jurisprudencia genuinamente interpretada como opuesta a una mera sistematización de la tradición. En ese sentido la tradición es un de deterioro: existe no como una forma histórica, sino como un sentido deteriorado de la institución, un patrón mudo de emulación y de imitación. Las memorias y las técnicas del *common law* abolieron la distancia necesaria para la interpretación, a través de negar cualquier lugar institucional a un discurso intelectual del comentario, la tradición viene a tratar a la memoria como una superficie pura: como una colección de imágenes sin profundidad o referencia, como formas virtuales de la vida, monumentos, modelos, momentos.

La superficie de una tradición es su lenguaje y este lenguaje es tan solo un índice, una ruina de una estructura, de un pasado vivido y del orden apropiado para ello. Negando cualquier lugar a la escolaridad y a la historia, la tradición del

common law cierra la posibilidad de un diálogo con el pasado, e irónicamente usa la memoria como un medio para olvidarse: el lenguaje conmemorativo o monumental es precisamente un lenguaje fuera del tiempo vivido y sus sitios materiales, separado de la posibilidad de cualquier cuenta crítica de las fidelidades de las cosas a su lugar. El derecho común no representa o recuerda el pasado; lo repite al vivirlo, lo suprime a través de la memoria inmóvil del espejo, a través de duplicarlo. El orden de las normas se convierte en el orden de las cosas, pero es un orden que se super-impone sobre lo viviente, como para hacerlo homogéneo, una reproducción, una imagen en el cristal. El presente estudio intenta entender la vida religiosa del derecho, de la institución, como una ruina histórica, como una superficie legible, o textos marcados de un mundo viviente. Las estructuras del derecho positivo son estructuras movibles; existen para ser deconstruidas, para ser rehabilitadas, para ser leídas y, por tanto, cambiadas.

P.G. 28.9.89 Edinburg

Introducción

La tendencia más radical de los estudios de la crítica jurídica contemporánea ha sido la de un movimiento que ha ido mas allá de la gran teoría y de la forma más abstracta de la jurisprudencia. Las viejas teorías, las adustas teorías descriptivas del “derecho en general”, la jurisprudencia política que ofrecería programas, mapas, de cómo los estudios jurídicos deberían ser conducidos, dicho en breve, la agotada pedagogía de la teoría:³ los dogmas condescendientes de la

³ La concepción didáctica de la teoría se distingue por su exteriorización de la pregunta teórica: la teoría se refiere al otro, a la investigación de otros, a la enseñanza de otros. La teoría, para el didacta, se refiere a lo social, a la política, lo jurídico, como identidades externas, unidades las cuales, precisamente por virtud de ser unidades, pueden funcionar independientemente. Su dirección puede ser cambiada, sus precursores sus —representes— pueden ser educados, su futuro mejorado. Nunca es claro bajo cuál escala de lo bueno o verdaderamente en cuál territorio de progreso esta mejora tendrá lugar. Para ejemplos recientes, podemos citar a D. N. McCormick, “The Democratic Intellect and Law” (1985) 5 *Legal Studies* 172; véase también D. N. McCormick y W. Twining, “Theory in the Law Curriculum” W. Twining (ed.), *Legal Theory and Common Law*, (1986, Oxford) especialmente las páginas 241-2 donde, bajo el título “teorizando como abstracción”, hemos aprendido que “uno puede (ver) teorizando como nada más que una tarea de preguntar y atacar preguntas generales o abstractas. Típicamente, tales preguntas, de algún modo u otro, vienen a ser una cuestión de interés o preocupación, o un nivel más o menos particular o concreto [...]” Tal vista defensiva (e indolente) de la teoría, no está confinada a la jurisprudencia liberal. Igualmente didáctica en tono y propósito, es A. Hunt, “The Critique of Law; GAT is Critical about Critical Legal Theory”, (1987) 14 *Journal of Law and Society* 5. “Para regresar al hecho de si la escuela crítica debería perseguir el objetivo de construir una teoría es poner la elección entre la teoría y la conversación”, (p.9). En otras palabras, en el pasado en la escuela, en el aula, aprendimos que podemos tener, o no, una teoría, que podemos escoger un producto de entre muchos otros: ¿tal vez algo político esta semana?. La opción propia de Hunt: “He urgido que la escuela crítica no puede evitar el desaffo de elaborar una teoría distintiva del derecho” (p. 18). Véase después A. Hunt, “Jurisprudence, Philosophy of Legal Education: A Response to Neil McCormick” en (1986) *Legal Studies* 292. A Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987, Cambridge Mass.)

verdad, de lo que debería enseñarse, han dado lugar a teorías críticas de lo particular.⁴ La crítica jurídica podría ser definida como la teoría del derecho en particular, siendo su preocupación el leer y releer lo que Foucault (siguiendo a Kant) llamó la “condición de posibilidad” de los textos en particular, de textos jurídicos, y entre ellos los textos del common law. Así, la teoría no está preocupada con la clásica pero intrínsecamente no interesante pregunta acerca de lo que el derecho es en general, o de cómo uno puede adquirir un conocimiento objetivo del derecho, sino, más bien con el hecho histórico y ontológico de cómo se vive el derecho, cuáles son sus formas habituales, cuál es la estructura de fondo que permite su repetición en formas siempre diferentes.

Si es alguna cosa “en general”, el derecho occidental es tradición, la tradición de instituciones inevitables y de una vida institucional. Tiene una historia, pero, mucho más, tiene memorias: narraciones de un pasado habitual, siendo de la esencia del argumento jurídico justificatorio, el ser un discurso de lo precedente. La lógica del derecho bien podría presentarse como una memoria estructurada, mientras que la retórica de lo inmemorial y de lo recordado es la llave estilística para la autoridad de los textos jurídicos. La primera parte del presente trabajo, “Memoria, Precedente y Escritura de Sistemas de Derecho”, trata de las formas que toma la memoria jurídica: con su repetición, su inscripción, su representación. Para las memorias abstractas del archivo tenemos, por tanto, que añadir las memorias orales del derecho vivido, la insignia de la repetición como el derecho implacable que habita todos los días la existencia institucional. La teoría de la memoria jurídica tiene que tomar en cuenta, no simplemente la oposición entre lo oral y la escritura del derecho, sino igualmente la estructura de la memoria, cómo el cuerpo recuerda, cómo el cuerpo emocional es hecho sujeto del derecho. Es una cuestión de mnemónica y estética del derecho, una cuestión de lo oral y de lo visual tanto como lo es del texto y de la autoridad abstracta de la escritura. Así, la primera parte del trabajo, examina la naturaleza de una tradición en particular, la del *common law*, y analiza las formas prácticas y materiales que esta tradición adquiere. ¿Cuáles son sus rituales, sus repeticiones, sus textos, sus símbolos, su íconos, sus otros medios de circulación e inscripción? Éstas son preguntas que Derrida ha ligado a la cuestión de la escritura en general, de la gramatología o la historia y la ciencia de todas las formas de inscripción gráfica.⁵ En términos

⁴ Adicionalmente, para R.M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (1987, Cambridge, Mass.), el primer estudio teológico de este alcance –esto es, el cual tiene la visión y el poder de teorizar lo particular como particular– es C. Douzinas, S. McVeigh y R. Warrington, *Postmodern Jurisprudence* (1990, Inglaterra). También A. Carty (ed.), *Postmodern Law* (1990, Edinburgh).

⁵ La gramatología estudia la historia de los sistemas de inscripción: “si ‘escribir’ significa inscripción y especialmente la durabilidad institucional de un signo (y ésta es la única simiente irreducible del concepto de la escritura), escribir en general cubre todo el terreno de ‘los signos de lingüística’ ” (J. Derrida, *Of Grammatology* 1972, Baltimore, p. 44). La gramatología nos permite preguntar el significado del hecho de que el derecho está escrito, que, estando escrito, comparte las cualidades de la escritura en general: mezcla estilos, es soportado por el lenguaje, está retóricamente organizado, desarrolla sistemas de referencia y de auto-referencia, y más. También podríamos notar que la historia

gramatológicos, la tradición jurídica, tal como la hemos heredado, es un producto de la tecnología de la imprenta. Por ese motivo, los materiales históricos examinados en el transcurso de la parte uno de este estudio, se concentran en el siglo XVI y principios del XVII, sobre la literatura jurídica y los manuales curriculares, el primer material impreso, el primero ampliamente disponible y visible (sin embargo, legible menos veces), artefactos textuales del mundo del *common law*.

Un análisis de las formas materiales a través de las cuales el derecho inglés ha sido memorizado, y, más significativamente, “presenciado”, necesariamente implica un análisis de lenguaje. Un lenguaje que, en el extremo, recuerda, un lenguaje que soporta la tradición, y es a través del lenguaje, a través de la prosa intensa del texto, o a través del ritmo fonético de la historia oral, que nosotros recordamos, no solamente la apariencia del pasado, sino también su discurso, a saber, eso que debe haber sido vivido para que esa apariencia y ese discurso sean posibles. En el discurso leemos el lenguaje para encontrar, no simplemente lo que fue dicho, sino el contexto en que fue dicho, un contexto lingüístico copioso, que incorpora los recuerdos y las vidas, las rutinas y las emociones, los éxitos y los fracasos que son guardados en todo discurso, en todo acto de transmisión. Ellos forman la historia del presente, y es ésta, precisamente ésta, la historia, que es encontrada no sólo en el discurso del derecho, en su enunciación litúrgica en el tribunal o a través de los medios, sino también en la presencia física del derecho; en estas palabras, esos libros, ese edificio, o, alternativamente, ese banquillo de acusados, ante este juez y sujeto a este tratamiento. Así, ¿cómo fue cuando compareció por primera vez ante el derecho? No sólo que fue lo que usó de atuendo, como habló, qué hora era, a quien le pertenecía el tiempo, sino también ¿dónde estaba, ante cuál tradición de derecho, enfrente de cuál juez, en vista de cuál insignia y qué íconos de presencia jurídica? ¿Qué siglo es, cuál presente?

La pregunta del lenguaje, el cual ahora debe ser tomado para incluir a todos los otros sistemas de signos —de arquitectura, de diseño, de geografía, de ceremonia, de aura y de tecnología— que acompañan a la tradición jurídica, que prejuzga el texto como texto jurídico, la palabra hablada como la palabra del derecho, esa pregunta del lenguaje es la pregunta de la legislación. ¿El preguntar cuál tradición es, es preguntar cuál institución es, qué forma de vida, qué camino de muerte? Estas son preguntas de la memoria; la cuestión es ¿cómo se llega a conocer a la tradición, a una institución, a una ley en particular? La tesis en general más presentada en este estudio, es que surge de la tradición en dos niveles. En el nivel de cotidiano de la tradición como una forma de vida, la tradición jurídica como una versión secular de moralidad cristiana, una tradición de normas que han

y el derecho fueron los primeros usos de la escritura, y que, en consecuencia, una historia o una ciencia de la escritura, es algo irónico: “la ciencia de la escritura debería [...] buscar su objeto en las raíces de la cientificidad. La historia de la escritura debería mirar hacia atrás, a su origen de historicidad. ¿Una ciencia de la posibilidad de la ciencia? ¿Una ciencia de ciencias, la cual ya no tendría la forma de la lógica sino la de la gramática? ¿Una historia de la posibilidad de la historia [...]?” (*Ibid.*, pp. 27-8.)

sido muy bien descripta por Nietzsche, como estando en la base de un ataque sistemático contra los sentidos, contra los placeres carnales y contra el hedonismo en todas sus formas.⁶ En el nivel de la estructura, nuestra percepción del carácter teológico de la tradición jurídica, toma la forma del argumento de que la naturaleza moral del *common law*, su antipatía hacia el deseo, está necesariamente enlazado con sus formas de recordar, sus historias imaginarias, su particular calidad de tradicionalismo. En el *Filebo*, Platón enlaza el deseo con la memoria y con la representación del placer. Foucault, en su comentario sobre el *Filebo*, describe a Platón como concluyendo que “el apetito [...] puede ser excitado sólo por la representación, la imagen o el recuerdo de la cosa que da placer; él concluye que no puede haber deseo excepto en el alma [...] es el alma, y sólo el alma la que puede, a través de la memoria, hacer presente las cosas que han de ser deseadas y así excitar al *epithumia* (deseo)”.⁷ Los lazos sugeridos entre el deseo y la memoria y entre la memoria y la representación o imagen, son cruciales. El argumento a seguir puede ser ensayado de manera totalmente breve. Al atacar la legitimidad del deseo y particularmente al circunscribir los dominios y las ocasiones del placer carnal, el *common law* se embarcó en un ataque riguroso e inexorable contra la historia de la vida cotidiana. La aversión evidente del jurista, del moralista, contra la sensualidad de la existencia material, contra la historia del cuerpo humano, contra el hedonismo filosófico en todas sus formas –un juego semántico, como el placer del texto, como el teatro de la historia vivida– ha de ser, a la larga, comprendida, y sólo puede ser comprendida, como un escape de la memoria, un vuelo desde el pasado tal como fue dicho y vivido, un éxodo de la historia, si por la historia nos referimos a la memoria de lo que se ha vivido, recuperada a través de estructuras materiales, a través del cuerpo y a través del discurso.⁸

El argumento que se sigue en la parte uno de este estudio, es comparativo e histórico; y precisamente, por ser comparativo e histórico, es crítico. Comienza con el análisis irónico, una alegoría, del fracaso. En el capítulo dos examinamos en detalle un texto específico y un fracaso específico. A través de una lectura extensa del estudio radical y polémico de Abraham Fraunce sobre la lógica (ausente) del *common law*, el *Lawiers Logike*, publicado por primera vez

⁶ Los textos principales son: F. Nietzsche, *Beyond Good and Evil* (1923, Edinburgh) ch. 5; idem, *The Genealogy of Morals* (910, Edinburgh), essay 2; idem, *The Will to Power*, I (1909, Edinburgh); idem, *The Twilight of the Idols and The Antichrist* (1915, Edinburgh). De lo último mencionado, para tomar un ejemplo: discutiendo la moralidad como el enemigo de la naturaleza y argumentando que la Iglesia siempre se ha esforzado para aniquilar a sus enemigos, a las pasiones y a los deseos: ‘por cuanto como dice “Dios ve dentro del corazón del hombre”, dice “No a los deseos más profundos y superiores de la vida” y toma a Dios como el enemigo de la vida. El santo con el cual Dios está muy satisfecho, es el eunuco perfecto. La vida termina donde el “Reino de Dios” comienza’ (p. 30). El punto es discutido en N. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason* (1984, Manchester), pp. 38-9.

⁷ M. Foucault, *The Uses of Pleasure* (1985, New York), p. 45.

⁸ El ejemplo clásico de tal historia es obviamente F. Braudel, *The Mediterranean and the Mediterranean World* (1972, New York). Para ensayos sinópticos, vea a J. Le Goff (ed.), *La Nouvelle Histoire* (1988, Paris); también a J. Le Goff, *Histoire et mémoire* (1988, Paris).

en 1588, es posible trazar, a través del fracaso de Fraunce, a través de la desaparición de su texto, ignorado por sus contemporáneos y sin ser leído por la profesión, el fracaso de tratar de establecer una tradición de comentario crítico o interpretación escolarizada dentro de la institución jurídica inglesa, y un programa de estudios como emergió en la segunda mitad del siglo XVI. El fracaso de Fraunce en establecer un saber comparativo e histórico del derecho inglés, su fracaso de recusar efectivamente el profesionalismo estrecho y la insularidad intelectual del *common law*, su mito de razón inmemorable, y de una lógica distintiva y misteriosa peculiar del derecho inglés, era, será argumentado, un fracaso sintomático. La exclusión de Fraunce de la erudición profesional es, al mismo tiempo, una pregunta social e institucional. En un nivel social, no era parte del *establishment*, era un ‘universitario’, un profesor, un intruso en los *Inns of Court*,⁹ y el conocimiento místico de la auto proclamada “tercera universidad” de Inglaterra. En el nivel más profundo de su fracaso para acoplarse, estaba una pregunta institucional, un fracaso que dejó su huella sobre la tradición que se desarrolló a principios del siglo XVII. Fraunce no pudo tener éxito, porque la profesión inglesa no tenía un sitio institucional o papel para un discurso escolarizado y de interpretación del derecho. No había ninguna jurisprudencia en el sentido continental, ningún hombre de letras del *common law* cuya labor pudiera ponerse en uso por sí misma en el sistema jurídico. La tradición que se desarrolló después de la desaparición del trabajo de Fraunce, está marcada precisamente por la ausencia de cualquier lugar, cualquier sitio o papel institucional para la escolaridad y la interpretación en su sentido más fuerte. No es una tradición que estimula el pensamiento. Supervisa las referencias, los textos, las memorias de la profesión y los protege contra el mundo exterior. La tradición que emerge sobre las espaldas de la antiintelectualidad de Coke y Davies, es una tradición prestada, una tradición que carece de imaginación, pero que tiene gran riqueza en términos del rigor de efectos institucionales. La tradición inglesa, examinada en detalle en el capítulo tres, dibuja a su lenguaje, su método y su fuerza institucional, desde las ruinas de los monasterios y la Iglesia Romana.¹⁰ Es una tradición anglicana, un catolicismo inglés, una teología jurídica de la presencia eterna, el *establishment* del derecho que toma el lugar de la preocupación plebeya y puritana de la preocupación de Fraunce, acerca de una lógica de nuestro conocimiento memorial del derecho.

La presencia divina del derecho no es una idea novedosa, ni en el *common law* ni en las tradiciones del derecho civil. Su papel, sin embargo, es siempre uno específico. En la tradición del *common law* nunca hubo ninguna revolución política exitosa para retar el lugar del “Espíritu del derecho” de Coke y sus textos sagrados. La tradición jurídica anglicana vino a personificar ambas leyes, la divi-

⁹ Gremios de abogados en Londres, con derechos exclusivos para preparar candidatos en la profesión jurídica, (N. de la T.).

¹⁰ La formulación clásica es R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*; (1969, London); para el Libro VIII hay ahora *ibid* (1989, Cambridge).

na y la secular; el *common law* absorbió efectivamente a la otra jurisdicción de la misma manera en que la corona (el hieroglífico de todas nuestras leyes¹¹) absorbió a la Iglesia. En términos políticos, esa tradición prerrevolucionaria fue, y es, consumada en la monarquía y en el parlamento, en la unión forzada de lo temporal, espiritual y paridad jurídica de los lores y los comunes. Es una unión *de facto*, algo que pasó y continúa pasando, una constitución no escrita, una constitución inalterada por una coacción formal o requerimientos de un discurso justificatorio o debate nacional que midiera la racionalidad de las normas constitucionales. En ese sentido, es puramente inglés, una forma tácita de derecho, una tradición de comportamientos, una jurisdicción tiránica reprimida. En el capítulo cuatro, examinamos la única prueba disponible de una constitución jurídica inglesa, a saber, los sistemas escritos y formas textuales del derecho que fueron hechos explícitos con la llegada de la imprenta. ¿Cuáles fueron las normas de la composición, de la circulación, del envío y la recepción de esos textos? ¿Cuál teoría del lenguaje los unificó y los convirtió en memorias, los monumentos del *common law*? ¿Qué fidelidades de significación explícitas o implícitas, qué fidelidades textuales, han marcado al derecho en ausencia de una constitución, en la ausencia de una tradición de comentario o escuela de interpretación, en la ausencia de alguna interpretación jurídica autorizada, en la presencia de una ley predicada en la pura práctica?¹²

La pregunta del significado siempre ha sido una pregunta de derecho, una pregunta de la legitimidad de referencia, de fe en la lingüística codificada de realidad, fe en la capacidad de las palabras para actuar como la notación de las cosas. La fe atribuida a, y necesaria para, el trabajo de cualquier sistema de lenguaje existente, es una pregunta de legitimidad; la legalidad no sólo de su referencia, sino también de su uso, es predicada sobre su fuente, su proveniencia institucional, su distintivo u otra insignia de oficina. En el capítulo cinco nos movemos para cuestionar esa legitimidad, para deconstruir su narrativa de no remitida y exitosa custodia, y una transmisión en la terminología postmoderna de la fragmentación de la tradición, y la supersesión de la unidad del lenguaje y del derecho. La tradición jurídica encuentra la legitimidad en el habla social; instituye un orden del discurso jurídico y prohíbe esas heterodoxias del habla o la escritura que son considerados como amenazas a la seguridad del significado jurídico o a la orden de la razón jurídica y política. Haciendo uso del ejemplo de la base contractual de todas las formas de la sociedad, y así de toda comunicación, un ejemplo

¹¹ Para comentario sobre este punto véase E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies* (1957, New Jersey, ch. I. También véase T. Nairn, *The Enchanted Glass* (1988, Londres).

¹² Para un ejemplo reciente, véase *D and F Estates v. Church Commissioners* (1989) WLR 627, por Lord Bridge (discutiendo la pregunta muy litigada de la recuperabilidad de la pérdida económica por delito): "Mi Señor, yo no intento embarcarme en la tarea intimidante de revisar la riqueza de [...] la autoridad que sostiene, directa o indirectamente, la pregunta [...] Mi abstención puede verse pusilánime, pero proviene de un reconocimiento que las autoridades, por lo que me parece, hablan con una voz tan incierta que, sin importar cómo se revisan los análisis a los cuales están sujetos, no rinden una respuesta clara y concluyente."

querido para Hooker y la tradición anglicana, nos movemos a deconstruir ese mito que unifica una sociabilidad acordada; un significado contraído y el derecho.

Haciendo uso del más sofisticado de los proponentes de la teoría del contrato social, a saber, Jean Jacques Rousseau, es posible trazar, dentro del contrato y su teoría del origen y la transmisión, una teología lingüística residual, una semántica contractual, la cual, en una de sus raíces, sitúa una ley anterior al lenguaje, un orden contractual el cual procede del acuerdo de referencia que está anotado en palabras, un convenio el cual es previo, tanto al lenguaje, como a la escritura; una ley absoluta. La ley continúa frecuentando a los lenguajes de la contemporaneidad; ese contrato aún nos sostiene; es una institución que habitamos, la máscara que usamos.

Su parte dos, "Lenguajes, Imágenes, Signos y *Common Law*", se mueve de una historia específica, la de una memoria narrativa del *common law*, a textos particulares. El movimiento es uno de teoría como un análisis de las posibilidades de percepción (*theorein*), a sus usos específicos en la reconstrucción de textos históricos. La tesis postmoderna según la cual somos menos sujetos contrastistas de derecho que reliquias contratadas, formas espectrales de un proyecto de Iluminismo que la historia ha tomado y volteado, requiere una revisión del proceso de la tradición de la lectura en su totalidad. El contrato, el cual aún habitamos —puesto que ¿dé que modo podríamos hablar, escribir o prepararnos?¹³—, enmarca, tanto los tiempos, como los lugares de nuestro discurso. Es el sentido mordaz de ser contratado por la misma geografía de nuestras vidas, por el sitio institucional del discurso, por un ambiente construido a través del cual el lenguaje siempre debe de pasar, el que es la parte inferior del análisis específico de la parte dos de este estudio. En el capítulo seis, se arguye en relación con el análisis de una serie de transcriptos con los cuales una lingüística de la jerga tribunalicia debe comenzar, teniendo en cuenta el sitio litúrgico del habla jurídica, y preguntando específicamente qué es lo que debió vivirse para que ese habla haya ocurrido: ¿qué es lo que el sujeto ha experimentado para estar sujeto a este sonido confuso de un discurso inescapable, el del derecho? La pregunta acerca del sitio institucional de la enunciación, del discurso, de los textos y de las imágenes que recurren en relación con cada una de las formas de transmisión que es analizada en la parte dos. ¿Se puede no argumentar que ése es el fondo que es más importante que la imagen, lo dicho, el archivo mismo? Es el marco, las distancias, las ausencias, la designación por dentro y por fuera que el marco implica, la cual tiene que ser entendida en el texto mismo.

La pregunta entonces es una de presuposición. ¿Qué es lo que fue traído al texto, antes de su lectura, en avance de —o, mejor aún, en exceso de—, su lenguaje literario? ¿Qué pasado constituyente ha señalado este lugar, este sitio, este lenguaje para ser un objeto específico, un ley específica? Así que, además, en

¹³ Véase Derrida, *Writing and Difference* (1978, Inglaterra), pp. 284-92, bastante discutido en W. T. Murphy, "Memorising Politics of Ancient History" (1987) 50 *Modern Law Review* 384.

términos cotidianos, ¿qué ha estado sufriendo el sujeto para que se mire así, para sentirse así, para tener este sentido y esta sensibilidad? El capítulo siete se acerca a la pregunta analizando una manera más detallada la tradición que precede a un texto del *common law*. La tradición, en su forma más explícita, es la del derecho inglés, y descansa en esa simple observación singular que nos permite buscar los signos del Iluminismo en los pretextos, las presuposiciones, de nuestras lecturas del *common law*. ¿Cuáles son sus signos, sus íconos, sus imágenes? Podríamos estar peor que estando en el exterior, mirando a la tradición insular a través de ojos foráneos. Piensen en la descripción de Nietzsche, en *Más allá del bien y del mal*, en una discusión acerca de la respetabilidad, y el vicio inglés del anti-intelectualismo: “Al final, todos quieren que la moralidad *inglesa* sea reconocida como autoritaria, puesto que la humanidad, o la ‘utilidad general’ o ‘la mayor felicidad para el mayor número’, —¡no! la felicidad de Inglaterra, será mejor servida de ese modo. A ellos les gustaría, por todos los medios, convencerse a sí mismos de que el procurar, después de la felicidad inglesa, y quiero decir después de la comodidad y la moda, y en la instancia más alta, un asiento en el parlamento, es al mismo tiempo el camino verdadero de la virtud; en efecto, tanto como ha habido virtud en el mundo hasta la fecha, ha consistido en tal esfuerzo”,¹⁴ —, en la rusticidad, la honestidad y del comportamiento que forma el credo no escrito, la imagen tácita, la gentileza inglesa. Ese inglesismo escondido, ese *backgame*, esa naturaleza anglicana, es el foco de una lectura amplia través del texto y la sentencia de un caso inglés en particular.

Si el derecho ata, lo hace engañosamente, lo hace inconsciente y afectivamente —a través de la aceptación, de las identidades del habla y las máscaras de la personalidad en lugar de explícitamente a través de alguna invasión paramilitar en la vida cotidiana. El camino del derecho es el de la experiencia, en otras palabras, la experiencia de un juez estadounidense. ¿Acaso no podríamos decir que vivimos el derecho, que lo que es interesante y al mismo tiempo aterrador sobre el derecho, es, precisamente, que es una parte integral de la experiencia, que está en el presente de todos, no como una orden o norma frívola, sino como una arquitectura de la vida cotidiana, una ley de la calle, una imaginación insidiosa? En términos de alguna fenomenología del derecho en sus formas de la vida cotidiana, necesitaríamos estudiar las imágenes de la posibilidad, lo imaginario, lo emotivo y los lazos afectivos que atan la materia jurídica, completa y voluntariamente; aunque no necesariamente feliz, a los límites del derecho: a esta biografía, a esta persona, a este cuerpo y sus órganos. En el capítulo ocho, la pregunta de la estética del derecho, la pregunta de una adhesión emocional al derecho, hacia todo lo que implica el derecho, se aborda a través del trabajo del clasicista historiador francés del derecho medieval, Pierre Legendre. Su teoría rodea una política de las imágenes del derecho, una descripción de las formas de

¹⁴ F. Nietzsche, *Beyond Good and Evil*, op. cit., pp.1 174-5.

montaje a través de las cuales el derecho es presenciado en la vida social. La cuestión es una del ensamblaje de las imágenes a través del cual nosotros vivimos nuestra fe en los lazos sociales y políticos, nuestra fidelidad hacia la legalidad de nuestro discurso social, y hacia todos los discursos a través de los cuales una sociedad tecnológicamente avanzada se carpintea y se reproduce en la vida cotidiana. El análisis de Legendre de la concepción de una estética del derecho, provee el fondo y la terminología a través de la cual, en el capítulo concluyente, analizamos una serie de imágenes contemporáneas del derecho vivido.

La atención detallada que Legendre le da a la estética del derecho, refleja la novedad de la tarea que queda por delante. La noción de tomar el “arte del derecho”, seriamente como un arte, como un sistema de representaciones y símbolos visuales, es completamente extranjero a la jurisprudencia moderna. Mientras tanto, la jurisprudencia inglesa le ha dado una atención considerable en un pasado distante, a las dimensiones visuales del texto jurídico, muy en particular, a la evidencia legal, que no es una tradición que sobrevivió a la transición del ocular a la óptica, de una cultura escribiendo de textos glosados e iluminados, del libro como una metáfora de un decreto celestial, hacia las logísticas de un tipo de letra a un texto impreso. La antigua tradición del *common law* que es evocada por Fortescue y Coke, es frecuentemente una dramática disciplina visual tanto como ha sido violenta en sus formas verbales y probatorias. Sus textos eran “espejos” del derecho; sus formas probatorias actuadas, o recolectadas en actuaciones de una comprobación previa de propiedad a través de los signos testamentarios e íconos del título. Las diversas formas de juicios religiosos por ordalías, de pruebas a través de la adivinación, influenciaron profundamente los procedimientos del *common law*, no solamente en los juicios de las brujas o en pruebas de honor impugnado, sino, más extensamente, en el mismo uso de la documentación como una forma de prueba icónica.¹⁵ La calidad táctica de la estética jurídica, la continuación y la simbología visual penetrante del derecho en su sentido mas amplio, el derecho como *nomos* o norma, y el límite de lo socialmente posible, aún permanece para ser estudiado en sus formas históricas y contemporáneas.

Construyendo sobre el trabajo de Legendre, el último capítulo presenta un análisis detallado del trabajo de un artista. Su tesis es ésta, al amanecer del rompimiento de las nociones modernista y contractualistas más antiguas de la sociedad y del derecho, del significado y de la norma, la jurisprudencia haría bien en retornar a estudiar el arte del derecho; las representaciones de legalidad —de legitimidad—, se han convertido en la realidad, la única realidad, de la cultura post-moderna. Proseguir ese argumento requiere que “miremos” imágenes especí-

¹⁵ Véase M. T. Clancy, *From Memory to Griten Record* (1979, Londres) y H.J. Martin, *Histoire et pouvoirs de l'écrit* (1988, París).

ficas y de rastreemos, no solamente el derecho de nuestra visión,¹⁶ sino, igualmente, la presuposición de las imágenes mismas. Son imágenes de un derecho que ha sido domesticado, que se ha fragmentado, pero siempre en formas más poderosas y arbitrarias: es un derecho de máscaras, de signos movibles nómadas que invaden terroríficamente las zonas intensas de la vida cotidiana. La ley de la imagen, donde el signo juega al derecho, donde el signo organiza el mismo contenido de la vida cotidiana —eso es lo que, sospecho, es el futuro del derecho. El gobierno en tal contexto, en tal cultura, es un asunto de mover los signos, de controlar las avenidas de circulación de la imaginación, de interceptar los mensajes alucinógenos de la edad del *microchip*. Su derecho es el derecho de las imágenes, el derecho de los signos. Es un derecho móvil, una estructura plegable, la hermenéutica de su simple supervivencia. En el lugar de las dialécticas del memoria, ahora encontramos, ahora miramos, fugazmente, las intimidaciones de otro derecho, un derecho pragmáticamente nómada que se arregla a sí mismo a las apariciones momentáneas de las diversas pantallas, al aparato televisual de comunicaciones post-contractuales.

¹⁶ M.F. Plissart y J. Derrida, *Droits de regards* (1985, París), traducido como “Rights of Inspection” (1989), 32 *Art and Text* 20-98. Para comentario, véase D. Willis “Supreme Court” (1988) 18 *Dialectics* 20.

ANÁLISIS

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS ABOGADOS MEXICANOS. ENTREVISTA A ELEAZAR MALDONADO CISNEROS^{1 2}

FLORENCIA CORREAS VÁZQUEZ³

Uno de los objetivos de la Sociología Jurídica es conocer la ideología de aquellos profesionales cuya tarea está relacionada con producción y la aplicación del derecho. ¿Y quienes son estos profesionales? Sin lugar a dudas, los abogados en general, ya sea como productores de normas jurídicas, como administradores de la justicia, como abogados litigantes y, también, como formadores de juristas o sea como maestros de derecho.

Por ideología de los abogados entiendo las opiniones o conceptos que tienen acerca de lo que es el derecho en sí mismo, de la realidad a la que éste hace referencia, de los efectos que causa su aplicación, de lo es la justicia, de la capacidad profesional de los operadores jurídicos, y sobre todas aquellas actividades relacionadas con las normas jurídicas.

La entrevista que a continuación se detalla está circunscrita al área del Derecho Laboral y forma parte de una investigación titulada Alcances sociológicos de la Administración de la Justicia Laboral en Puebla. El entrevistado, maestro Eleazar Maldonado Cisneros, es un abogado de gran prestigio en la ciudad de Puebla. Fue director de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Puebla y, durante diez años, director de la Bufete Jurídico Gratuito de la misma. Este último constituyó, por mucho tiempo, la única institución jurídica que se dedicaba a la defensa gratuita de la población poblana más desprotegida social y económicamente. Los trabajadores en general, los no especializados y sobre todo, los que contaban con un sindicato que velara por sus derechos, eran representados por este Bufete. Motivo por el cual he considerado muy importante realizar esta entrevista a fin de que se conozca la opinión sobre el Derecho Laboral y su aplicación de un abogado defensor de los trabajadores con estas características.

He aquí nuestra conversación.

Florencia Correas Vázquez(FCV): ¿Cuáles son los objetivos del Derecho del Trabajo?

¹ Entrevista realizada el 14 de septiembre de 1994.

² Director del Bufete Jurídico Gratuito de la Universidad Autónoma de Puebla. 1972-1982. Representante de la Universidad Autónoma de Puebla ante la Junta Especial N° 5 de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. 1979-1987. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Puebla durante el año 1977.

³ Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Eleazar Maldonado (EM): el objeto del Derecho Laboral, básicamente, como todas las preguntas que me vas hacer, tiene dos respuestas. Una respuesta sería que mira a todo lo relacionado con el trabajo. Pero, aquí es donde está la diferencia, sí con el trabajo pero ¿en relación con quién? Entonces el patrón lo va a ver, pero en relación con él, en relación con la productividad, en relación con sus intereses y nosotros, los trabajadores, vamos a creer que es al trabajo pero mirando, si bien es cierto, con el objetivo al trabajo pero en relación con nosotros como personas. Yo diría que esa sería la respuesta. Ahora bien, los estudiosos del derecho laboral van a decir que es el trabajo, pero un trabajo relacionado con el hombre, pero, a su vez, en contacto con un derecho reivindicador. Unir estas dos cosas sería lo más correcto. Desafortunadamente, por un lado va el discurso y por otro lado va la práctica. Pero, así, escuetamente el objetivo del derecho laboral es el trabajo.

FCV: por ejemplo, Mario de la Cueva dice que el derecho del trabajo es un derecho de y para los trabajadores, y los críticos como Jeamaud, Graciela Bensusan, etcétera, dicen que al regularizar el proceso de trabajo y los derechos de cada uno, lo que hace es obstaculizar a la lucha de clase, tratar de controlar la lucha de clases. ¿Cuál es su opinión al respecto?

EM: yo creo que el derecho laboral es, entre los derechos existentes, como clases de derecho, uno de los que va más en contra de los intereses de los trabajadores. Es un derecho que prácticamente establece, para que queden bien fijos, cuáles son los derechos, no de los trabajadores, sino de los patrones. Y entonces al entrar a esa regularización, pues sí que regula la explotación. Entonces, yo creo, que manejar al derecho laboral como un derecho reivindicador, como hace Trueba Urbina, por ejemplo, es tomarlo no muy en serio. Es más: me atrevo a pensar que si lo hace con conciencia de que así es, a lo mejor estaría justificado. Pero, esto lo digo porque no creo que eso suceda; lo dicen con conciencia de que no es cierto, entonces, esto sí es grave. Definitivamente, el derecho laboral no puede estar en favor de los trabajadores, sino al contrario, siempre los ataca, establece para ellos límites bárbaros. Nunca el derecho laboral va actuar en favor de ellos. Se puede constatar el contrato colectivo, la huelga, la sindicación; por ejemplo: no cualquiera se puede sindicalizar, se exigen una serie de requisitos. Las huelgas en la realidad no están permitidas. Vaya..., el gobierno y la ley le crean una serie de obstáculos..., el caso es que nunca prosperan, nada más cuando ellos quieren, y se terminan cuando ellos quieren, y basta con que dicten una determinada resolución para que terminen con una huelga y determinados trabajadores queden fuera. Entonces yo no creo que sea un derecho protector. En el discurso sí, en la práctica no.

FCV: hay quienes sostienen que el derecho del trabajo pertenece al derecho público y otros dicen que pertenece al derecho social. ¿Qué es el derecho social?

EM: desde luego que existe una clasificación del derecho; una clasificación bipartita, perteneciente al Derecho Romano, en la que se clasificaba en derecho

público y privado. Al público lo conceptualizaban como el derecho que rige las relaciones de los estados entre sí o del Estado y los particulares. Y el derecho privado como el derecho que rige las relaciones de los particulares entre sí. Ejemplo de un derecho privado sería el derecho mercantil, el derecho civil. Y en el derecho público los ejemplos clásicos son el constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho internacional. Sin embargo, por la década de los sesentas, se dio por sostener que esa clasificación era muy atrasada y se inventó una nueva, que aumentaba el derecho social. A éste lo manejaron como el derecho que rige las relaciones de la clase económicamente débil, y ahí metieron el derecho laboral, al derecho agrario, al derecho de la seguridad social. El derecho social adquirió un auge pavoroso. Incluso yo estuve inscrito dentro de este derecho social, por bastante tiempo, hasta que me fui, poco a poco, dando cuenta que era una mentira. El derecho del trabajo sigue siendo un derecho público. Y el derecho social mentado se ha acabado y en la actualidad ya no hay quien sostenga esto. Uno de los sostenedores de esta tesis fue, precisamente, Carpizo. Creo que ni él habla ya de esto.

FCV: otros conceptos que están en discusión por los diferentes teóricos son los referentes al "contrato de trabajo" y la "relación de trabajo". Mario de la Cueva dice que la "relación de trabajo" es más conveniente para el trabajador, sobre todo en cuanto a la no exigencia de un contrato escrito. En cambio, los críticos se refieren al "contrato de trabajo" en cuanto definen a la fuerza de trabajo como una mercancía y lo que se compra y se vende es un contrato. ¿Usted que piensa?

EM: yo pienso que es una distinción un tanto acuciosa. Efectivamente se maneja la relación de trabajo como el hecho material de que una persona vende su fuerza de trabajo a otra. Ésta es una relación de trabajo. Y el contrato es que esa venta se haga, pero regulada. Entonces, manejar que el contrato no puede existir sin la relación, porque la relación es la que origina el contrato, pues, creo que son diferenciaciones sofisticadas. La verdad es que se termina siempre en lo mismo: haya contrato o haya relación, la verdad es que el trabajador nunca recibe lo que realmente merece por su trabajo. En los dos casos la plusvalía sigue quedando en poder del patrón y al trabajador se le sigue dando aquello que le es necesario, no para vivir, sino para sobrevivir, y así el patrón pueda seguir teniendo la plusvalía y explotando al trabajador, realmente quedándose con lo que es de éste.

FCV: en la práctica, en cuanto a la administración de la justicia ¿qué opinión tiene de ella? ¿Existente diferencias entre la Junta Local y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje?

EM: no, creo que ninguna. Trabajé mucho tiempo en la Junta Local, por haber sido representante de la Universidad (UAP) de aquella época y tenía contacto con la Federal. Y me daba cuenta que, en líneas generales, en lo esencial, manejaban los mismos principios, las mismas formas, hasta sus mismas prácti-

cas viciosas. Se alegaba que los federales estaban mejor preparados que los locales, pero la verdad es que había muy buenos en la local y malos en la federal. Ni en eso siquiera se diferenciaban. Por lo demás tienen el mismo corte. Como ambas juntas están insertas en el Poder Ejecutivo, el Poder Ejecutivo se conduce siempre igual. Un presidente de la República y un gobernador son igualitos, están hechos de lo mismo, tienen el mismo corte.

FCV: ¿Cuáles son los objetivos reales de las juntas de conciliación y arbitraje?

EM: creo que el objetivo real de un tribunal de éstos, es que no existan problemas dentro de un estado. Aparte de los problemitas individuales que resuelven y que entre los muchos no pesan nada, lo que les interesa al Estado son los relacionados con la huelga. Tienen un cuidado especialísimo de cuántas huelgas van prosperando y cuántas no. Aunque el trabajador no quiera, los representantes del trabajo lo llaman y mediante lo que se llama "la conciliación", que no es otra cosa que la imposición de una concertación, terminan con una huelga, siempre por supuesto sacándole algo al patrón, que es lo mínimo, con lo cual no va a resolver nada el trabajador, pero sí se va a acabar con las huelgas. Con los sindicatos sucede lo mismo. El gobierno aceptará sindicatos pero siempre que sean blancos, siempre que de ellos sepan su sumisión. Pero, por ejemplo, un sindicato independiente nunca logrará su registro. Para que usted logre un registro ¡vaya que va a necesitar mucho! Es más, nunca vi un solo caso. Lo mismo que pasa en las huelgas y en los sindicatos pasa en los contratos colectivos. Los contratos colectivos también urgen la intromisión del Estado. Un contrato colectivo, aunque parece increíble, se arregla directamente con el Estado. Por eso era que en la Junta en la época que abrió sus puertas a las universidades, tenía problemas con la UAP, porque el representante de la Universidad, tomando en cuenta la línea de pensamiento de ésta, pensaba más como trabajador que como patrón. Y existían problemas. Creo que en las últimas fechas eso se ha acabado, el representante de la Universidad es un verdadero patrón.

FCV: Volkmar Gessner, de origen alemán, llevó a cabo una investigación muy importante en México, escribió el libro *Los conflictos sociales y La administración de la justicia en México*⁴, en el que afirma que estas instituciones como las Juntas de Conciliación y Arbitraje, nombra varias otras, sirven para evitar y solucionar más fácilmente los conflictos sociales y evitar que lleguen numerosos expedientes a los tribunales superiores y en este sentido las Juntas son positivas por este objetivo. Un juicio laboral en el Tribunal Superior de Justi-

⁴ Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de la justicia en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

cia dura dos años y una conciliación cuatro o cinco meses. ¿Usted que opina al respecto?

EM: pienso que tiene razón, que es una forma de descentralizar. Es una descentralización efectiva pero, digamos, en lo práctico y no mirando el fondo de las cosas. Cuando un problema se complica va a parar a la Nación, a los Tribunales Federales. De manera que el Estado es un buen mediatizador de los problemas estatales y por ende a nivel nacional. Así pues si el problema es delicado allá va a parar. En otros casos de plano, eso no se admite como, por ejemplo, con los trabajadores de la Federación. En esos casos habrá que ir a pelear directamente a México, allí no vieron la descentralización. Pienso que el autor lo vio de una manera muy práctica. Si realmente, el objetivo de todos esos tribunales locales es evitar que los problemas lleguen allá, que no los centre nada más la federación. Lo que ha sucedido en materia de amparo, antes nomás existía una Corte de Justicia, ahora se han creado una serie de colegiados que resuelven los problemas en Circuitos, y entonces, si evitan que los problemas se centralicen en una sola parte. Aquí el problema es el siguiente: que tanto en la Suprema Corte de Justicia como en los Tribunales Colegiados de Circuito tienen el mismo criterio, una visión favorable al patrón, y el resultado sigue siendo el mismo en el fondo, aunque en la práctica si deja de haber problemas que se concentran demasiado. Eso es lo que yo pienso.

FCV: ¿Qué entiende usted por conciliar un conflicto laboral?

EM: entiendo por conciliar que rápidamente se pudiera dictar una especie de sentencia sin tanto trámite, que resolviera por convenio un problema en el fondo. Eso sería lo que yo entendería.

FCV: ¿Y qué significa en el fondo?

EM: dar exactamente a las partes lo que les corresponde. Digamos que un trabajador ha laborado treinta años, procede pagarles sus prestaciones, es decir, hacerle la cuenta de todo lo que le corresponde, y sin más trámite, entregárselas al trabajador. Eso yo llamo conciliar. Evito todo el problema que le voy a causar al patrón; buscando abogado; yendo a cada rato a la Junta; creándole problema tras problema, que toda la gente sepa que siempre está en conflictos, todo eso. Hacer más ágil el trámite, eso es conciliar.

Ahora, lo que realizan las autoridades al conciliar es acabar con un problema a rajatabla. Entonces, para el trabajador no hay más que dos cosas: o concilia o concilia. Le manejan mucho aquello de que en una conciliación todos pierden, entonces bajo este *slogan* de que todos pierden, o no le dan nada o casi nada o lo que quieren. Para que haya una correcta conciliación, lo ideal sería que las dos partes tuvieran la misma fuerza; eso sería lo ideal y ese sería el ideal que habría que buscar. Ver como está el patrón y como está el trabajador en cuanto a su correlación de fuerzas y así conciliarlos. Esto no es así, el patrón tiene una fuerza económica bárbara y el trabajador una descomunal necesidad y entonces el patrón se vale de eso para darle al trabajador lo que a él se le ocurre. El trabaja-

dor pensando que no pudiera obtener nada a largo tiempo y con la necesidad que en ese momento vive, termina por conciliar su conflicto laboral. Entonces hay varias formas de entender la palabra conciliación. De parte de las autoridades es terminar un asunto a raja tabla y con todas las ventajas para el patrón. Nosotros pensamos que conciliar es que el asunto se arregle dándole al trabajador sus prestaciones completas a cambio de evitarle al patrón todo un complejo de problemas.

FCV: por ejemplo, analicé una muestra intencional del 10% de los expedientes de 1992. Los expedientes eran bastantes parecidos, más del 90 % habían recurrido a la Junta por despido injustificado. Observé que en todas las juntas especiales se conciliaba en unos tres o cuatro meses. La Junta Local tiene un tabla para la conciliación, así por ejemplo en vez de 90 días de indemnización son 45, no se consideran los salarios caídos, etcétera. La tabla consiste en darle al trabajador la mitad de lo que le corresponde por ley. Pero a veces los expedientes muestran que ni siguiera ese 50 % se les entrega.

EM: muchas veces, en los expedientes, no se fija la cantidad. Solamente se dice que estando el trabajador y el patrón conciliando han llegado a un acuerdo, que resuelven su problema, sin citar cantidad alguna. No obstante que la ley dice que las autoridades deben estar atentas para que se hagan conciliaciones lo más bondadosas que puedan ser para la parte trabajadora. Hay conciliaciones tremendas, por su inequidad; en una conciliación indiscutida son los tres meses famosos. Tres meses por tres días de trabajo o por treinta años. Pienso que las conciliaciones no deberían discutir esta prestación, es más que ni debía hablarse de tres meses como algo constitucional. Hablaría de los tres meses inconstitucionales. ¿Tres meses? ¡Tres meses te los acabas en tres días y son treinta años que tú diste de tu vida! Creo que de estos tres meses nada es del patrón; es algo que tú fuiste guardando. Porque el número de años trabajados son del trabajador, no se tiene por qué controvertirlos, hay que cobrarlos, porque son como si se hubieran depositado en una caja fuerte una cantidad de dinero, eso ya es tuyo, no le pertenece al patrón. El patrón no tiene porqué discutir eso en una conciliación, “me das lo que es mío” y “luego vamos a discutir lo que me vas a dar como conciliación como resultado de una concertación”. Los patrones te pichicatean todas esas cosas y terminan dándote nada. Uno ve una conciliación y uno dice esto no puede ser.

FCV: ¿Los abogados que defienden a los trabajadores porque aceptan esas conciliaciones? Por qué él va a cobrar de acuerdo a lo que obtenga el trabajador.

EM: mira, el abogado va a cobrar de acuerdo a lo que se recupere y cobra fuerte, hay algunos que cobran hasta el 50%, los que cobran más barato cobran el 30%, entonces a ellos les conviene cobrar cuentas bastante altas. Sin embargo, es tal el número de presiones que tiene que soportar el trabajador que termina cediendo, con lo menos que se le amenaza es con meterlo a la cárcel por algún delito que le van a inventar. Como abogado le recomiendas, le recomiendas

y peleas sus prestaciones, pero los patrones comienzan a eliminarlas, y gradualmente le van aumentando su liquidación, primero, mencionan una cantidad, luego otra y otra y llega un momento en que toma ese dinero aún en contra de lo que dijo tu abogado. Éste tiene serios problemas. A mi me tocó el siguiente caso. Al saber los términos de la conciliación indiqué a mi cliente: “si usted recibe esa cantidad, olvídense de mí, porque para admitirla no se necesita que tenga usted abogado”. Y entonces el trabajador me dijo, “mire, abogado, perdóneme pero yo no tengo ni un centavo para vivir y esto, yo creo que me va servir para que busque el próximo trabajo, de manera que hasta aquí nos vemos, muchas gracias”. Me retiré del caso, porque pensaba que esa conciliación era anticonstitucional. Entonces yo me retiraba y a él le daban una bicoca. Por otra parte me atrevería a decir que no hay abogados litigantes que en ese tramo procesal pudieran traicionar a los trabajadores, o bien, que son pocos. Que el patrón les diera ..., yo creo que no. Ahí es el trabajador el que presiona, pero presiona por cuestiones reales, porque fuera de la conciliación está la esposa, están los hijos y está también el patrón queriendo meterlo a la cárcel; haciendo todas las componendas del mundo y la clase trabajadora no resiste ese poder del patrón.

FCV: En Argentina existían las famosas listas negras entre las empresas, si alguien era despedido del trabajo por la participación en una huelga entraba a formar parte de dichas listas y jamás volvía a encontrar trabajo.

EM: aquí también existen. Como trabajador te despiden y por otro lado están haciendo una lista para pasarla a todas las empresas con tu nombre. Ahora que si el trabajador acepta una bicoca por irse no pasa a esa lista negra, hasta le dan su carta de recomendación. Entonces imagínate a un trabajador que le dicen: “así que no acepta usted la conciliación” y lo roten entre todas las empresas. Pienso que mejor lo que le den y su carta de recomendación y con su “indemnización” le ayudará para sobrevivir mientras encuentra otro trabajo. Estas son cosas patronales y en las que están muy bien unificados. Y además ayudados por el derecho y por la Junta. La Junta también convence al trabajador de lo mismo, porque mete la cuchara y dice: “mire, a usted le conviene más lo que le dan, lo que pasa es que el abogado va a ganar más y por eso quiere más y él va seguir luchando y a lo mejor lo logra pero como en cinco años”. Entonces, el trabajador tiene todos en su contra. Es un problema tremendo.

FCV: ¿Hay corrupción en las Juntas de Conciliación y Arbitraje?

EM: sí, claro. Desde el momento en que vas a presentar tu demanda, hasta el dictado del laudo, todo es dinero. Hay algo que a mí me sorprende bastante, hay abogados especiales para esas juntas. No en cuanto al conocimiento científico que se tenga, sino la especialidad del lugar. Si tú vas con todos los conocimientos del laboral a litigar ahí, no te va a prosperar nada, todos te van a ver en una forma rara, no van a entenderte, no van a entender tu forma de ser, ni siquiera si vas a ayudar a una parte, eso no cuenta. Ahí ya se saben quienes son los abogados que deben litigar y todos los demás pierden. La corrupción yo no la observo,

digamos, desde el punto de vista del dinero exclusivamente, sino que hay otro tipo de corrupción. Por ejemplo si ahorita tú vas a ver a la Junta los asuntos de la Universidad, y luego vez los asuntos anteriores a este período, digamos de la época de Terrazas⁵ y la del licenciado Vélez⁶, vas a ver como ahí ganaban los trabajadores y ahorita no gana ningún trabajador. Si tú fueras a ver cuántos recursos ha interpuesto el sindicato en contra de la Universidad, en relación con el contrato colectivo, te vas a asustar, no se ha ganado ninguno problema. El maridaje Junta Universidad es también corrupción. También si compartimos la idea de que si todos los derechos, deben tratar a las personas como iguales, en el derecho laboral no resulta cierto. Esta materia no exige que el juzgador sea el imparcial: Al contrario en él se exige cierta parcialidad. Hay que estar de parte del trabajador o truena. Y eso lo admite la ley en muchos casos, en muchos admite la igualación de las personas, igualar a los desiguales y poder mejorar la administración de la justicia. La inobservancia de estos principios es corrupción. Entonces, hay una corrupción tremenda, y no necesariamente manejando los quintos, que eso es lo primero que se ve, sino manejando otras cosas. Si a un gobernador le interesa que no haya problemas en el Estado, ¿qué problemas colectivos, de huelga o de sindicalización se van a ganar? Ninguno, porque está el interés del gobernador.

FCV: ¿Quién nombra al presidente de la Junta de Conciliación y Arbitraje?

EM: el gobernador, y pertenece al Ejecutivo. Y él le paga. Ahorita vivimos en una Universidad en paz, entre comillas. ¿Crees que le corresponde a la Junta resolver los problemas de acuerdo con la ley? En el discurso sí. En el terreno de la práctica no. al sindicato de la Universidad tiempo le hace falta para defenderse de los embates patronales. Los trabajadores han pasado a segundo término.

FCV: uno de los derechos de los trabajadores, de acuerdo a los teóricos del derecho laboral, es que la prueba está a cargo del patrón, los costos también ¿Esto se cumple?

EM: se cumple hasta cierto límites. Pero la verdad es que hay formas para que eso que está a tu favor se vuelve en tu contra. Mira: todo lo que es ley, no hay que tocarlo. Yo creo que cuando alguien te dice que te va aplicar la ley, es que va acabar contigo. Eso que tú estas diciendo es lo que te decía hace un momento, que el derecho laboral tiene, entre otros objetivo, igualar a las partes y luego hacerlas contender. Pero eso es en el discurso nada más. En la práctica no resulta así, o por lo menos en la mayoría de los casos.

⁵ Se refiere al Ingeniero Luis Rivera Terrazas, rector de la UAP en el período 1975-1981. Nota de la entrevistadora.

⁶ Alfonso Vélez Pliego fue rector de la Universidad Autónoma de Puebla de 1981 a 1986. Nota de la entrevistadora.

FCV: ¿La prueba quien la presenta en la mayoría de los casos o a quién se la exigen?

EM: se la exigen al patrón en la mayoría de los casos. Y ellos la presentan porque tienen el medio de hacerlo. Ellos inventan libros, inventan renunciaciones y no porque éstas no las tengan, digamos, porque tú como trabajador lo primero que haces cuando vas a trabajar a algún lado, es firmar en blanco. Si quieres. Si no quieres, no firmas y tampoco hay trabajo. Te hacen renunciar y cuando tú alegas despido lo primero que te presentan es una renuncia firmada por ti. Entonces ¿qué se puede hacer contra eso?

FCV: ¿Todos los trabajadores firman papeles en blanco?

EM: la mayoría. Algunos firman papeles en blanco, otros firman documentos. Por ejemplo, un título de crédito, dicen que para garantía. La cosa es que si demandas por despido, en el mercantil te hacen pedazos; prefieres, que mejor te liquiden y no verterlas con esos documentos. Existen muchas empresas en las cuales te exigen documentos que te van a manejar después.

FCV: ¿Cuáles documentos por ejemplo?

EM: las renunciaciones en blanco, como serían los títulos de crédito y otros papeles con solo tu firma. No creo que haya un trabajador que no se niegue a hacerlo y tenga trabajo. Y sí hay listas negras de trabajadores; también hay listas de empresas que practican esto. Inclusive en esta práctica ya nos extendimos hacia otros campos: por ejemplo, esto ha salpicado al derecho civil. Vemos que en los contratos de arrendamiento, en lugar de firmar un contrato de arrendamiento, firman muchos documentos y cada vez que pagas te dan un documento; y si no pagas, en vez de estar peleando contigo, te demandan ejecutivamente y punto.

FCV: según Mario de la Cueva, el derecho de trabajo es un derecho que está regulando desiguales, entonces la obligación del funcionario es apoyar al débil, que es el trabajador.

EM: por eso te digo que el juzgador laboral, debe ser parcial y no imparcial. Aquí es parcial pero para el otro lado, para el patrón. Y como hay muchas formas de ver al derecho, siempre sale perjudicado el trabajador.

FCV: entonces, ¿cuál es la solución para los trabajadores?

EM: para mí, la solución es que este derecho que tiene un discurso, se haga coincidente con la realidad de la práctica. Para mí la ley laboral es buena. No digo que es ni reivindicadora, ni digo que es protectora, pero que sí ayuda, sólo que aplicándola debidamente, con las parcialidades que se requieren. Por ejemplo, Baltasar Cavazos grita contra la ley laboral porque es igualitaria. Él sabe que eso es discurso, pero él grita y argumenta su postura con principios del derecho romano, pero de un derecho romano rígido y bárbaro. Entonces, ¿cómo podemos así, cómo podemos..., contar con una buena justicia laboral?

FCV: ¿Cómo calificaría usted la administración de la justicia?

EM: Yo la calificaría como mala.

FCV: Usted me ha dicho que la ley laboral es buena.

EM: también he dicho que sólo en el discurso. La ley laboral es buena, de lo único que la despojaría es de aquello que con ella casi casi hacemos la revolución. No, no vayamos hasta allá. Es buena. A pesar de su práctica es la conjunción de logros de la clase trabajadora. Que luego se echan para atrás, lo que permite que los trabajadores salgan a seguir reivindicándolos y cuando los tienen de nuevo, se les vuelven a quitar, convirtiendo a su lucha en un círculo vicioso. Pero bueno, al fin y al cabo es buena. Lo que tendríamos que hacer es buscar juzgadores, que fueran verdaderamente parciales hacia las clases trabajadoras, que conocieran bien sus problemas y que dejaran de pertenecer al Ejecutivo e inclusive a la Universidad. Si alguien trabaja en esta universidad y trabaja de parte de ésta ¿cómo va a poder resolver a favor de los trabajadores?

FCV: Algunos juristas piensan que hay que modificar la ley, sobre todo con el Tratado de Libre Comercio. ¿Cuál es su opinión?

EM: Quieren cambiar la ley porque..., mira, la Ley es buena, la que tenemos, escrita, su problema es que no se aplica. Dicen: si no se aplica, saquemos otra que sí se aplique y que va a hacer que esté de acuerdo con lo que se está haciendo ahorita. Es decir, no quieren principios favorables para la clase trabajadora, ni siquiera escritos. Esa es la explicación, ni siquiera escritos. Y eso, sí creo que no lo debemos permitir. Si no lo aplican, dejémoslo, que por lo menos, esté escrito. Por lo menos deja que yo, cuando tenga necesidad, se los recuerde. Pero no se vale que te lo quiten. Es decir, por ejemplo, las huelgas ¿para qué sirven? Para nada, todo el mundo las rompe, las declaran nulas, inconstitucionales, pero en la Ley son buenas. El sindicato ¿para qué sirve? También para nada, hay una serie de sindicatos blancos, todos manejados desde sus cúpulas, no sirven para nada, pero, sin dudas, en la Ley son buenos. Los contratos colectivos son excelentes pero todo el mundo pasa sobre de ellos pero en la Ley son buenos. Dejémoslo todo así. Repito, una cosa es el discurso y otra la práctica. Por lo menos me conformo con el discurso, tengo la esperanza que algún día se aplicará.

FCV: ¿Usted cree que la ley laboral exige algún cambio?

EM: Yo diría que necesita ciertas adecuaciones, nada más. Que ya no se cambiara la Ley Federal de Trabajo.

FCV: ¿Cuáles adecuaciones por ejemplo?

EM: Es muy complejo hablar de eso. Pero vamos a suponer un caso. Por ejemplo ¿qué necesito yo para hacer un sindicato? Lo que yo necesitaría y que yo pediría que dijera la Ley, es que yo reuniera determinado número de personas y que fuera registrado mi sindicato. Pero me ponen tal número de exigencias dentro de la misma ley, que a mi sindicato no lo voy a registrar nunca. Entonces habrá que obedecer la voluntad de las partes, ¿no? La voluntad de las personas, nuestra voluntad es crear un sindicato y se acabó. Y luego dejar que las autoridades vigilaran esos sindicatos. Si sabemos que un sindicato no es representativo una institución ¿por qué lo voy a admitir? Pero si lo es ¿por qué lo quiero des-

truir? Por ejemplo, nuestro sindicato, quererlo desaparecer es impensable... Y lo peor es que nos encontremos una autoridad que comulgue con ese proceder. Bueno ¿qué está ocurriendo aquí? Nada, la aplicación de toda una serie de artículos que están ahí en el código, mal aplicados y después nos van a decir que todo es legal. Yo creo que antes de ver la legalidad se debería ver la legitimidad. No legal porque lo dictó el legislativo, sino que veríamos la legitimidad ¿quién le dijo al legislador que hiciera eso? Y en la fuente real si encontraríamos la solución al problema.

FCV: ¿Quisiera agregar algo más?

EM: Nada.

FCV: muchas gracias.

OS CONTEÚDOS DA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA

TARSO GENRO

Resumo: O processo de consolidação das instituições do estado democrático de direito e a possibilidade de sua mudança se dá pela "Revolução democrática". O regime democrático implica a aparição de erros, pois sendo uma forma de manipulação do capital para perpetuar a dominação, hoje dia muda-se como um problema para a manutenção das iniquidades e os ilegítimos privilégios, consolidando uma transição complexa no Brasil.

Resumen: El proceso de consolidación de las instituciones del estado democrático de derecho y la posibilidad de su cambio, se da por la "Revolución democrática". El régimen democrático implica la aparición de errores, pues siendo una forma de manipulación del capital para perpetuar la dominación, hoy día se cambia como un problema para la manutención de las inequidades y los ilegítimos privilegios, consolidando una transición compleja en Brasil.

Abstract: The process of consolidation of the institutions of law democratic state of right and the possibility of its change, occur by the "democratic revolution". The democratic regime implies the appearance of errors, because being a form of manipulation of the capital to perpetuate the domination, nowadays changes like a problem for the manutención of the inequide and the illegitimate privileges, consolidating a complex transition in Brazil.

Tenho por "revolução democrática", no atual período histórico, o processo de consolidação das atuais instituições do Estado Democrático de Direito, cuja solidez permita —pelos mecanismos democráticos republicanos—, não só a sua conservação consensual, mas também a possibilidade da sua mudança legítima pela vontade da maioria.

Mudanças para mais democracia, para a construção de instituições democráticas ainda mais aperfeiçoadas, na quais a maioria (o povo, a "plebe", portanto) tenha cada vez mais força política e mais autonomia para fazer valer - por participação direta e delegada - os seus direitos inscritos nas constituições modernas. Mais além do debate que se trava sobre ética pública (ou o "fim do PT" como querem os nossos adversários mais duros e muito bem representados em toda a crônica política nacional). Mais além do "saneamento das instituições" demandado por conhecidas figuras de histórica probidade pública (inclusive no brilhante trabalho que fizeram nas privatizações selvagens). Mais além, ainda, do esforço honesto e necessário que outros vêm fazendo para investigar e provar ilegalidades (mesmo que este esforço tenha sido considerado irrelevante em outras épocas), o que se trava no país, hoje, é uma luta política sobre os rumos da nossa revolução democrática, num país que sempre teve as suas instituições atravessadas por surtos maiores ou menores de corrupção, abuso de poder, uso da máquina pública para fins eleitorais ou meramente privados e esvaziamento da força normativa da Constituição.

É óbvio que a potência que alcançou o esforço do combate aos "caixas 2" está sendo usado especificamente contra o PT, mas isso não é ruim nem para o país nem para o PT. Para o PT, porque ele vai se policiar muito mais moralmente e poderá criar uma cultura interna de resistência à tentação da ilegalidade. Para o país, porque este processo abre jurisprudências irreversíveis: os financiamentos ilegais vão reduzir muito, o que ajuda a democracia e promove mais qualidade nas disputas eleitorais, não somente entre os partidos, mas internamente aos partidos nas eleições proporcionais.

As próximas eleições presidenciais terão uma importância decisiva para o futuro da revolução democrática no Brasil. Não se trata, porém, a partir da disputa que se aproxima, de fazer qualquer previsão alarmista, pela qual se poderia concluir que há uma perspectiva de "caos político-social", pronunciamentos militares ou mesmo a possibilidade de deterioração das instituições democráticas. Quem não acompanha o que ocorre no mundo e só lê os jornais brasileiros pode pensar que somos, como país democrático, uma lamentável exceção. Refiro-me à prática de ilegalidades, irregularidades ou a eventuais abusos de poder, cometidos pelos agentes públicos em todos os níveis. Conclusão errônea. Quanto mais democrático o regime, quanto mais livre a imprensa, quanto mais "aberta" a sociedade, mais aparecem desvios, condutas irregulares, erros, ilegalidades, que sempre estiveram presentes naquele segundo nível de poder obscuro ("invisível" ou das trevas, como diria Bobbio), que está instalado em qualquer tipo de Estado.

Hoje mesmo, em dois países altamente desenvolvidos (EUA e Itália), pipocam pela imprensa denúncias -verdadeiras ou não- a respeito de vícios que até agora parecem ser insanáveis nas instituições do Estado. Seguramente nos Estados Unidos a democracia está mais ameaçada do que na Itália. Não pelas denúncias de corrupção, mas pelas restrições autoritárias da política antiterrorista de Bush, que estão longe de serem desenhadas pela constituição americana. Mesmo assim, o mais provável é que ambos os países tenham a sua vida democrática ainda mais valorizada no próximo período. A verdade é que a presença permanente das questões relacionadas com a ética pública na imprensa do país —independentemente dos erros informativos ou inverdades—, só demonstra que a nossa democracia está ficando mais sólida. Também é certo que quanto mais aguda a crise social no presente imediato, normalmente mais oportunistas e superficiais são os debates, que, quase sempre, deixam de lado a disputa de concepções sobre as questões estruturais de longo curso, que se vinculam ao "projeto de nação".

A partir de 88 as políticas públicas básicas melhoraram, embora ainda deixem muito a desejar. Mas a concentração de renda continua forte e a insegurança urbana segue sendo é um problema grave. Por isso as variadas experiências de governo ocorridas no Brasil depois da Constituição de 88, embora tenham ajudado o fortalecimento da nossa democracia, tem influenciado pouco

na renovação das nossas elites: o "apartheid" social não foi vencido e abrem-se zonas de anomia cada vez maiores nas regiões mais pobres das grandes cidades. Esta exclusão social ampla, como a que temos no Brasil, seguramente restringe a renovação das elites políticas e dificulta a emergência de lideranças nos diversos campos de representação social. Neste quadro, o PT (Partido dos Trabalhadores) e o PSDB (Partido da So-cial-Democracia Brasileira) polarizam as duas alternativas de futuro para um novo passo adiante. Por esses caminhos ou descaminhos, por essas ironias da História de que nos falava Isaac Deutscher, por essas indeterminações sartreanas da existência, dois partidos *com programas do governo pelo menos formalmente semelhantes* vão se confrontar duramente.

E o farão com sistemas de alianças diferentes e discursos políticos opostos. A vitória de um ou de outro produzirá efeitos diversos sobre o futuro do país. PT e PSDB distinguem-se pela base social que formaram nos seus processos constitutivos enquanto partidos. Estas bases imprimem pressões de conteúdos diferentes e sentidos estratégicos alternativos a seus governos. Embora possa tentar, o PSDB não conseguirá se distinguir do PT e ser o novo campeão da moralidade pública, que aliás todos os partidos formalmente defendem. As diferenças entre os governos —de um ou de outro partido—, serão determinadas pela relação social e política que eles mantêm com as forças sociais que têm capacidade de lhes influenciar e que estão na origem da sua história política. Sem o objetivo de simplificar, poderia se dizer que as pressões mais "potentes" (ou "perigosas", segundo outra ótica) sobre o PT, vem da CUT, da UNE, do MST, dos trabalhadores organizados, da intelectualidade de esquerda, das classes médias baixas que compõem a base histórica do petismo. De outra parte, as pressões mais intensas e com mais capacidade de influenciarem o PSDB, vêm das classes médias altas, dos "compradores da Daslu"¹, da intelectualidade democrática privatista, dos setores sociais que imaginam que a insegurança urbana pode ser resolvida pelo fortalecimento da polícia e pelo direito das pessoas portarem armas.

São, todas elas, comunidades de pressão legítimas e fortes, mas que geram independentemente dos programas de governo dos partidos respectivos caminhos completamente diferentes para o país. Isso pode ser demonstrado, desde logo, pela comparação do que foram os governos FHC e o que é o governo Lula. Mesmo que se considere semelhanças entre as políticas econômicas de ambos os governos, a drenagem dos recursos resultantes destas políticas foi direcionada para canais diferentes: o governo FHC² usou massas enormes de recursos para financiar privatizações, o governo Lula para o Bolsa Família; o governo FHC secou recursos para a Universidade Pública, o governo Lula melhorou, e muito, o seu financiamento; o governo FHC melhorou o financiamento do ensino fundamental, o governo Lula quer ampliá-lo para todo o ensino básico através

¹ Butique paulista que comercializa roupas de griffe até helicópteros.

² Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente brasileiro, do PSDB

do FUNDEB³; o governo FHC pouco fez para melhorar o financiamento dos "pequenos", o governo Lula aumentou o crédito direcionado e ampliou radicalmente o financiamento da agricultura familiar. O governo FHC endividou o país com o FMI para financiar a sua sobrevivência política, o governo Lula pagou a conta com os recursos que o Estado poupou, para liberar-se da tutela do FMI. O governo FHC arrochou o salário mínimo, o governo Lula melhorou-o substancialmente, o que exerce uma poderosa influência sobre os gastos da previdência e sobre o poder aquisitivo dos mais pobres.

Esta eleição consolidará o processo de revolução democrática no Brasil numa ou noutra direção. Se ela será mais plebéia e popular ou mais jurídico-formal e elitista; mais substantiva ou mais retórica; mais "moderna", no sentido que o liberalismo econômico vem emprestando a este termo, ou mais "moderna" naquele conteúdo que as políticas sociais-democratas cunharam a partir da 2ª. Guerra. Deste processo, resultarão coesões sociais de qualidades diferentes, impasses políticos de natureza diversa nos próximos períodos e espaços de influência, maiores ou menores, para as classes populares no interior do regime liberal-democrático vigente. Não é indiferente para o futuro da democracia no Brasil eleger o PT ou o PSDB, por mais que fique "dialeticamente" demonstrado que o é, pelos analistas de uma parte da esquerda apontada como "mais radical", seja ela a "yuppie" —esquerdista originária do trotskysmo libelu⁴ (4)—, seja ela a acadêmica saudosista (que ainda não se libertou do conceito de "democracia popular"). Com suas grandezas e seus limites, com seus defeitos e seus aportes para a modernização política do país, estes dois partidos que vem ajudando a consolidar uma transição mais complexa do que a espanhola e tão difícil como a chilena-promoverão, pelos seus eventuais governos, uma relação de forças entre as classes populares e as "classes altas" *totalmente diferente. A mesa da democracia moderna, consolidada no não distante ano de 1919 (Constituição de Weimar) poderá ter comensais com direitos efetivos mais equivalentes ou mais desiguais. Isso pode parecer pouco para uma parte da esquerda que faz as suas análises com os olhos numa outra época. Nela, quando o Leste ainda não tinha mostrado a face do seu fracasso, poderia ser defendido com brilho que a democracia era uma mera manipulação do capital para perpetuar a sua dominação. Hoje, na verdade, a democracia é um grave problema para a manutenção das iniquidades sociais e dos ilegítimos privilégios de classe, aqueles que se alimentam da exclusão e petrificam as desigualdades. (Texto publicado inicialmente no Jornal do Brasil, em 30/01/2006).

³ Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica

⁴ Tendência "Liberdade e Luta", surgida no período da ditadura militar

NOTAS

THINKING OF LAW IN/AND LATIN AMÉRICA

ALEXIS MARTHA CEPEDA DUARTE¹

El 4 de marzo del año 2005 tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, en Cambridge Massachusetts, Estados Unidos de América, el taller *Thinking of law in/and Latin América*, el cual fue organizado por David Kennedy², Alvaro Santos y Arnulf Becker³, miembros del departamento de *Harvard Latin American Law Society* en asociación con *David Rockefeller Center for Latin American Studies*.

Ochenta y dos personas fueron invitadas a participar en cuatro mesas redondas, cuya formación era muy variada, puesto que entre ellos se contaba con juristas, sociólogos, politicólogos e historiadores. Entre los participantes estaban presentes: Máximo Langer, Joaquim Falcão, Diego Lopez, Martín Saavedra, Calixto Salomão, Gerald Torres, Frank Valdés y Charles Venetor. Crítica Jurídica estuvo presente y realizó estas notas para sus lectores.

Las intervenciones fueron múltiples y variadas, y sería imposible llegar a una conclusión definitiva. Es por ello, que algunos extractos de lo que se dijo se presentan más adelante.

La sesión de apertura fue presidida por David Kennedy y David Trubeck. David Kennedy explicó que el taller fue idea de Alvaro Santos y Arnulf Becker y que estaba impresionado con la visión de ambos de realizar un encuentro donde se pudiera hablar de manera abierta sobre las cosas, como una explosión de intercambios culturales. También dijo que, aunque era un encuentro sobre América Latina, éste había nacido técnicamente en el Centro de Estudios Europeos, mas estaba envuelto por una larga historia de eruditos académicos sobre América Latina. David Trubeck habló con nostalgia y comentó que ya habían pasado cuarenta años desde que tuvo su primer contacto con el derecho Latinoamericano. Expresó la ironía de que el taller naciera en el Centro de Estudios Europeos y luego prosiguió diciendo que dicho taller debió haber tenido lugar años atrás y que el centro debería llamarse “Estudio Global de Derecho en Harvard”.

La segunda sesión de apertura fue presidida por Duncan Kennedy⁴ quien dijo, respecto del derecho en América Latina, que discutir y describirlo, son tareas plausibles. Pero lo más importante es la relación entre la moral y el derecho en América Latina, y sus relaciones con la sociedad. Hablar de las fuerzas y debilidades del derecho, implica que hablemos de crítica jurídica. Lo cual

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Intercontinental, México; reportera para Crítica Jurídica.

² Director de European Law Research Center en Harvard.

³ Ambos dedicados a trabajar en sus tesis doctorales en Harvard.

⁴ Profesor de la Escuela de Derecho en Harvard.

significa que los juristas críticos deben resistir un derecho que se les enfrenta en la realidad, pero no es tarea de los juristas apropiarse de esa realidad. Resistencia sin apropiación de la realidad.

Primera mesa: Siguiendo un mapa del derecho en América Latina

En las informaciones sobre el coloquio que formularon los organizadores, decían que las reflexiones sobre el derecho Latinoamericano son comúnmente vistas desde una variedad de acercamientos, escuelas de pensamiento y disciplinas jurídicas; cada una de ellas articulando la distinción del derecho Latinoamericano de un modo en particular. Esta mesa seguirá un mapa de las imágenes alternativas del derecho en América Latina, explorando sus similitudes y diferencias, así como lo que está en juego y las consecuencias de escoger entre los diferentes tipos de representación.

Las preguntas a responder: ¿Estamos frente a un panorama de recepciones y mal entendiendo las ideas jurídicas extranjeras; o frente a apropiaciones y canibalismo jurídico regional? ¿Es este un mapa que muestra las fronteras del pensamiento jurídico o la lealtad de los juristas latinoamericanos con el “mundo exterior”, un mapa de cánones jurídicos, o un mapa de prácticas jurídicas?

El moderador de esta mesa fue Jorge Esquirol, *Florida International University* y los participantes fueron: Diego López Medina y Liliana Obregón, Universidad de Los Andes, Colombia; Alejandro Garro, *Columbia Law School*; Charles Venetor, *Ithaca College*; Florian Hoffmann, Universidad Católica de Río de Janeiro, Brasil; Calixto Salomão, Universidad de São Paulo; y, Joaquim Flacão, *Fundação Getulio Vargas Law School* en Rio de Janeiro.

Segunda mesa: Críticas del derecho en América Latina

¿Qué es lo que queremos decir con “crítica del derecho” en América Latina? ¿Podemos hablar de la crítica de la práctica o la “tradición”, la “escuela”, o el “movimiento” particular de América Latina, de la misma manera que se ha hablado del anti-formalismo francés, la escuela de pensamiento libre alemán, el realismo jurídico americano y escandinavo, un movimiento de estudios críticos en los Estados Unidos, un uso alternativo del derecho en Italia? ¿Cuáles han sido las teorías críticas más influenciales sobre los eruditos jurídicos en América Latina?

Las sociedades de América Latina comúnmente están caracterizadas por su pronunciada desigualdad económica y exclusión social organizada por jerarquías de clase, raza y género. Sin embargo, sorprendentemente, existe muy poca crítica de parte de los eruditos jurídicos sobre si el rol del derecho está creando las fronteras, las distinciones y las prácticas que producen, organizan y mantienen estas condiciones. ¿Cómo podemos responder a este fenómeno? ¿Como podemos relacionarnos con esta falta de crítica a las academias jurídicas y

sus instituciones? ¿Qué podemos decir sobre la manera en que la enseñanza del derecho y los trabajos de investigación están estructurados?

El moderador de esta mesa fue Duncan Kennedy, *Harvard University* y los participantes fueron: Oscar Correas, Universidad Nacional Autónoma de México; Gerald Torres, *University of Texas School of Law*; Frank Valdés, *University of Miami School of Law*; Ángel Oquendo, *University of Berkeley*; Paulo Daflón Barrozo, *Harvard Law School*; y, Martín Saavedra, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Tercera mesa: Cambio jurídico y social

Los movimientos sociales y juristas progresistas en la región, a menudo han abrazado la idea de una reforma jurídica, tanto por sus efectos simbólicos como por ser un instrumento de cambio social. Esta idea es quizás paradójica en una región donde el derecho es rutinariamente desobedecido, donde la mayoría de sus ciudadanos no tienen acceso a un sistema jurídico y donde el estado ha sido históricamente criticado por su inhabilidad de hacer cumplir la ley. Esta antinomia de fe e incredulidad marca esta hipótesis sobre el derecho en América Latina. Deseos de un cambio social parecen estar satisfechos por leyes progresistas, tales como las nuevas y muchas veces generosas constituciones. Mientras que estos textos parecen ser relegados a un ámbito de aspiraciones, el impulso hacia una reforma jurídica quizá hace como que no ve los efectos legitimantes y desmovilizadores de las causas de emancipación política ganadas como victorias jurídicas. Sin embargo, tanto los grupos base como las organizaciones internacionales se rehusan a ser desilusionados y proponen la reforma jurídica como un motor para un cambio social.

El moderador de esta mesa fue David Trubek, *Winsconsin Law School* y los participantes fueron: Hugo Rojas, Universidad Alberto Hurtado, Chile; Farid Samir Benavides, *University of Massachusetts*; James Cavallaro y Julieta Lemaitre, *Harvard Law School*; Helena Alviar, Universidad de los Andes, Colombia; Keren Engle, *University of Texas School of Law*; y, Larissa Adler, Universidad Nacional Autónoma de México.

Cuarta mesa: Cuando la renovación se repite... América Latina como una región para reformar

A pesar de la multiplicidad de opiniones contrastantes, hay patrones similares de argumentación; existe una estructura de narrativa común acerca del derecho en América Latina. En algunas instancias, la crisis es mordazmente utilizado por los eruditos jurídicos y políticos locales, instituciones extranjeras de ayuda y comentaristas como una expresión de la inhabilidad del derecho para atacar los problemas sociales, políticos o económicos de América Latina. Sin

embargo, la crisis no quiere decir el sustituir el análisis jurídico o legal, sino que quiere decir renovarlo. La condena periódica de la educación formal jurídica, leyes anticuadas, teorías jurídicas fuera de moda o constituciones antidemocráticas, dan pie a la importación de las últimas ortodoxias para mantener una nueva torrente de reformas jurídicas. ¿Cuáles son las continuidades junto a las diferentes olas de crisis y renovación? ¿Qué entendimientos internos ganamos si pensamos en los actuales esfuerzos de reformación —en la educación jurídica, el procedimiento penal, la revisión jurídica en las organizaciones de la judicatura, etcétera—, desde las amplias perspectivas de los ciclos de crisis y renovación?

El moderador de esta mesa fue David Kennedy, *Harvard University* y los participantes fueron: Joe Thome y Louise Trubek, *Wisconsin University*; Miguel Schor, *Suffolk University School of Law*; Javier Couso, Universidad Diego Portales, Chile; Alejandro Posadas, Centro de Investigación y Docencia en Economía, México; Máximo Länger, *University of California School of Law*; Antonio Benjamín, asistente del Procurador General del Estado de São Paulo, Brasil; y, Daniel Bonilla, Universidad de los Andes, Colombia.

Extractos de algunas participaciones

1. Localizando el mapa en el derecho latinoamericano⁵

En la medida en que me ha sido posible identificar los objetivos o propósitos de los organizadores de este encuentro entre “latinoamericanistas” (como se suele llamar en los Estados Unidos a aquellos que se ocupan o al menos se interesan en los avatares por los que atraviesa nuestra región), lo primero que habría que debatir es la noción misma de “derecho latinoamericano”, ocupándose de sus características distintivas frente a otros sistemas jurídicos (v.gr., europeo, estadounidense, o, por qué no, asiático o africano). Para ello habría que comenzar por destacar cuáles han sido los mitos más arraigados acerca de lo que se entiende por “derecho” en esta región identificada, desde los Estados Unidos, Europa u otras regiones, como “América Latina”, reseñando cuáles han sido sus cánones (*legal canons*) y prácticas jurídicas.

La herencia romanista es la que identifica a los países de América Latina como pertenecientes a la familia del “Civil Law”, o derecho neo-romanista, de origen continental europeo. Durante unos 300 años de dominación colonial puede decirse que existía un “derecho latinoamericano” vigente en los países que hoy conforman la América Central y América del Sur, una especie de *jus commune* bajo la forma de recopilaciones de ordenanzas o cédulas reales, o bien a través de la fuerza persuasiva de los comentarios de jurisconsultos romanos (que en el

⁵ Alejandro M. Garro, profesor de derecho comparado, *Columbia University*, garro@law.columbia.edu.

caso del Brasil tuvieron un impacto significativo a través de la *Lei de Boa Racao*), o bien bajo el ropaje castellano que le brindó la *Ley de Siete Partidas*.

Después de obtener su independencia política de España y Portugal, entre los albores de los 1800s y los 1820s, ese “derecho común” de América Latina se fragmenta en diversos ordenamientos jurídicos, que hasta el día de hoy se encuentran unidos por una identidad cultural que le brinda un idioma común, un proceso de codificación inspirados en la epopeya jurídica napoleónica, una tortuosa historia constitucional modelada en un principio en el constitucionalismo norteamericano (que para 1803 ya había afirmado, en *Marbury vs. Madison*, el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de leyes y decretos), y, características culturales comunes reflejada en una retórica similar acerca del “Estado de Derecho” combinada con una dificultad en obtener una genuina obediencia a la ley. Hoy en día, las características comunes desde la perspectiva de los Estados Unidos y los países industrializados es la de “mercados emergentes” que luchan por afirmar un genuino impero de la ley (*Rule of Law*) que brinde la seguridad jurídica imprescindible a toda economía de libre mercado.

Hay más de una representación o imagen del derecho Latinoamericano, dependiendo del punto de vista que adopte el observador. Aquél que como el suscripto no lo vive “desde adentro” sino en términos de comparación con la imagen o representación del derecho en los Estados Unidos y países de Europa occidental, el “derecho latinoamericano” puede representarse como una maquinaria que no funciona con la agilidad, accesibilidad y ecuanimidad que se ha pretendido darle, sino que choca constantemente con una cultura de corrupción, personalismo y, en algunos casos extremos, la violencia que se institucionaliza a medida en que la pobreza y bajo nivel de educación de sectores cada vez más amplios de la población se sienten y son marginados del proceso político que solo maneja una “élite” y un sistema jurídico al que sólo pueden acceder aquellos que tienen “conexiones” con gente en el poder. A esta imagen, pesimista pero real, es la que enfrentan todos aquellos que aspira a que el derecho pueda servir como un instrumento de cambio económico, social y político que pueda brindar a los países de América Latina la prosperidad económica, justicia social y la igualdad de derechos y oportunidades prometida en sus constituciones.

2. La unificación haitiana y el derecho latinoamericano⁶

Haití fue quizás el primer país latinoamericano en desarrollar una interpretación distintiva del derecho que estaba informada por los eventos revolucionarios locales. A diferencia de otros países latinoamericanos, el proyecto haitiano partió de la supuesta creación de un derecho distintivo la cual reconoce-

⁶ Charles R. Venator Santiago, *Políticas Departamente, Ithaca College*, csantiago@ithaca.edu. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

ría la humanidad de anteriormente esclavos y sujetos históricamente oprimidos. En mi opinión, el proceso que comenzó en 1791 alcanzó su vértice jurídico durante la unificación haitiana de la isla conocida como Santo Domingo a La Española entre 1822 y 1844. Es mi convicción que los debates jurídicos moldeando la formación de las leyes y la constitución haitiana merecen una investigación adicional, e incorporación dentro de cualquier debate relacionado con la representación del derecho en Latinoamérica. Esta historia jurídica ha sido llamada por demasiado tiempo.

3. Derecho, investigación y enseñanza del derecho⁷

Sólo el dos por ciento de los fondos que se gastan en investigación en el mundo corresponden a estudios desarrollados en América Latina. Este es uno de los problemas por los cuales los aportes desde América Latina al pensamiento jurídico son tan reducidos, en comparación con otros centros de estudio.

Además, no todos los profesores se dedican a investigar, y muchos de ellos lo hacen como una actividad ad honorem y complementaria a sus actividades profesionales.

Otro punto interesante de estudiar tiene que ver con la selección de los profesores en las Escuelas de Derecho, las que en su mayoría tienen fama de conservadoras y vinculadas a la clase dominante, de modo que los profesores realmente progresistas son la minoría, aunque esta percepción es preliminar y requiere ser constatada con los datos reales.

4. El Estado de Derecho y las Clínicas de Derecho de Interés Público en Latinoamérica⁸

Los pilares de un Estado de Derecho legítimo son la razón y la voluntad. La primera, exige que sus procedimientos y reglas no sean irracionales, esto es, que aprueben el examen de alguna de las acepciones con la que se usa este término, v. gr., la eficiencia y la igualdad. La segunda, que éstos pasen el examen democrático, esto es, que sean producto de alguna de las múltiples formas en la que se entiende o se evidencia el consentimiento popular, v.gr., la mayoría simple, la mayoría calificada y el consenso. La interacción entre estos dos valores fundamentales del Estado de Derecho genera una dinámica de crítica y reforma que lo mantiene en constante transformación. Por un lado, la razón debe limitar las pasiones irracionales de los individuos y de los grupos sociales. Por el otro, la voluntad debe neutralizar los intentos de las diversas facciones que coexisten

⁷ Hugo Rojas Corral, Universidad Alberto Hurtado, Chile, hugorojascorral@hotmail.com

⁸ Daniel Bonilla, Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, dbonilla@uniandes.edu.co

en un Estado de Derecho por hacer que sus intereses sean los únicos que se reflejen en el ordenamiento jurídico y en las instituciones políticas. Ahora bien, en tanto que los seres humanos no están nunca libres de pasiones que ponen en cuestión a la razón y a la voluntad, los procesos de crítica y reforma en un Estado de Derecho no tienen fin, no pueden tener fin. Así, el hacer coincidir razón y voluntad es un ideal básico en un Estado de Derecho democrático, aunque éste sea un ideal destinado al fracaso.

Las continuas reformas legales en Latinoamérica pueden verse, desde el punto de vista interno de los actores políticos y jurídicos que las articulan, como el producto de un déficit de razón o de voluntad en las normas jurídicas o en las instituciones que le dan forma a los Estados de la región. Estas perspectivas críticas y estos esfuerzos de reforma pueden tener los más variados orígenes: las instituciones estatales mismas, la sociedad civil (universidades, sindicatos, gremios, organizaciones no gubernamentales, etc.), las organizaciones internacionales u otros Estados. Estos actores político-jurídicos, individual o colectivamente y de manera cíclica, denuncian que ciertas normas jurídicas o instituciones políticas son ilegítimas en tanto que no satisfacen la manera como ellos llenan de contenido a las categorías razón y voluntad. Así, por ejemplo, los continuos intentos por reformar la administración de justicia de los Estados latinoamericanos surgen de las críticas articuladas desde los años 70', entre otros, por grupos de académicos, los jueces mismos, el ejecutivo y el gobierno de los Estados Unidos, quienes han considerado que el sistema de justicia no es eficiente, no respeta el principio de igualdad o responde únicamente a los intereses de las élites económicas y políticas nacionales e internacionales.

Uno de los espacios en donde el ciclo de crítica y reforma se ha venido desarrollado en los últimos años en Latinoamérica es el de la educación jurídica, particularmente en lo relacionado con las clínicas de derecho de interés público. En los últimos cinco años grupos de académicos latinoamericanos y estadounidenses pertenecientes a las Universidades de los Andes, del Rosario, Diego Portales, Palermo y Columbia, entre otras, y organizaciones internacionales como las fundaciones Soros y Ford, han venido impulsando la creación o la consolidación de clínicas de derecho de interés público en los países de la región. Para aquellos involucrados, este objetivo se fundamenta en que la educación jurídica latinoamericana, legalmente regulada y fundamental para la reproducción del Estado de Derecho, no pasa el examen de la razón. Los académicos y las instituciones involucrados en este proceso argumentan que la educación legal que se ofrece en nuestros países no permite que los estudiantes desarrollen destrezas centrales para ser un buen abogado, no ofrece un contexto para los conocimientos que imparte y/o no está en conexión con las necesidades sociales de los latinoamericanos o, cuando lo está, cumple con un objetivo plausible pero limitado: la defensa de los intereses individuales de personas de bajos recursos. Para quienes están comprometidos en este proceso las clínicas de derecho de interés público son la solución

adecuada para el problema; éstas ofrecen una educación en la práctica que le permite al estudiante desarrollar destrezas, evidencian el contexto en donde el derecho es creado y aplicado y tienen como objetivo la defensa de intereses colectivos, y a través de este medio, la creación de una sociedad mas justa.

5. Globalización, colonialismo y estado⁹

En un artículo publicado en 2000, el sociólogo peruano Anibal Quijano analizó la pregunta sobre el poder del colonialismo en América Latina en relación con la idea de la modernidad eurocentrista. En este artículo, Quijano utiliza el concepto del poder del colonialismo para mostrar los elementos coloniales en el modelo del poder que hoy es una hegemonía global. Quijano muestra la racista constitución de identidades, con una distribución racista de labor y las formas de explotación del capitalismo colonial. El derecho ha sido central en la imposición de la modernidad europea y a la imposición de la idea europea de gobierno.

El uso de la tradición española del derecho fue instrumental en la consolidación de un modelo capitalista de derecho en la región y en la creación de una situación de dependencia de los europeos y el núcleo central. El derecho latinoamericano fue creado bajo el modelo del derecho europeo; las diferencias existentes entre los sujetos fueron fusionadas bajo la idea del sujeto de derecho, que fue entendido en la misma manera como el sujeto bajo la nación: esto es, el hombre blanco de ascendencia española o europea.

En relación con los pueblos indígenas o antiguos esclavos, la ley los trató como no sujetos, esto es, otros a ser educados o dejados fuera de los confines de la nación latinoamericana. Este aspecto del estado y el derecho fueron olvidados en el análisis de los desarrollistas o los teóricos de la dependencia. Por una parte, para los desarrollistas, el estado era central en el proceso de modernización y civilización; el trágico extremo de esta manifestación puede ser encontrada en el proyecto civilizador de las dictaduras latinoamericanas, en particular en el cono sur. Sin embargo, del lado de los teóricos de la dependencia, el estado se convirtió en tan sólo un instrumento en las manos de la burguesía, sin prestar atención a los discursos ricos del análisis marxista acerca de la autonomía relativa del estado y por ese motivo, el carácter relativamente autónomo del derecho.

El proyecto de globalización fue usado por el estado como parte de su estrategia. A través de un proceso de intervención apuntando a asegurar la no intervención del estado, el proyecto de globalización fue usado por el derecho como parte de un proceso de homogeneización y estabilidad de los mercados. En la nueva idea del desarrollo, el estado ha sido usado como un agente cuya presencia ha sido limitada a asegurar su ausencia. Cuando vemos a los sujetos que están sien-

⁹ Farid Samir Benavides-Vanegas, Candidato a doctorado en Ciencia Política, Universidad de Massachusetts. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

do constituidos en esto proyectos, lo que vemos es que existen algunos elementos coloniales en el poder del derecho.

Tomando la idea de Quijano acerca del poder del colonialismo, vemos que los elementos coloniales que existen en el proyecto de globalización y las continuidades que podemos encontrar en estos tres proyectos, si utilizamos una perspectiva de larga duración. Una perspectiva occidental, siguiendo a Mignolo y a Coronil, nos permite encontrar que en el derecho existen elementos que son centrales en la occidentalización de América Latina y la “otraización” de sus pueblos.

6. Algunas observaciones

Podría decirse, sin reserva alguna, que talleres como este deberían ser organizados con mayor frecuencia. Los jóvenes juristas tienen mucho que aportar, puesto que el mundo va cambiando, jurídicamente, día con día. Debido a la globalización el mundo cada vez es más pequeño, por tanto, es imperativo convocar a las voces que quizás podrán ofrecernos un mundo mejor, en el ámbito jurídico.

Todos conocemos las injusticias que la mayoría de los países han vivido. Todos sabemos que la represión vive entre nosotros. Pero el momento ha llegado de expresarnos, de reunirnos y dialogar; aprender los unos de los otros, entender el marco jurídico de cada país para así mejorar el propio.

Thinking of law in/and Latin America fue quizá el comienzo de esta visión. Al taller asistieron personas tanto de Estados Unidos, muchos de ellos latinoamericanos estudiando doctorados, como personas de toda América Latina. Las aportaciones fueron variadas y vívidas, expresando las preocupaciones actuales de cada país del cual llegaron. El tiempo fue demasiado corto para tanta información, puesto que muchas preguntas se quedaron sin responder.

Para Crítica Jurídica, fue una gran experiencia el poder compartir con todos ellos este taller y nos gustaría mucho que no sea el único en su género, sino el primero.

EL EPR EN MÉXICO; SU DISCURSO POLÍTICO Y EL DISCURSO DEL ESTADO¹

BENITO JOSÉ MANRÍQUEZ MONTES²

Uno de los principales problemas que enfrenta el gobierno mexicano es las situaciones como la pobreza, la inseguridad, crisis económicas, falta de viviendas, desempleo, descuido del campo para hacerlo producir, entre muchas cosas más.

Esto ha generado protestas sociales en todos los sentidos; manifestaciones callejeras en el zócalo de la ciudad de México, hasta tomas de carreteras en los estados de la república y, principalmente, la aparición pública de grupos armados como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el Ejército Popular Revolucionario (EPR), el Ejército Revolucionario del Pueblo Insurgente (ERPI), entre muchos más que existen en el país.

Las acciones armadas propagandísticas de grupos como el EPR, las Fuerzas Armadas Revolucionarias del Pueblo (FARP) y el ERPI, tienen la característica común de plasmar su descontento por las políticas neoliberales que se aplican en el país y una reivindicación de los derechos sociales, políticos, económicos y culturales de los grupos indígenas del país.

A luz de la situación antes descrita, el presente ensayo tiene el objetivo de realizar un análisis informativo sobre los grupos armados de México a través de revistas especializadas de circulación nacional, así como de algunas páginas de Internet. Particularmente destacaré las actividades del autodenominado Ejército Popular Revolucionario, EPR, que en este caso, será mi objeto de estudio. Asimismo realizaré un balance de los objetivos políticos y militares que tiene el EPR en México y las políticas aplicadas por el estado para combatir a este tipo de organizaciones mediante el uso de la violencia que utilizan los denominados "grupos de inteligencia" como la PFP, el estado mayor presidencial, el CISEN, la Sedena y la Unidad Especializada contra la Delincuencia Organizada (UEDO) que mediante el espionaje, la militarización e incluso el rastreo vía internet de la información que envían grupos subversivos a simpatizantes o militantes, funcionan como una arma de coerción para la población que se opone a los intereses y políticas establecidas por algunos grupos hegemónicos afianzados en el poder.

En agosto de 1996 se hace público el manifiesto llamado "Programa Político del PDPR y del EPR" que presenta los objetivos de lucha y políticos del

¹ El presente texto es un trabajo escolar —Sociología Jurídica— y el tema, que debía tratar sobre el estado y el derecho, fue elección de los estudiantes del curso. *Crítica Jurídica* lo publica porque resulta altamente esclarecedor de las preocupaciones de —algunos— estudiantes de la UNAM.

² Estudiante de Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, . www.manriquezbs@yahoo.com.mx

Partido Democrático Popular Revolucionario (PDPR) y del Ejército Popular Revolucionario (EPR) como una guerrilla que enfrentará a las políticas neoliberales aplicadas desde el sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari. La lucha del EPR tiene como precedente ideológico o de lucha el ideario de personajes históricos como Benito Juárez, Ricardo Flores Magón, Emiliano Zapata y Francisco Villa, entre otros.

La guerrilla en el estado de Guerrero tiene ya mucho tiempo de haber surgido, podemos recordar a grandes personajes como Vicente Guerrero, Juan Álvarez, Lucio Cabañas y Genaro Vázquez, estos dos últimos guerrilleros que lucharon por conseguir mejores formas de vida para las comunidades indígenas de la región. Por ello no es asombroso que el Estado de Guerrero sea ahora el principal centro de operación del EPR, además de que es uno de los estados en donde el autoritarismo, el caciquismo y las condiciones de pobreza de la población están más presentes que en otros estados de la república (excepto Oaxaca en donde también operan células del EPR y el ERPI y en Chiapas), debido a malas administraciones en los gobiernos que han estado presentes en la entidad, principalmente la del gobernador Rubén Figueroa Alcocer a quien se ha responsabilizado de la masacre de indígenas en la población de Aguas Blancas, y la de su padre, Rubén Figueroa Figueroa a los que se ha acusado de enriquecimiento ilícito por la explotación que han hecho en el estado, principalmente en sus reservas naturales. Por ejemplo, la devastación que han hecho de los bosques, lo que ha generado no solo el enriquecimiento ilícito de estos personajes sino que, además, de un pequeño grupo que vive cómodamente gracias a los despojos que sufren los indígenas por los caciques tradicionales, los cuales, cuando algún campesino o habitante del estado trata de impedir tales injusticias y saqueos, es encarcelado por sus ideales y considerado como un desestabilizador social que atenta contra la soberanía nacional.

Es conveniente mencionar que la guerrilla encabezada por el EPR en Guerrero, responde a un modelo tradicional de guerrilla armada. En este sentido destacan mecanismos de lucha en el que la guerrilla considera únicamente el uso de las armas para derrocar al gobierno en el poder y de esta forma instaurarse como un gobierno socialista que se sustenta en la ideología marxista-leninista en beneficio del pueblo, es decir, una guerrilla con planteamientos radicales.

Cabe destacar que, a diferencia del EZLN, que es una guerrilla con estrategias de lucha políticas y que no consideran prioritario el uso de las armas como único camino para lograr sus objetivos, el EPR, considera la lucha armada como parte fundamental de sus estrategias de lucha, incluso como el único medio para triunfar.

En el plano ideológico, al analizar el manifiesto que presentó la comandancia general del EPR a la opinión pública en agosto de 1996, y que ahora podemos encontrar en los medios electrónicos, observamos que tiene algunas contradicciones en su discurso. Por ejemplo; uno de los puntos que presenta como objetivo tras la toma del poder político en México es “crear una nueva constitu-

ción, que con base en la de 1917 deberá estar acorde al desarrollo histórico de la nación y deberá partir del interés social y estar encaminada a garantizar la igualdad de derechos ante la ley para todos los mexicanos” (Fuente www.epr.org).

Evidentemente encontramos que la postura que mantiene el EPR, es similar a la de muchos movimientos que han existido a lo largo de la historia. El discurso radical que encontramos en los manifiestos eperistas, termina diciéndonos que va a legitimar una constitución que no ha respondido a las expectativas de transformar a la sociedad mexicana al régimen socialista.

Como resultado de este tipo de planteamientos, encontramos que el discurso manejado por la comandancia general del EPR, respecto de la creación de una nueva constitución, legitima a la Constitución de 1917 como norma fundamental, pues la constitución que ellos pretenden crear, seguirá los pasos de ésta y, en tal caso, probablemente no estará respondiendo a los planteamientos que pretende el EPR, de arrancar de raíz las viejas prácticas hegemónicas de quienes ostentan el poder y que desafortunadamente, han empleado a la constitución para estos fines.

De igual forma, entre los puntos que presenta el discurso del EPR, está la creación de normas que regulen las nuevas relaciones de la sociedad, las cuales tendrán que cumplir los principios universales de igualdad, democracia y justicia social, lo que permitiría realizar un reordenamiento de la vida económica del país e impulsar las condiciones de igualdad social para todos los mexicanos. Tal vez en este planteamiento esté la creación de una constitución que no reconozca a la anterior de 1917 y que sea el resultado de la lucha armada y los planteamientos políticos que enarbola este grupo armado.

Empero, movimientos como el EPR, el EZLN, el ERPI, las FARP y otros que existen aún de forma clandestina en el país, son hostigados por el estado mexicano debido a que sus planteamientos tienen como finalidad abolir regímenes autoritarios que anteponen los intereses económicos a los sociales.

Como respuesta a estos movimientos encontramos, la creación de leyes que frenan la participación de los movimientos sociales. Únicamente debe de ser por las vías “institucionales” que presentan los representantes del estado, aún y cuando estas decisiones sean hechas por un pequeño grupo de personas, De no ser así la forma en entablar dialogo con las personas, se estaría cayendo en la intransigencia y en abrir caminos de diálogos con los sectores radicales de la población que para muchos deben de ser derrocados y exterminados.

Tal es el caso de la llamada “Ley de Derechos y Cultura Indígena”, la cual fue diseñada con la finalidad de aparentar que existe ya en el país una estabilidad política, social y económica que ofrece una buena imagen a los inversionistas.

La situación resulta ser más clara al analizar el comportamiento o lucha del EPR, que a pesar de las problemáticas que ha presentado en su consolidación como grupo organizado y de las fracturas que ha tenido prácticamente desde su aparición pública, no puede establecer una vía de diálogo con autoridades guber-

naméntales, pues los encargados de aplicarla la justicia en el estado de Guerrero son los caciques que los han dominado por mucho tiempo y que no van a permitir el acceso a los indígenas a lugares donde puedan manifestar su pensamiento sin tener que ser callados a la fuerza.

Dadas estas características podemos pensar, que muchos de los militantes del EPR nunca se han podido sentar a dialogar con los gobernadores anteriores, ni con el siguiente gobernador de Guerrero, René Juárez Cisneros, quien entre sus “grandes proyectos para el estado” estuvo el comprar, o hacer desaparecer, todas las revistas “Proceso Sur” que hablan mal de él y de su administración.

Asimismo, la guerra de baja intensidad que padecen muchos de estos grupos es cada vez más dura y férrea, principalmente bajo el pretexto del combate al narcotráfico. Y así es cómo la militarización se apodera de estos estados del país, demostrando nuevamente que el estado emplea el uso legítimo de la violencia que posee para detener a los que se rebelen a sus mandatos creando un terrorismo de estado capaz de realizar cualquier actividad para erigirse como dueño absoluto de la voluntad de los pueblos. Esto lo podemos constatar debido a que los aparatos que deberían de vigilar y aplicar las leyes en contra de grupos delictivos organizados, en una verdadera lucha contra narcotraficantes, tratantes de blancas, secuestradores, mafias que explotan a niños en el comercio sexual etcétera, sin olvidarnos, desde luego, de los “rateros de cuello blanco” que deambulan por las calles, muchos de ellos protegidos por la ley debido a que son altos funcionarios de la nación. Entendemos que estas fuerzas policíacas y militares están más pendientes de evitar que se den alzamientos de grupos que pongan en peligro la estabilidad del país.

Por último, quisiera hacer una pequeña reflexión del pensamiento de Lenin en relación con los países democráticos, “mientras más se diga un país que es democrático y en la realidad se demuestre lo contrario, más vil y ruin es el gobierno que impera a ese país”. *Sobre el Estado V.I Lenin*.

En México, con la reciente captura de supuestos integrantes del EPR y de las FARP en la Ciudad de México, encontramos que los planteamientos que analizó Lenin no están muy alejados de la realidad, pues como resultado de esas detenciones, la actual administración se alaba así misma de que está vigilando la soberanía nacional, cuando en realidad, la soberanía ha sido ya entregada a muchos países imperialistas que no solo invaden los mercados nacionales generando pobreza y miseria, sino que también se encargan de destruir los pasados culturales que tiene muchos estado con la finalidad de crear sociedades de consumo que enriquezcan aún más a las clases explotadoras del país y del extranjero.

Por último, es conveniente mencionar que las movilizaciones sociales, cada vez son más, y que no son exclusivamente de México, el cual por sus características es considerado como país subdesarrollado, (a pesar de que los últimos presidentes aseguren que estamos a punto de ingresar al primer mundo) y que tiene motivos para que su población se manifieste en contra de las políticas apli-

cadass, todo el mundo esta inconforme, desde sus particulares características con los mecanismos que presenta el imperialismo, el cual tendrán que crear los mecanismos adecuados para poder mantener la hegemonía que ostentan. Pero ¿por cuánto tiempo?

Bibliografía

Revista Milenio, el acento en política y mil cosas más, número 207, septiembre 3 de 2001. Artículo “La Comandancia General del EPR esta en el Valle de México” por Alfredo Joyner.

Revista PROCESO semanario de información y análisis, #1295 del 26 de agosto del 2001. Artículo “El EPR cambia la Táctica Viene la Guerra de Guerrillas” por José Gil Olmos.

Revista PROCESO semanario de información y análisis , #1296 del 2 de septiembre del 2001. Artículo “Listo el nuevo aparato antisubversivo” de Alejandro Gutiérrez.

Pagina de internet www.pdpr-epr.org.mx

Manriquez Montes Benito José

de cuenta 9536917-2.