



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Crítica Jurídica pertenece a Crítica Jurídica A. C. sociedad civil sin fines lucrativos de acuerdo con la legislación mexicana. A partir del número 25 es publicada en Ciudad Universitaria, Distrito Federal, México, representando un órgano científico jurídico oficial de Crítica Jurídica A. C. (México), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultades Integradas do Brail —UNIBRASIL, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (FIDH, España), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina) y las Facultades do Centro de Paraná —UCP, Pitanga-Paraná, Brasil.

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



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

No. 31

ENE/JUN 2011

COMPLEXO DE ENCINO SUPERIOR DO BRASIL

DIRECTORES:

DR. CLÊMERTON MERLÍN CLÈVE

DR. WILSON RAMOS FILHO

FACULTADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL.

DIRECTOR GERAL: DR. SÉRGIO FERRAZ DE LIMA

DIRECTOR ACADÉMICO: DR. LODÉRICO CULPI

COORDINAÇÃO CURSO DE DIREITO: PAULO RICARDO SCHIER

COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES ACADÉMICAS: MSC CAROL PRONER

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

DIRECTORA:

DRA. NORMA BLÁZQUEZ GRAF

FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PRESIDENTE:

DR. JOAQUÍN HERRERA FLORES

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES FACULTAD DE DERE-
CHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES

DIRECTORA:

DRA. MARY BELOFF

Primera impresión de esta edición: 2011

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

DISTRIBUIDO EN MÉXICO POR:

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

ISSN: 0188-3698

Director

Oscar Correas.

Secretaria General

Carol Proner.

Consejo Editorial

Clemerson Merlín Cleve (Universidade Federal do Paraná, Brasil)
David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla, España)
Edmundo Lima de Arruda Junior (Universidade do Santa Catarina, Brasil)
Eros Roberto Grau (Universidade do Sao Paulo, Brasil)
Fernando Tenorio Tagle (Universidad Autónoma Metropolitana, México)
Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, España)
Jorge Wtiker (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
José Rolando Emilio Ordóñez (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Rogério Viola Coelho (Centro do Pesquisa Democracia e Mundo de Trabalho, Brasil)
Wilson Ramos Filho (Universidade Federal do Paraná)
Augusto Sánchez Sandoval (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Carlos María Cárcova (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Carlos Rivera Lugo (Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Puerto Rico)
Jesús Antonio de la Torre Rangel (Universidad Autónoma de Aguascalientes, México)
Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná)
Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona, España)

Consejo Académico

Adolfo Sánchez Pereira (Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México)
Alejandro Santiago (UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México)
Alma Melgarito (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México)
Aníbal D'Auria (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

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

Juan-Ramón Capella (Universidad de Barcelona, España)
Lucio Oliver (Posgrado en Estudios Latinoamericanos, UNAM, México)
Luis Fernando Ávila (Tribunal Constitucional del Ecuador, Ecuador)
Manuel Jacques Parraguez (Universidad Bolivariana de Chile, Chile)
Marco Navas Alvear (Universidad Católica de Ecuador, Ecuador)
Margarita Favela (CEIICH, UNAM, México)
María Eugenia Padua (Universidad Autónoma de Guerrero, México)
Napoleón Conde (Facultad de Derecho, UNAM, México)
Nilda Garay (Universidad de Alicante, España)
Paulo Ricardo Schier (Complexo de Ensino Superior do Brasil-Unibrasil, Brasil)
Peter Fitzpatrick (Birkbeck College, University of London, Inglaterra)
Roque Carrión Wam (Universidad de Carabobo, Venezuela)
Víctor Mocayo (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)
Thanos Zartaloudis (Birkbeck College, University of London, Inglaterra)
Yoel Carrillo García (Universidad de Oriente, Cuba)

Consejo de Redacción

Carmen Sofía Hernández González (UNAM, México)
María Helena Hernández González (UNAM, México)
Pablo Perel (UBA, Argentina)
Rodrigo Quezada Goncen (UNAM, México)



Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

ÍNDICE

| | |
|--------------------------|----|
| Carta del director | 11 |
|--------------------------|----|

ARTÍCULOS

| | |
|---|-----------|
| Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos (Ideological Barriers for the Judicial Evaluation of Anthropological Experts' Reports). | |
| Luis Fernando Ávila Linzán | 15 |
| La enseñanza del Derecho desde la caja de herramientas Foucaultiana (The Teaching of Law from the Foucaultian Toolbox). | |
| Mauro Benente | 39 |
| Estados plurales y conflictividad en el Siglo XXI: las salidas institucionales (Plural States and Conflictivity in the 21th Century: Institutional Solutions). | |
| Gina Chávez Vallejo | 57 |

| | |
|---|------------|
| La construcción teórica de la discriminación étnica o racial en la Filosofía Política Ilustrada. Desde una perspectiva crítica (The Theoretical Construction of Ethnic or Racial Discrimination in Enlightenment's Political Philosophy from a Critical Perspective). Nilda Garay Montañez. | 79 |
| Abolicionismo molecular: un posible. . . (Molecular Abolitionism: a possible . . .). Ezequiel Kostenwein | 95 |
| El acoso moral empresarial como acto de violencia del poder privado: bienestar de las empresas y malestar laboral en Brasil (Corporate Moral Harassment as an Act of Violence from Private Powers: companies' Well-Being and the Unrest in Brazilian Labour). Wilson Ramos Filho | 131 |
| El crimen y el control del delito: la irracionalidad declarada y la racionalidad material de las políticas en materia criminal (Crime And Its Control: the Declared Irrationality and the Material Rationality in Criminal Policies). Fernando Tenorio Tagle | 157 |
| Los Derechos Humanos, la democracia representativa y los mecanismos sociales de garantías. Notas para una reflexión (Human Rights, Representative Democracy and the Social Mechanisms of Warrant. Notes for a Reflection). Luis Daniel Vázquez Valencia | 173 |

ENTREVISTA

| | |
|---|------------|
| “ . . . una música lejana, para colmo, nada cult”. Diálogo con el Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo. Profesor Titular de la Universidad de la Habana y Presidente del Tribunal Nacional Permanente de Grados Científicos para las Ciencias Jurídicas (Cuba) (“ . . . music from afar, to top it off, not Illustrated”. Dialogue with Leonardo B. Pérez Gallardo. Permanent Professor of the University of Havana and President of the Permanent Court of Scientific Grades in Legal Sciences) Yoel Carrillo García | 195 |
| Normas editoriales | 215 |

CARTA DEL DIRECTOR

CRÍTICA JURÍDICA está de duelo. Dos cintas negras, como las noches deslunadas, trazan sus oscuridades en nuestra portada. Crespones, negrísimos también. Duros. Feos. Irritantes. Dos miembros de la revista fallecieron y sin necesidad: Joaquín Herrera y José Ordóñez Cifuentes. Espíritus creadores y divertidos. Joaquín creó un programa de postgrado en su universidad: derechos humanos y desarrollo; etiqueta que prueba su creatividad en medio de la mediocridad de los programas españoles de derechos “fundamentales”. El de Joaquín fue un postgrado de análisis y búsqueda de respuestas a lo que vio en Nuestramérica. Y consiguió lo necesario para que pudieran asistir compañeros jóvenes y comprometidos desde este lado “del charco”. Creó un programa para sudacas, como nos dicen en broma nuestros “amigos” hispanos. La última vez que lo vi, fue en Florianópolis, en otro congreso de derecho alternativo. Traía una ponencia, un artículo, inspirado en el capítulo VI, inédito, de El Capital. Comentamos. Es poco frecuente ver citas de ese texto; y en un medio de juristas, me parece que es la primera vez. Es un texto “hiper” marxista; la horrible cara del capitalismo rueda por sus páginas transidas de asombro y temor; un texto infernal, dantesco, y humanista: es el texto que acusa para siempre la deshumanización del capitalismo. De la conversación sobre su ponencia, me quedó claro. Quería reafirmar sus convicciones marxistas en tiempos de dudas; que no iban con él. “Para que quede claro”, dijo. ¿Cómo no estará de luto *Crítica Jurídica*.

Y luego murió, sin aviso, nuestro querido José, el Ordóñez de Guatemala, el de ascendencia maya, el que consiguió burlar las trancas y fundar un espacio especial: las que llamó Jornadas Lascasianas. Un espacio que permitió el tratamiento del coloniaje rampante al que fueron sometidos sus antepasados, en un medio tradicionalmente hostil a reconocerlo. Jefes y estudiantes, juristas y rebeldes, y hasta una premio Nobel dignificaron pisos otrora prohibidos para los indígenas. En una veintena de años, no dejó de aparecer el respectivo libro que daba cuenta de las jornadas. Y apareciendo detrás de los carteles, su sonrisa juguetona nos decía que había marcado otro tanto. Una sonrisa de diablo maya, siempre burlona de la pequeñez de sus detractores: “ahí anda Ordóñez con sus indios”. Un desafío para nosotros: continuar con las Jornadas Lascasianas.

Pero su genio creativo no sólo abrió este túnel. José, mi querido Chepito, creó una maestría en Etnicidad y Desarrollo ¡en la facultad de derecho! Demasiado. Ya se canceló. Al menos por ahora. Y haciendo fe de su nacionalidad de origen, creó otra maestría sobre asuntos indígenas en Guatemala, en la que involucró a la UNAM a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Y realizó dos números temáticos de *Crítica Jurídica* ni falta hace decir sobre qué. “Pero nosotros somos marxistas”, dijo. Una y otra vez, luciendo su sonrisa traviesa. Nos vimos en la presentación de informes de dos de sus doctorandos, y quedamos formalmente: “salgo a Guatemala, pero regreso la semana que viene y cenamos en casa”. Pero no volvió. Estoy seguro de que su sonrisa se quedó en su tierra, con los suyos, y de que no desaparecerá.

CARTA DEL DIRECTOR

Queridos compañeros, el Joaco y el Chepito. Las palabras que profirieron en defensa de los humildes, por la causa de los obreros, y de todos aquellos a quienes se les pisotean sus derechos a la vida digna, comenzarán a esparcirse por el éter, tal vez en búsqueda de un mundo mejor. Nosotros no los olvidaremos. Nunca.

O.C.

Enero 2011

ARTÍCULOS

BARRERAS IDEOLÓGICAS PARA LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS PERITAJES ANTROPOLÓGICOS (IDEOLOGICAL BARRIERS FOR THE JUDICIAL EVALUATION OF ANTHROPOLOGICAL EXPERTS' REPORTS)

LUIS FERNANDO ÁVILA LINZÁN¹

“Se enseña en las cátedras que la verdad escrita en la sentencia no es sino el hecho filtrado a través de la mente del juez. Pero en realidad las cosas son mucho más complicadas: antes de llegara a la mente del juez, tiene que pasar a través de la narración que de él haga cada litigante a su defensor; y después, en la fase instructoria, a través de los olvidos o de las reticencias de los testigos, y más tarde aún, en el debate final, a través de las no imparciales reconstrucciones de los defensores. Y, por último llega al juzgador: no por un solo camino que corra a la luz del sol, sino por las diversas y tortuosas rutas que en gran parte discurren por túneles, ya que tienen que atravesar los oscuros meandros del espíritu humano.”²

Resumen: este estudio busca identificar, más allá de las normas jurídicas positivas y la simple institucionalidad, las barreras ideológicas que afectan la actuación judicial respecto de la valoración de los peritajes antropológicos, lo cual pone en interrelación al derecho con otras disciplinas, particularmente las ciencias políticas y la antropología. El punto central de este ensayo hace referencia a que estas barreras son un obstáculo invisible para el entendimiento de los peritajes antropológicos, lo cual pone en duda la viabilidad de la justicia intercultural y la pluralidad de sistemas jurídicos en América Latina. Al mismo tiempo, se pone en cuestión los problemas de la interrelación entre las disciplinas para poder entender formas más complejas desde el derecho.

Palabras clave: antropología jurídica, justicia indígena, derecho procesal, peritajes antropológicos, ciencia política, pluralismo jurídico, ideología, racionalidad jurídica, formalismo jurídico, prueba jurídica.

Abstract: This paper tries to identify, further than the positive legal norms and simple institutionalism, the ideological barriers which influence the judicial action towards the valuation of anthropological experts' reports. This puts Law in an interrelation with other disciplines, particularly those of Political Science and Anthropology. Then central point of this essay is to point out that these barriers are an invisible obstacle to the understanding of anthropological experts' reports, and that this situation controverts the viability of an intercultural justice and the plurality of legal systems in Latin America. At the same time, the problems that emerge with the interrelation between disciplines are questioned, in order to make possible more complex forms of understanding Law.

Key-Words: Legal Anthropology, Indigenous Justice, Legal procedures, Anthropological experts' reports, Political Science, Legal Pluralism, Ideology, Legal rationality, Legal formalism, Legal proof.

1 Profesor de la Universidad Andina “Simón Bolívar” de Quito y coordinador de la relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador, ecuadorconstitucional@yahoo.com. Recibido el 16 de agosto de 2010, aceptado el 23 de octubre de 2010.

2 Piero Calamandrei, “De la Fe en los Jueces. Primer requisito del abogado”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 35.

Introducción

Cuando en las aulas universitarias, un profesor de derecho habla sobre la relación entre ideología y derecho es visto como un bicho raro por sus alumnos, puesto que la educación de las abogadas y abogados en gran parte de Latinoamérica, funciona sobre la matriz de la supuesta neutralidad política del derecho. Se entiende al derecho como una respuesta a los excesos del poder político, herencia no del todo clara entre la cultura escritural del derecho indiano-colonial y la asimilación local de los temores de los juristas europeos ante la alienación de los regímenes políticos y sus líderes durante la primera mitad del siglo XX. El hecho es que, a partir de esta realidad, se cree que el derecho es neutro y que quienes operan sobre él, lo hacen en términos “técnicos” y no “políticos” como una manifestación de esa misma neutralidad.

Sin embargo, la fenomenología de la contemporaneidad abre potenciales de interrelación entre política y derecho antes impensada; especialmente a partir de la tendencia hacia una nueva configuración de los poderes estatales que legitiman su actuación con un énfasis en el reducto y sujetos por excelencia del derecho: el poder judicial (las servidoras y servidores judiciales, y las abogadas y abogados).

Esta interrelación aparece hoy materializada en la *Constitución ecuatoriana de 2008* que es resultado del proceso constituyente de 2007 que reemplazó a la *Constitución ecuatoriana de 1998*.³ Esta Constitución retoma la tradición del constitucionalismo social en Ecuador de los procesos políticos de 1929 y 1945. La promulgación del *Código Orgánico de la Función Judicial*, y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* son una consecuencia de este ímpetu constitucional transformador del constitucionalismo andino de Venezuela y Bolivia de la primera década del siglo XXI.⁴

Para el caso concreto de este ensayo, aparece allí el peritaje antropológico como un elemento de comunicabilidad entre las justicias indígenas y la justicia estatal, entre el derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, y el derecho blanco-mestizo. Y, en un plano más amplio, entre el derecho y la política, y el derecho y otras disciplinas, tales como la antropología. No obstante, esta comunicabilidad no es neutra, sino que tiene como fin establecer elementos de convicción a la jueza/es que lo acerquen a la verdad procesal a la real, desde una perceptiva de entendimiento de la cultura concreta de los colectivos y su contexto socio-cultural, su derecho propio y las características de autonomía que pondrían en cuestión el derecho estatal (en el que fueron formadas/os las/os juezas/es) de tal manera que su

3 Constitución del Ecuador de 2008, RO 449: 20-oct-2008.

4 *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO-S 544: 9-mar-2009; *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO-S2 52: 22-oct-2009.

adopción o rechazo se produzca en un plano de igualdad a través de la motivación judicial probatoria.⁵

En este contexto, el debate entre ideología y derecho adquiere actualidad, pero ya no como una denuncia de la inutilidad de lo jurídico o de la simplona constatación de su instrumentación en beneficio de las clases dominantes, sino en la medida que se lo pueda instrumentar para la transformación social. Este debate hace necesario superar el derecho como un sistema autorreferente, tomando el modelo de *Luhmann*, es decir, aquel que se piensa y reproduce desde y por sí mismo. Esto deviene en que el derecho debe incorporar miradas científicas externas para su desarrollo, lo cual le permita pensarse en beneficio de las personas y colectividades.

A partir de este necesario diálogo interdisciplinario o transdisciplinario que *Sánchez Botero* propone como una verdadera “revolución del saber”,⁶ es que el derecho puede extender sus horizontes y quitarse la venda y mordaza que históricamente el derecho liberal latinoamericano y la práctica institucional postcolonial le han heredado.

En este ensayo, uno de los espacios donde creemos que debemos instrumentar este diálogo es desde un plano de igualdad de las disciplinas, pero sin que el enfoque desde donde parte el análisis pierda totalmente su independencia. Consecuentemente, tomamos los peritajes como un pretexto para una cuestión de más amplio espectro que dejamos abierta. Este diálogo tendría tres niveles de interrelación: a) desde el derecho; b) desde un espacio de construcción igualitaria; y, c) desde otra disciplina. En el primer nivel, el derecho se enriquece, en el segundo se forman constructos teóricos compartidos y en el tercero el enriquecimiento ocurre en las otras ciencias. Para el caso de este ensayo, partidos del derecho, pero sin negar la necesidad de avanzar en la asunción de los otros dos niveles. La interrelación igualitaria y necesaria de las ciencias y disciplinas es un reflejo de la interculturalidad como plano de relación igualitaria de las culturas en el mundo de hoy.

La cuestión que vamos a abordar en este ensayo hace referencia a uno de los campos más fértiles del fenómeno jurídico, donde la relación que existe entre ideología y derecho juega un papel fundamental para entender la práctica y la cultura judiciales: la valoración procesal de las pruebas. Pero el tema se hace más complejo si nos limitamos únicamente a las pruebas periciales; y, se complica aún más cuando restringimos nuestro objeto de investigación a los peritajes antropológicos.

Entendemos la ideología judicial como un producto íntimamente relacionado con la cultura, es decir, como el conjunto de manifestaciones prácticas a partir de las normas jurídicas positivas (instrumentos internacionales, constitución, actos administrativos y providencias judiciales) y los valores insertos en ellas, y la doctrina jurídica que fundamenta esta actuación, dentro de lo que se podría denominar doctrina judicial. Tomamos como fuente los fallos de triple reiteración o jurisprudencia obligatoria. Hemos tomado esta fuente, a pesar de que la mayoría de estas

5 Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico. Justicia en clave intercultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pp. 27, 28 y 127-134.

6Ibid., p. 340.

sentencias no otorgan datos de calidad y reproducen un rudimentario entendimiento de la función creadora de juezas y jueces; en la medida que permite identificar algunos aspectos de la cultural judicial ecuatoriana en el ámbito tradicional del conservadurismo y la tradición judiciales: la Corte Suprema de Justicia.⁷ No nos referimos en este ensayo a posicionamientos partidistas, religiosos, de clase, gremiales o de pensamiento político explícito de parte de juezas y jueces (conservador, liberal, socialista, etc.) que, eventualmente, en otros trabajos y con otra perspectiva pudieran entenderse como ideología. Además, nuestra preocupación se centrará en la actuación de juezas y jueces y no de otros servidores o servidoras judiciales, tales como fiscales, defensoras o defensores, u otros operadores jurídicos, como las abogadas o abogados, aún cuando también tengan un rol significativo en la valoración de las pruebas, tal como se evidencia en el epígrafe de este ensayo.

Se presenta así la preocupación de este ensayo: ¿cómo leer judicialmente un peritaje antropológico? Si entendemos que lo común que une a la lógica de la valoración judicial de las pruebas y las técnicas periciales, es la objetividad; y, si luego, las pericias antropológicas construyen objetividad de otra manera; este estudio es apenas una limitada descripción que identifica las barreras ideológicas que impiden una adecuada lectura judicial de las pericias antropológicas. Esta identificación tiene como fin guiar la actuación judicial de las juezas y jueces.

Desarrollaremos este ensayo en las siguientes partes: I. *La construcción de la particular objetividad de las pericias antropológica*, donde el tema será identificar las barreras exógenas (desde la técnica extra derecho), a partir de la reproducción del debate de las ciencias sociales respecto de la validez objetiva de las cualitativas frente a las cuantitativas; y, II. *La cultura jurídica dominante y la pericia antropológica*, donde se pretende establecer cuáles son las barreras ideológicas endógenas (en la práctica judicial) para un entendimiento adecuado de los peritajes antropológicos. Utilizaremos en esta parte dos peritajes antropológicos realizados por *Fernando García* en casos relativos a la aplicación de la justicia indígena.⁸

7 Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, *Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006; Luis Fernando Ávila Linzán, investigador, *Prontuario de resoluciones del Tribunal Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004. La jurisprudencia en su sentido amplio comprende a todas las decisiones judiciales definitivas o que deciden situaciones jurídicas; y, en su sentido concreto sólo a aquellas que tienen un nivel de vinculación general sobre los procesos o incluso sobre el ordenamiento jurídico. Los fallos de triple reiteración, según la Ley de Casación tiene efectos obligatorios sobre la judicatura a partir de la reiteración del argumento principal por tres sentencias de la Corte Suprema. Esta fue una puerta abierta a una actitud creadora de las juezas y jueces con el fin de que opere incluso sobre el ordenamiento jurídico; no obstante, lo que se pudiera denominar “cultura del precedente” chocó con la vieja práctica judicial, lo que Erlich denominara a finales del siglo XIX respecto del ritualismo judicial alemán: “jurisprudencia conceptualista.”

8 Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007; Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito.

I. La construcción de la particular objetividad de las pericias antropológicas (barreras ideológicas exógenas)

1. La validez de lo cualitativo

La práctica judicial latinoamericana ha sido contradictoria respecto de la valoración general de las pericias, pues en ella chocan la tradición jurídica que, especialmente, a partir de la doctrina procesal italiana de la mitad del siglo XX, trata de posicionar a las juezas y jueces como creadores del derecho y rectores del proceso.⁹ Dentro de esta tradición, lo que se busca respecto de la prueba es determinar su “sana crítica” a partir de la constatación inmediata de los hechos relevantes para el proceso. No obstante, al mismo tiempo es acogido en los procesos judiciales el empirismo técnico para la realización de la prueba, con lo cual se aleja a las juezas y jueces de su contacto directo con los hechos y los somete al arbitrio de otros técnicos que manejan otros oráculos, códigos y protocolos científicos con el fin de establecer las verdades, procesal y real.

No obstante, al parecer, la tendencia es el aumento de la confianza en las pericias y la disminución respecto de los testimonios y los documentos de fe pública, debido a que resultan, en muchos casos, más certeras y objetivas. Así, en la actualidad se utilizan con mucho éxito, exámenes médicos legales en casos de violación, pericias de balística en juicios de muerte violenta; y, pruebas de ADN para determinar la paternidad judicialmente.¹⁰ Incluso, en muchos casos se ha llegado al extremo de llegar a creer que estas pericias por su nivel de objetividad, son incuestionables. Digamos que a pesar de las reticencias de las juezas y jueces tradicionales, y la excesiva confianza de las/os modernistas que se han consagrado de lleno al empirismo técnico; se ha llegado a un consenso científico y a la construcción de un lenguaje de interrelación científico. No es raro, en la actualidad, ver que las fiscalías realicen protocolos de intervención e investigación ni que las integrantes de las judicaturas electorales utilicen y entiendan el método de *Hont* en el día a día de sus actividades.

Sin embargo, no seamos tan optimistas en pensar que el derecho se está abriendo a otras ciencias de manera consciente y permanente. Lo que sucede es que ha ido encontrando correspondencia en técnicas de otras ciencias para reproducir su propia *racionalidad objetivista* al momento de valorar las pruebas o analizar sus situaciones en lo que le es útil. En realidad, la cultura jurídica tradicional y dominante está en franca resistencia respecto de las pericias, a través de la práctica judicial. En este contexto aparecen las pericias antropológicas con el fin de explicar el

9 Cfr., Alberto Fernández, *Función Creadora del Juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

10 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración): “... Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia...”.

contenido de la cultura desde una mirada de quienes la practican. Esta resistencia, muchas veces inconsciente, se presenta mediante barreras invisibles que es necesario evidenciar con el fin de que permita una lectura adecuada de los informes pericial-antropológicos.

2. Incomunicabilidad de lo antropológico

A partir de lo anterior, la primera barrera exógena es la incomunicabilidad de lo antropológico respecto de otras ciencias sociales, que se traduce en la crítica a la validez de lo antropológico por otros científicos sociales. En el caso que nos ocupa, las pericias antropológicas que son más radicales en su relación con la valoración judicial de las pruebas no dejan de ser objetivas, pero responden a otra lógica de la objetividad tradicional que entra en pugna con otras ciencias sociales como la Sociología, o dentro de la misma Antropología, a través de diversas visiones dentro de la Teoría Social. Lo que en fondo se discute, es la validez de la investigación cualitativa frente a la cuantitativa, y no la legitimidad científica de los peritajes antropológicos.

Si bien es cierto, los peritajes antropológicos y las ciencias de la antropología privilegian los análisis cualitativos por sobre los cuantitativos, suelen aplicarse los unos y los otros de manera indistinta, de acuerdo al objeto y las condiciones de la investigación, y el influjo de una determinada escuela del pensamiento.

Frente a esto, en el entorno de las ciencias sociales, se discute la validez de los estudios cualitativos, los cuales son acusados de no ser objetivos. Esto ocurre por cuanto las técnicas de recolección de datos cualitativos operan sobre un universo de casos limitados (incluso pudiera ser un solo caso) y porque los hallazgos no son medibles en términos matemáticos o con fines probabilísticos. En un ejemplo hipotético, el objeto podría ser la reconstrucción de una historia de vida del miembro de una pandilla *Latin King*. En este estudio hipotético no aparecerán progresiones o regresiones estadísticas para determinar, por ejemplo, en un estudio de datos cuantitativos en el mismo ejemplo, que el índice de violencia de las pandillas del área urbana del Cantón Guayaquil, ha aumentado en un 1,5% en el período 1998-2000 respecto del período 1996-1998. Por el contrario, aparecerán datos concretos como las posibles causas personales de la vinculación del sujeto de la investigación (informante calificado) a la pandilla *Latin King*, o las prácticas de la violencia al interior del colectivo.

En el fondo esta polémica ocurre a partir de las diversas visiones sobre el objeto de la investigación y el papel del investigador en las ciencias sociales. Existen dos grandes corrientes: a) la que considera que el objeto debe ser los hechos sociales en tanto puedan ser vistos globalmente, y el investigador sea un sujeto pasivo que describa estos hechos sin involucrarse (*Comte, Weber, Spencer*). Esta tendencia tiene un fuerte influjo de las ciencias naturales, la física y las matemáticas; y, b) la que establece que el objeto deben ser los actos humanos concretos y su relación con los fenómenos sociales, y el investigador debe involucrarse, pues sólo así puede entender de mejor manera los hechos sociales (*Durkheim, Dilthey, Freud, Bourdieu*). En esta corriente, la psicología y la filosofía tuvieron un gran influjo. En el primer

caso, el énfasis fue la racionalidad por sobre lo humano (utilitarismo de *Hobbes* y *Maquiavello*, luego retomado por *Schmitt*); y, en el segundo, lo es en lo humano por sobre la racionalidad pura (humanismo de *Rousseau* y *Locke*, luego retomado en varias tendencias contrapuestas por *Hegel*, *Kant* y *Marx*).

Entonces, a partir de la primera tendencia, el énfasis fue sobre los métodos de investigación cuantitativos por su cercanía a las ciencias naturales. La sociología norteamericana del período 1950-1980, y las ciencias políticas de influjo anglosajón aplican generalmente estas metodologías; mientras, que la sociología clásica, la antropología, la psicología dan prioridad a las metodologías cualitativas, especialmente a aquellas que tienen influjo de la escuela alemana, francesa y norteamericana actual (1990-2010).

La evidencia global de estas corrientes nos lleva a establecer la validez de lo cuantitativo y lo cualitativo. Esta validez está en su aplicación al objeto de la investigación y de los datos que queramos obtener, lo cual condicionará la participación del investigador. Incluso, la tendencia actual, es a aceptar la validez de ambos enfoques en el entendido que permiten un abordaje integral y complementario de un hecho social concreto: lo cuantitativo permite visibilizar las visiones macros, la predictibilidad razonables de hechos futuros y evaluación sistemática de hechos pasados; mientras que lo cualitativo permite ver los vacíos de los datos matemáticos desde la realidad y presenta a los sujetos de carne y hueso como actores importantes.

Volviendo al nuestro ejemplo hipotético. Los datos sobre el índice de violencia nos servirán para poder establecer las razones globales, por ejemplo, la crisis económica de los bancos privados en 1999; pero las historias personales permitirán verificar que posiblemente existen razones estructurales, como los patrones culturales patriarcales, racistas y del consumismo capitalista que deben ser considerados como motivos para vincularse a una pandilla. Lo uno nos llevará a elaborar políticas laborales para las personas jóvenes, lo otro programas de intervención para apuntalar estas políticas laborales. Esta comunicabilidad es lo que se ha denominado técnicamente *pirimidación*, que consiste en tomar los estudios cuantitativos y cualitativos para compararlos y complementarlos, con el fin de cubrir integralmente un objeto de investigación determinado.

Luego, todo lo que se ha dicho para deslegitimar a lo cualitativo es aplicable también a lo cuantitativo. Una investigación cualitativa también puede ser direccionada y falseada, y tiene una alta dosis de subjetividad de quien la realiza; al mismo tiempo, que si no se hace una labor técnica puede llegar a resultados abstractos e inútiles. El mínimo a garantizar en una investigación cuantitativa o cualitativa debe buscar que se cumplan los requerimientos científicos que permitan evaluar su validez técnica o control de calidad; y, al menos, reunir algunos elementos comunes: a) que el objeto de la investigación sea las inferencias descriptivas o explicativas *a partir de la información que se tenga del mundo*"; b) la admisión previa de un nivel de incertidumbre, pues *"se intenta llegar a datos ciertos a partir de datos inciertos"*; c) la publicidad de los resultados de la investigación, sujetas al cuestionamiento de una comunidad científica determinada; y, d) la validez de la investigación se la realiza a través de la constatación de un conjunto de *normas inferenciales*: el método.¹¹

11 Gary King, Robert Keohane y Sydney Verba, *El Diseño de la Investigación Social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 16-19.

En definitiva, la diferencia entre lo cualitativo y lo cuantitativo es una “cuestión de estilos y técnicas específicas”. Así mientras, lo cuantitativo se basa en cálculos numéricos, comprobación de hipótesis que se resumen en datos de fácil manejo con el fin de establecer diagnósticos y proyecciones; lo cualitativo, tiene un estilo discursivo y perceptivo, y se centra, generalmente, en un reducido número de casos, los cuales son asumidos en su globalidad.¹² No obstante, el cuantitativismo es la regla general, incluso en el derecho, tal como lo vamos a explicar, por lo cual entre lo que puede informar una pericia de balística con datos precisos y, en principio, irrefutables, pues se busca el *quantum* y el hallazgo del antropólogo de que en una comunidad no se entiende el sentido occidental de la propiedad individual, la jueza o juez acoge lo uno como una verdad incontrastable y lo otro como un dato ilustrativo e inservible en el mejor de los casos. Desde el punto de vista de la ideología, las juezas/es perciben estos hallazgos como un atentado contra su *habitus* y la certeza de su conocimiento que se circunscribe a las normas positivas. Se agrava esta actitud cuando la jueza/s se da cuenta, además, que, a diferencia de un parte policial, debe realizar una labor de interpretación de un peritaje antropológico, que se transformará en una carga adicional a su ya congestionado despacho.

3. La objetividad antropológica

De vuelta a lo nuestro, otra barrera ideológica que tiene relevancia respecto de la práctica judicial, puesto que el derecho, a pesar de su lejanía de los estudios de campo (al menos, en Latinoamérica), comparte, a partir de su matriz ideológica, el formalismo jurídico *kelseniano*, algunos elementos comunes con la corriente cuantitativista.¹³ Esta matriz pone énfasis en la razonabilidad, que es muy fuerte y casi la esencia del proceso judicial, y la practicidad que surge a partir de aquella (sólo se aplica y no se renuncia a toda capacidad hermenéutica más profunda). De esta manera se entiende el postulado de que el derecho y el proceso -en la ideología judicial- no pueden estar contaminados de elementos subjetivos, sino que debe mantenerse dentro del exclusivo reducto de objetividad del derecho que es la norma positiva y el ordenamiento jurídico. Todas las soluciones posibles, independientes de la realidad social, están en las leyes y la aplicación que el legislador espera haga de ellas las juezas y jueces.

En este sentido, por supuesto, las pericias técnicas cuantitativas tienen un alto nivel de predictibilidad lo que hace que *a priori* tengan cabida en la doctrina judicial (ideología judicial), pues, entre otras cosas, coincide con el sentido común

12 Ibid., p. 14.

13 Entiendo por formalismo kelseniano al resultado del asimétrico proceso histórico de asimilación cultural de la teoría pura del derecho de Kelsen. Proceso que ha sido manipulado por las clases dominantes en su favor, pues se toma el positivismo kelseaniano, de carácter científico y laico (interpretación racional), y se lo transforma en formalismo escolástico (interpretación exegética) jurídico a partir de la tradición del derecho primitivo, francés y decimonónico de fuerte influjo en la Región, a través de las grandes codificaciones. Ver Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

formado en las universidades y moldeado por el ideal eficientista de la hegemonía del mercado. Mientras que la “abstracción” de los datos cualitativos, que son el centro de los peritajes antropológicos, no aparece como razonable, segura o predecible. Al contrario, los hallazgos cualitativos representan una información sin utilidad práctica, sino solo *a posteriori*. Así, por ejemplo, un examen médico legal establece que una persona ha sido violada sexualmente, a través de la constancia material de desgarraduras en los órganos sexuales, arañazos en el cuerpo, muestras de cabello y vellos de la persona agresora. Dice si ocurrió un hecho. Luego, la jueza o juez valorará esta prueba con el convencimiento de que son datos “científicos y exactos” sobre la base de la razonabilidad jurídica. Citamos como ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso especial de la valoración de las pruebas de ADN para la determinación de la paternidad:

“... Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia...”¹⁴

No ocurriría así, por ejemplo, si tomamos como ejemplo un peritaje antropológico. Tomemos uno realizado en la comunidad *Kichwa de Shiwayacu*, parroqui Talag, Cantón Tena, provincia del Napo.¹⁵ En este caso, se discutía la posesión por parte de la comunidad de un predio rural en poder de un colono mestizo. El peritaje gira en torno a determinar, a través de una investigación antropológica, cómo entiende la comunidad el “territorio”, y dice al respecto:

“6.1 La concepción de tierra y territorio de la comunidad kichwa es claramente diferente a la planteada por el Estado ecuatoriano. Para ellos el carácter de colectivo y de usufructo de la tierra se contrapone al carácter individualista y de posesión vía título de propiedad individual.”¹⁶

Una cuantitativista radical desde el ámbito de las ciencias sociales diría que este dato no ofrece elementos para su comprobación y variables para medir si esta aseveración es predecible. Diría, además, que evidencia la subjetividad del investigador. La/el jueza/s tradicional (el arquetipo de la justicia), sobre el mismo

14 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración).

15 Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroqui Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007, .

16 Ibid., p. 5.

constructo de objetivismo probatorio (un resultado del formalismo jurídico), diría que no existe el instrumento jurídico que dé fe pública razonable (por el Estado), que no existe norma positiva que reconozca expresamente esta afirmación; y, por su parte, los abogados afirmarían lacónicamente: “el peritaje no es imparcial, pues el perito es activista indigenista.”

En el primer caso, el problema es el esencialismo metodológico y la no comprensión de una diferente forma de construir la objetividad científica. En los segundo y tercer casos, ese mismo fenómeno toma la forma de cultura judicial y jurídica que impide ver otras formas de hacer el derecho más allá de la norma positiva legal, y, por tanto, más allá de la norma escrita como única expresión del derecho aplicable (derecho de origen estatal). La existencia de un derecho propio de algún colectivo sería vista como un cuestionamiento del poder legitimador del derecho estatal enraizado en el sentido común como un orden justo, aunque no funcione o como un tema folklórico y peculiar.

Las operadoras/es de la justicia deben entender que la lógica del análisis antropológico que se contiene en las pericias judiciales, en definitiva, adopta una forma particular de construir su propia objetividad a partir de datos identificables no en su mensurabilidad, sino en su contenido de percepciones, interrelaciones y explicaciones estructurales.

II. La cultura jurídica dominante y la pericia antropológica (barreras ideológicas endógenas)

Se constituye en una barrera endógena la dificultad para el entendimiento de las pericias antropológicas desde la lógica jurídica a partir de su pretendida autonomía y pureza científica. Este es la idea central que surge a partir del formalismo jurídico normativista.¹⁷ No obstante, esta autonomía no ha sido, sino el reflejo de la matriz de autonomía de la voluntad, propia de un derecho privatista y hecho a la medida para la protección de los intereses de la clase dominante. Cuando se cerró el derecho en las normas, en tanto reducto exclusivo de racionalidad, se clausuró el debate sobre su contenido real y los intereses detrás de ellas. Se limpió al derecho de la política, pero lo condenó a una prisión perpetua a los intereses de las/os excluidas/os. Esto supuso, en una visión sistémica, el aislamiento científico y metodológico respecto de otras ciencias y disciplinas.

En Latinoamérica, a pesar de que el formalismo jurídico ha sido asimilado asimétricamente¹⁸ y a la medida de sus intereses de dominación hegemónica en términos gramscianos, el estudio del derecho ha pululado entre el academicismo

17 Cfr., Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho: introducción a la génesis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

18 Cfr., Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

magistral al estudio de casos sobre un eje privatista y de acuerdo a los estratégicos intereses del imperialismo internacional.¹⁹ Concomitantemente, la práctica judicial se ha reproducido sobre la base de la defensa gremial de la abogacía y las servidoras y servidores judiciales, a través de una práctica judicial empírico-burocrática.²⁰ Esta realidad ha mantenido el cerco ideológico del derecho liberal, privándolo completamente de los aportes y enfoques externos. En consecuencia, los enfoques sociológicos, políticos, antropológicos o de cualquier tipo han chocado con el conservadurismo jurídico y la razón jurídica, férreamente controlado desde las altas cortes y tribunales. Así, son poco frecuentes los estudios de campo (cualitativos o cuantitativos) o se lo hace de una manera no técnica.

Cuatro son las características fundamentales en la lógica jurídica: la razonabilidad (objetividad, control del proceso y seguridad), la practicidad (el conflicto), la predictibilidad, y la autonomía de la voluntad, y que se constituyen en barreras ideológica endógena respecto de la valoración de las pericias antropológicas. Cada una de ellas choca con lo que se espera de los peritajes antropológicos.

1. Razonabilidad de la justicia

La principal característica ideológica del proceso judicial gira alrededor de la razonabilidad. Esto significa que la valoración de la prueba descansa sobre un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y presentación ordenada para la conformación psicológica de convicción del juzgador (prueba formal).²¹ La construcción ideológica dominante -en su forma de doctrina jurídica- en Latinoamérica a partir la segunda mitad del siglo XX por influjo del procesalismo italiano, filtrado por los juristas uruguayos, argentinos y chilenos, es lo que se ha denominado el modelo de la “sana crítica”, que juega entre dos extremos: la libre convicción, más propia del derecho anglosajón, donde pesa la prueba como mecanismo de convicción (en el caso de los Estados Unidos, el jurado); y, la prueba tasada o tarifaria, que entrañaba derecho sustantivo que determinaba la valoración de la prueba en la propia norma positiva.²² La libre convicción otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer

19 Cfr., Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá.

20 Boaventura De Souza Santos, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 136; Raúl Eugenio Zaffaroni, *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 125.

21 Jaime Guasp, “De la Prueba en General”, en Fernando Quiceno, comp., *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, pp. 545-547; Eduardo op.cit., pp. 9-12.

22 Eduardo Couture, op.cit., pp. 18-20.

las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos; mientras, que la prueba tasada o prueba legal representa un rezago del derecho inquisitivo fundado en una matriz moral. Así, por ejemplo, son comunes de este modelo las normas positivas adjetivas que otorgaban mayor valor al testimonio de los hombres que al de las mujeres; o, aquellas que se refieren a la desaprobación normativa del testimonio de las prostitutas o de las personas que practican la mendicidad.

La “sana crítica” supuso un avance importante en el derecho, pues buscaba garantizar la aplicación del derecho sustantivo, pero otorgando cierta libertad a la jueza o juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba con el fin de comprobar y formarse convicción. No obstante la penetración de este modelo de valoración de la prueba, en la práctica judicial aún coexiste con elementos del modelo inquisitivo propio del derecho colonial, tal como lo podemos ver en nuestra práctica y doctrina judicial, en lo que se denomina “prueba plena”, es decir, aquella que se supone que no admite deliberación alguna:

“La alegación de despido intempestivo se debe demostrar; al efecto, al evadir la confesión judicial sin justificativo legal el demandado (Art. 135 CPC), la declaratoria de confeso en su contra tiene valor de prueba plena, pues evidencia la terminación de la relación contractual por voluntad unilateral del empleador.”²³

La sana crítica es una barrera endógena, puesto que hace inviable aquello que no aparezca acorde a “las reglas del correcto entendimiento humano”, en otras palabras, el sentido común (escala de valores dominantes). Este sentido común no es sino la puerta de entrada al conjunto de valores sociales dominantes en una sociedad. Los resultados de un peritaje antropológico pugnan con este “sentido común”, o al menos aparece formado de una manera distinta, de manera análoga a lo que sucede con el objetivismo ya comentado. Veamos un ejemplo. En un peritaje antropológico sobre el uso comunitario del agua, se establecen un sinnúmero de elementos que buscan evidenciar la existencia de prácticas culturales que definen la identidad comunitaria sobre el uso del agua.²⁴ Esta idea pugna contra el sentido común del juzgador que ve el uso del agua en dos sentidos: como un bien de uso común regentado por el Estado o como un recurso con fines económicos, casi exclusivamente individuales. La matriz privatista se confunde con la razonabilidad en la doctrina judicial, tal como lo podemos evidenciar en el siguiente extracto de un fallo de triple reiteración:

23 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Confesión judicial: eficacia probatoria. J S XVI, No. 14, p. 3905, ene-abr-1999, (S-I-Lab-Soc), p. 50.

24 Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito, p.3.

“... Asimismo, es primordial la prueba de que el demandado es el titular del derecho del inmueble cuya adquisición de dominio se pretende por prescripción extraordinaria, porque de otra manera el fácil arbitrio de deducir esta clase de demanda contra cualquier persona o persona indeterminada bastaría para la adquisición del dominio de un inmueble, lo que afectaría el orden jurídico que garantiza el derecho de propiedad privada...”²⁵

2. Practicidad judicial

El sentido común sobre el cual se construye la sana crítica se reduce a un énfasis práctico en la actividad judicial.²⁶ No existe en el proceso y no es relevante aquello que no se actúa dentro de él. En este contexto, el proceso funciona como un mecanismo que transforma los hechos reales en un conjunto de elementos cartesianamente elaborados para servir de elementos de convicción a favor de quien decide.

Podemos llamar a esto “realidad procesal”, que es la traducción objetivada del mundo real. Otra consecuencia de la practicidad judicial es su carácter finalista, según el cual es indispensable una decisión sobre el conflicto puesto en cuestión para el éxito del proceso. Esta decisión puede ser acordada por las partes o tomada de acuerdo a los argumentos que están en la base de la convicción psicológica del juez, donde juegan un papel innegable los valores, tendencias, prejuicios o confesionalidades de todo tipo, la ideología.

La practicidad se convierte en una barrera ideológica en el momento que direcciona esta convicción hacia los fines del proceso, fenómeno que se denomina “eficientismo judicial”. Es decir, lo importante será mostrar que se ha llegado a una decisión en un tiempo corto y no la solución del conflicto puesto a su arbitrio. De esta manera, la justicia ordinaria asume cuestiones previsibles, repetitivas y rutinarias, especialmente, en juicios civiles, donde los demandantes representan a quienes tienen el poder y están habituados en contra de quienes son litigantes ocasionales y sin recursos.²⁷ Todo aquello que rompa el orden de esta práctica rutinaria es un atentado contra el proceso. En verdad es una estrategia que esconde el efecto selectivo que tienen las normas jurídicas respecto de los intereses de clase que el derecho estatal protege con impunidad, en dos postulados de la tradición jurídica: “la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento”, y “la ley se presume conocida por todos”. El autoritarismo de estos postulados es evidente, al tiempo que invisible, en sociedades mayormente alienadas, como en caso de América Latina, y/o particularmente disciplinadas, como es el caso de los países centrales.

25 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit.. Prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio: objeto de la prueba (2). GJ S XVI, No. 14, p. 3876, ene-feb-1999, (S-I-Civ-Mer), p. 18.

26 Hernando Devis Echandía, “La Valoración de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000, p. 67.

27 Cfr., Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García-Villegas, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf.

Entonces, todo aquello que perturbe la rutina judicial no tiene cabida en el proceso. En lo que nos interesa, las juezas y jueces no están dispuestos al cambio y a la aceptación de nuevas herramientas para su actuación (*habitus*). Entonces, las nuevas formas de interpretar, los renovados roles y todo aquello que altere la practicidad judicial, es percibido como instrumentos exóticos, extranjerizantes y veleidosos. Un ejemplo, de esto puede ser el caso del Juez *Carlos Poveda* en el caso “La Cocha” cuando se abstuvo de fallar toda vez que ya habían decidido las autoridades de la justicia indígena. *Poveda* alegaba que la justicia indígena estaba reconocida en el *Convenio 169 de la OIT*, y que era necesario aplicar directamente de la Constitución vigente para la época (1998). Veamos lo que pensó la jerarquía judicial al respecto, lo que permite ilustrar la resistencia al cambio:

“El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos [...] Más aquí en la Función Judicial están apareciendo fementidos innovadores pseudomodernistas [...] no es conveniente ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a su propia tradición...”²⁸

Esta practicidad tiene el potencial de convertirse en una barrera ideológica endógena para el entendimiento de un peritaje antropológico, aunque no conste expresamente en las providencias; en las cuales, en la mayoría de los casos, se niega la validez de sus hallazgos del peritaje.

3 Predictibilidad jurídica

Otra de las categorías fundamentales del proceso jurídico es la predictibilidad (cultura del precedente). Todo en el proceso está diseñado para generar una interpretación uniforme, que reduzca la discrecionalidad de las juezas y jueces. Lo contrario generaría lo que, desde lo liberal, puede llamarse inseguridad jurídica, pero que más allá de aquella, afectaría el tratamiento igualitario por parte de la administración de justicia, pues el ideal es que la solución de la justicia en casos similares se aplique para los casos posteriores que compartan identidades de sujetos u objeto.²⁹ Es, además, un mecanismo de control ideológico, pues permite a las altas cortes imponer un patrón axiológico inserto en las normas positivas y en la cultura entendida como “doctrina jurídica”; al tiempo que, en términos bourdieanos, permitiría delimitar el espacio de acumulación de capital social simbólico en forma de prestigio judicial.

28 Carlos Poveda, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, p. 180.

29 Cfr., Leonor Moral Soriano, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.

La valoración de la prueba no se escapa de esta lógica procesal cuando la predictibilidad se relaciona con la cercanía del medio probatorio para la formación de la convicción psicológica de la jueza o juez a partir de la inducción de los hechos a partir de la sana crítica:

“El conocimiento de un hecho por parte del juez no se puede tener sin que él mismo perciba algo con sus propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar [...] La superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no tiene necesidad de ser subrayada: la prueba es tanto más segura cuanto más próxima los sentidos del juez se halla el hecho a probar.”³⁰

Entonces, de acuerdo a esta necesaria intermediación y control judicial sobre los hechos (jurídicamente, principios de intermediación y disposición) es que se construye la prelación “lógica” de las pruebas judiciales. Así, las *pruebas directas*, es decir aquellas que se relatan fácticamente en presencia de la jueza o juez (testimonios orales –testimonio propio y confesión judicial–), y las *pruebas indirectas*, que son que no percibe el juez por sus sentidos en tiempo real, sino que debe interpretarse o deducirse de acuerdo a su experiencia y conocimientos (pericias, documentos en todos los formatos e informes). Aquí se diferencian dos niveles, en palabras de Couture, la *representación* (que sustituye a la percepción) que permite leer los hechos relatados en un tiempo anterior e instrumentalizado (declaraciones por escrito, testimonios instrumentalizados —escrituras públicas y otros documentos solemnes—), y la *deducción* que se construye desde los elementos implementados por otras ciencias (peritajes, informes e intervenciones por *amicus curiae* de interesados).³¹ Es decir, las pericias y la experiencia de otras ciencias, a pesar de que oficialmente no se lo reconoce abiertamente, ocupan, en esta “prelación lógica”, el último lugar.³² Es una barrera ideológica evidentemente. Lo representado es la verdad hecha proceso, lo deducido es una aproximación no obligatoria.

Por otro lado, el valor probatorio de las pericias ha transitado desde dos extremos: entre ser medio de prueba y ser un mecanismo auxiliar de la justicia. Las implicaciones van más allá de la simple formalidad o lo simbólico. En el primer caso, el valor probatorio de la pericia adquiere mayor importancia y se asemeja al de un testigo cualquiera, pero calificado; y, en el segundo, es una más de las voces informativas que tiene la jueza o el juez para formarse criterio (sana crítica). La tendencia ha sido que ambas visiones ocurren en la percepción probatoria judicial, según lo

30 Francesco Carnelutti, “Percepción y deducción en las pruebas”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 25.

31 Eduardo Couture, op.cit., pp. 14-16.

32 Jaime Guasp, op.cit., p. 563. Este autor declara que el Tribunal Supremo español proclama en su jurisprudencia la necesidad de aplicar objetivamente la prueba, sobre la base de su igual valor probatorio.

cual la actividad pericial no es una fuente de prueba, sino un medio de integración de la actividad judicial.³³ Esto permitiría mejorar la comunicabilidad científica entre las reglas de la experiencia que deben modificar o flexibilizar las de la sana crítica, para poder leer las pericias de manera correcta, particularmente, la antropológica.

La Corte Suprema ecuatoriana, por su parte, se manifiesta a favor de la predictibilidad con mucha fuerza, y llega incluso a formalizarla zanjando toda posibilidad de dudas en la interpretación respecto de las pruebas de ADN para comprobar la paternidad:

“lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera está dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados”.³⁴

Ahora, si nos remitimos a lo ya dicho en las páginas anteriores respecto de las barreras exógenas para la valoración de las pericias antropológicas, la predictibilidad en la valoración de las pruebas, al permitir considerar generalmente a las pericias como pruebas atenuadas, pone a las antropológicas como la más lejana al entendimiento y a la cultura judicial, y más cercana al derecho medieval e inquisitivo. No se debe desconocer, tampoco, el poder de *impresionabilidad* que tiene algunos medios probatorios, que altera la prelación a la que nos hemos referido aquí.³⁵ Por ejemplo, un examen médico legal practicado en una niña violada predispone a la jueza o juez a aceptar una pericia sin mucho cuestionamiento y tratando de disimular la presión social que pesa sobre sus hombros. Si el problema ha sido un tema de tierras ancestrales, es posible que a través del prisma de valores dominantes, considere que el peritaje antropológico solapa intereses económicos disfrazando mañosamente pretensiones sociales de grupos e individuos.

Por otra parte, en el fondo, se esconde más allá de nuestras pericias antropológicas en la formación de la convicción judicial, la aceptación hipócrita de los intereses dominantes y de clase.³⁶

33 Francesco Carnelutti, op.cit., p. 38.

34 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración).

35 Roland Arazi, “Medios de Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2000, p. 237 y 245.

36 A. Vishinski, “Libre Calificación de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, p. 196.

4 Autonomía de la voluntad

Una de las características históricas más sobresalientes del derecho en todas las familias jurídicas, ha sido la autonomía e la voluntad como la maximización del individualismo que se resume en la máxima: “lo que no está prohibido, está permitido”. Incluso, a pesar de que ésta tuvo menos peso en los regímenes del socialismo real luego de la Revolución Bolchevique, tampoco allí se la logró sustituir ni se creó una alternativa, sino que se lo blindó o morigeró a partir del principio de solidaridad. El bolchevismo releyó, en el fondo, la autonomía de la voluntad a partir de un derecho afrancesado, introducido por los zares progresistas y modernizadores, que a su vez era una traducción moderna del derecho romano, confiado de que las políticas estatales a partir del poder conquistado por la clase proletaria a través del partido comunista, sería suficiente para contener el hedonismo natural de las relaciones capitalistas.

Entonces, la tarea fue cercar al derecho del cual se desconfiaba profundamente, pues se lo consideraba parte de la superestructura que devendría automáticamente en revolucionario en el momento que se transformaran las relaciones sociales y económicas presentes en la infraestructura:

“aún admitiendo, dentro de ciertos límites, la propiedad capitalista, sus normas se inspiraban en el propósito de eliminarla y abolirla paulatinamente, con la finalidad de su eliminación ulterior, y el establecimiento del sistema económico socialista y de la propiedad socialista sobre los instrumentos y medios de producción.”³⁷

Por otro lado, la manifestación judicial de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema capitalista, significa que el proceso funciona sobre el interés concreto y permanente de las personas interesadas en la decisión judicial. La permanencia tiene que ver con la exteriorización de su interés de seguir litigando (dirán en lenguaje judicial “impulsado el proceso”). Y, si bien es cierto en lo penal —en el derecho continental y sus tributarios— este principio se subordina al interés general, por lo cual funciona en sentido contrario -a instancia o impulso estatal-; la tendencia es aplicar el principio dispositivo. En lo penal, la tendencia regional de la reforma, en las dos últimas décadas es que se está abandonando el sistema de derecho penal inquisitivo por el acusativo, donde el Estado sólo tutelaría los intereses impulsados por las partes.

Esta situación puede privatizar el proceso judicial si en el corto plazo no se garantiza un rol relevante de las servidoras y servidores judiciales en la dirección del proceso.

37 O. S Ioffe, *Derecho Civil Soviético. Principios generales. La propiedad socialista personalidad jurídica. El contrato*, México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 16.

Regresando a nuestras pericias antropológicas, el principio dispositivo en un entorno colonizado ideológicamente por el formalismo y el ritualismo jurídicos, hace que su práctica dependa casi únicamente de las partes, tal como aparece en la evidencia de los peritajes tomados como fuente para este ensayo.³⁸ Si no existe en la norma positiva, no existe:

“De ahí que el presupuesto previo a la traslatividad sea la disponibilidad, es decir, la situación idónea en que se halla un instrumento de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vistas a su posterior utilización en juicio. La disponibilidad es el puente que une las propiedades de impresión con las de propiedades de traslación.”³⁹

Por eso es importante la inclusión normativa de los peritajes que trae el *Código Orgánico de la Función Judicial*. No obstante, el Estado debe subvencionar estos peritajes, pues adquiere una especial gravedad cuando su práctica es necesaria para establecer la verdad alegada por la parte débil del proceso. Por esta razón se vuelve indispensable, como un primer paso, el reconocimiento de esta pericia en la norma positiva, y que no dependa exclusivamente de las partes, sino que también –principalmente- pueda ser pedida por la jueza o juez.⁴⁰

Luego, también a partir de la autonomía de la voluntad el proceso se vuelve una lucha por obtener una respuesta al conflicto. Esto mina el entendimiento de una pericia antropológica, pues su naturaleza está más guiada a otorgar sentido a los hechos reales de un caso, que a resolver conflictos litigiosos.⁴¹ Y es aquí donde se vuelve en una barrera endógena para entender una pericia antropológica. Una prueba de esto es que el ordenamiento jurídico tradicional permite desde hace mucho tiempo, teóricamente, la adopción de los peritajes antropológicos, no obstante, su desarrollo ha sido marginal por el formalismo jurídico y una práctica judicial indolente.⁴²

III. Conclusiones. Los horizontes de la valoración constitucional de las pruebas

La Constitución de 2008 reconoció la justicia indígena en plano de igualdad a los sistemas de justicia y el derecho propio de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas frente al sistema de justicia y derecho estatales. Esto significa que se crea

38 Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico Kichwa de Shiwayacu...*, op.cit. Aquí fue solicitado por el Presidente de la comunidad, Gabriel Cerda Grefa; Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas Kitu Kara...*, op.cit.. En este peritaje, el solicitante fue realizada por los dirigentes del ramal Chichipata del sistema de riego de Tumbaco.

39 Roland Arazi, op.cit., p. 328.

40 Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009, Art. 19 y 344.b.

41 Jorge Untuña, El Peritaje Antropológico como prueba judicial ante un conflicto cultural y normativo, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006, p. 33.

42 *Código de Procedimiento Civil*, Codificación, RO-S 687: 18-may-1987, Art. 250: “Se nombrará perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio.”

la posibilidad de construir un derecho objetivo de tipo igualitario que obligaría al Estado a modificar sus estructuras jurídicas monistas.⁴³ Esto significa la emergencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario con potencialidades de interrelación.

En este contexto, la integración del principio de intercultural con el sistema de garantías que se materializa principalmente en el *Código Orgánico de la Función Judicial* y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, como una consecuencia del Estado constitucional del derechos y justicia, abre la puerta al ingreso de nuevos patrones culturales que modifiquen sustancialmente la práctica judicial y el derecho a favor de la dominación hegemonía.⁴⁴ Las pericias antropológicas consisten en un elemento importante para comunicar los códigos culturales al sistema de justicia entre los diversos colectivos (no sólo los indígenas)⁴⁵ con el fin de procesarlos a través de decisiones más cercanas a la realidad y diversidad social, que sean legitimadoras de su actuación y que influyan estratégicamente en los problemas estructurales que sostienen y toleran una sociedad inequitativa y antidemocrática.

La lógica renovada y renovadora del constitucionalismo de la Constitución de 2008 es un elemento importante a tener en cuenta en este proceso de construir una hermenéutica intercultural, alrededor del cual los peritajes antropológicos se constituyan en una herramienta indispensable por varias razones.

Primero, el derecho por principios y el rol activo de las servidoras y servidores judiciales es un espacio propicio para discutir cuestiones que escapan al normativismo tradicional como cultura jurídica dominante, pues funciona como un nexo en doble vía de comunicabilidad entre los ordenamientos internos y los sistemas universales y regionales de derechos humanos.⁴⁶

Segundo, la metodología amplia de sistema de garantías propone parámetros importantes para el diálogo intercultural. Los más importantes constan ya en el *Código Orgánico de la Función Judicial* y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.⁴⁷

Por otro lado, es importante construir estrategias de comunicabilidad entre los peritajes y sus actores, y la lógica jurídica del nuevo constitucionalismo como una forma de superación del formalismo jurídico que es una barrera, a veces, invisible

43 Gina Chávez, "El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!", *En Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 82

44 Luis Fernando Ávila Linzán, "Los Caminos de la Justicia Intercultural", en Carlos Gallegos y Danilo Caicedo, eds., *Derecho Ancestral. Justicia en contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 579.

45 Danilo García, "Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico", en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLAC-SO), 2006, p. 15.

46 Cfr., Ariel Dulizky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", en Víctor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Argentina, Editorial del Puerto, 2007.

47 *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO-S 544: 9-mar-2009, Art. 344; *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO-S2 52: 22-oct-2009, Art. 66.

por su imbricación con la cultura jurídica y judicial. Particular rol y compromiso tiene la Escuela Judicial en la implementación de las políticas de formación adecuadas. El centro de éstas está en la formulación de las políticas de justicia —no sólo en las leyes—, que deberá considerar tres prioridades a partir de las barreras ideológicas identificadas en este estudio:

- a. La introducción en la formación judicial de elementos de análisis antropológicos y otras ciencias sociales. No es suficiente con la incorporación en el programa de una materia sobre los peritajes antropológicos; sino incluir algunos enfoques que transversalicen toda la formación, inicial y permanente de las servidoras y servidores judiciales;
- b. Al mismo tiempo y de manera similar, debe incluirse estos enfoques en la educación de pregrado; y,
- c. La identificación de las barreras ideológicas de este estudio deben servir a los organismos jurisdiccional, especialmente a las altas cortes, a establecer protocolos de intervención e interpretación, a partir de los cuales se construyan precedentes para la interpretación intercultural. En este punto es importante dejar en claro que se debe maximizar hasta lo posible la autonomía de los sistemas de justicia indígena, al punto que estas políticas de justicia (jurisdiccional) puedan ser consensuadas con las comunidades, nacionalidades y pueblos, y otros colectivos concretos (niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, etc.).

Luego, entender estas barreras ideológicas, que se presentan transversalmente en el derecho —no sólo en los peritajes aquí analizados—, puede desmitificar las expectativas reales que se tienen respecto del éxito en la presentación de los informes periciales a las juezas y jueces para su valoración, y pueden ayudar a las peritas y peritos antropólogas/os a buscar en sus informes algunas fórmulas para comunicar sus hallazgos hasta mientras el nuevo constitucionalismo transforma los esquemas ideológicos del derecho y la justicia dominantes establecidos en las normas positivas. La desazón de *Esther Sánchez Botero* al ver que en las sentencias de tutela en la gran mayoría de casos no son tomados en cuenta los puntos de vista de la antropología jurídica, pudiera verse aliviada en un primer momento, pero luego llevaría a definir estrategias coyunturales de litigio y comunicación.⁴⁸

Por último, comprender estas barreras en un ámbito más amplio puede ser parte de una estrategia general que supere la simple denuncia clásica del rol privatista del derecho popularizada en Latinoamérica por *Pashukanis* como instrumento de clase y elemento estático de la superestructura social,⁴⁹ y que permita la mutación efectiva del derecho en un instrumento estratégico para la transformación social.

48 Cfr., Esther Sánchez Botero, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, 2006.

49 Cfr., E.B. Pashukanis, "Ideología y Derecho", en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- Arazi, Roland, “Medios de Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, *Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- _____, “Los Caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Gallegos y Danilo Caicedo, eds., *Derecho Ancestral y Justicia en contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Calamandrei, Piero, “De la Fe en los Jueces. Primer requisito del abogado”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Carnelutti, Francesco, “Percepción y deducción en las pruebas”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!”, *En Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Couture, Eduardo, “Prueba y su Valoración”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000.
- Devis Echandía, Hernando, “La Valoración de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000.
- Dulizky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Victor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Argentina, Editorial del Puerto, 2007.
- Fernández, Alberto, *Función Creadora del Juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- García, Danilo, “Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico”, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006.
- García Serrano, Fernando, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007.
- _____, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito.

- Guasp, Jaime, “De la Prueba en General”, en Fernando Quiceno, comp., *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Ioffe, O.S, *Derecho Civil Soviético. Principios generales. La propiedad socialista personalidad jurídica. El contrato*, México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.
- Moral Soriano, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.
- López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.
- Pashukanis, E.B., “Ideología y Derecho”, en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
- Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007
- Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther, *El peritaje antropológico. Justicia en clave intercultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.
- _____, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, 2006.
- Santos, Boaventura De Souza Santos, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001
- Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García-Villegas, Mauricio, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf
- Untuña, Jorge, El Peritaje Antropológico como prueba judicial ante un conflicto cultural y normativo, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006.
- Vishinski, A., “Libre Calificación de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, “*Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*”, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Normativa jurídica

Código de Procedimiento Civil, Codificación, RO-S 687: 18-may-1987.

Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009.

Constitución del Ecuador de 2008, RO 449: 20-oct-2008.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, RO-S2 52: 22-oct-2009.

La enseñanza del derecho desde la caja de Herramientas Foucaultiana (Law Teaching from the Foucaultian Toolbox)

MAURO BENENTE¹

Resumen: En el presente trabajo reconstruyo, desde varias referencias dispersas en sus obras, algunas reflexiones de Foucault respecto de la Universidad. Además de explorar algunas referencias históricas sobre la Universidad, algunas de sus funciones y su rol en el disciplinamiento de los saberes y los cuerpos, intento avanzar, hacia el final del trabajo, sobre ciertas ideas específicas sobre el derecho

Palabras clave: Universidad- Disciplina- Saber- Derecho, Educación

Abstract: In this **work** I reconstruct, from several references dispersed in his **work**, some of Foucault's reflections about **University**. I explore some historical references about the University, **their** functions, and its role in the **disciplinarization of knowledge and bodies, and, at the same time, I try to advance, at the end of the work, certain specifics ideas about law.**

Keywords: University- Discipline- Knowledge- Law, Education

*“¿Se debe considerar que la Universidad se ha derrumbado en mayo, que la cuestión está zanjada, y pasar a otra cosa como hacen actualmente grupos con los que trabajo: lucha contra la represión en el sistema de las prisiones, hospitales psiquiátricos, justicia, policía?
¿O bien esto no es más que un modo de evitar una evidencia que todavía me molesta, que consiste en que la estructura universitaria continúa en pie y que es necesario continuar luchando en este terreno?” (Foucault, 1971:53)*

I. Introducción

En una entrevista que le realizara Roger-Pol Droit en junio de 1975 —año en el cual publicara *Vigilar y Castigar*, tal vez el libro más popular del autor francés dentro de las facultades de derecho—, tras negarse a autodefinirse como un filósofo o como un historiador, Michel Foucault se consideraba como a sí mismo como un *artificiero*. En este sentido, decía: “(f)abrico algo que sirve, en definitiva, para un cerco, una guerra o una destrucción. No estoy a favor de la destrucción, sino de que se pueda seguir adelante y avanzar, de que los muros se puedan derribar” (Foucault, 1975a: 73-74). Por esos mismos años, Foucault se negaba a considerar su obra como un conjunto de ideas que implicasen una unidad conceptual y prefería concebirla como una caja de herramientas que podrían usarse o dejarse de lado (Eribon, 1994:19; Macey, 1993:33). En este orden de ideas, en una entrevista de enero de 1975, Foucault decía: “Todos mis libros, tanto la *Historia de la locura* como cualquier otro, pretender ser pequeñas cajas de herramientas. Si la gente quiere abrirlas y servirse de una frase, de una idea o de un análisis, como de un destornillador o de una llave de tuercas, para cortocircuitar, descalificar, romper los sistemas de poder, incluidos, si se tercia, aquellos de los que mis libros han

¹ Universidad de Buenos Aires-CONICET. maurobenente@yahoo.com. Recibido el 8 de mayo de 2010, aceptado el 12 de noviembre de 2010.

salido..., ¡pues bien, tanto mejor!” (Foucault, 1975b:57).² Ya hacia octubre de 1982, a poco menos de dos años del fin de sus días, y tras unas célebres conferencias dictadas en la Universidad de Vermont, nuevamente en el marco de una entrevista, Foucault afirmaba que “(m)i papel —y ésta es una palabra demasiado enfática— consiste en enseñar a la gente que son mucho más libres de lo que se sienten, que la gente acepta como verdad, como evidencia, algunos temas que han sido contruidos durante cierto momento de la historia, y que esa pretendida evidencia puede ser criticada y destruida. Cambiar algo en el espíritu de la gente, ése es el papel del intelectual” (Foucault, 1982:143).

Si trazáramos una hermenéutica tendiente al hallazgo de unidades conceptuales en su obra, tal vez sería dificultoso encontrar abundantes pasajes o reflexiones de Foucault relativas a la enseñanza del derecho. No obstante, este trabajo intentará explorar si dentro de la caja de herramientas de la obra foucaultiana es posible encontrar alguna llave, alguna pinza, algún elemento que nos permita derribar algún muro, algo que nos permita cambiar nuestros espíritus, algo que nos permita reflexionar sobre la enseñanza del derecho en el ámbito universitario.

II. La enseñanza del derecho en el ámbito universitario

Es menester aclarar que en los trabajos de Michel Foucault no hay reflexiones directas a la enseñanza del derecho en el ámbito universitario, pero sí podemos extraer algunos desarrollos sobre la institución universitaria. Incluso, aunque aquí no me concentraré en este asunto, en 1965 Foucault participó de una comisión conformada en el marco de una propuesta de reforma del sistema de enseñanza superior impulsada por el Ministro de Educación General del gobierno de De Gaulle, Christian Fourret. En el contexto de esta comisión, Foucault elaboró —junto con François Chamoix— un *Apunte relativo a la reforma de las facultades de letras* y también propuso planes de estudios para la enseñanza media y superior (Eribon, 1994:177-187).

Cuando el 2 de diciembre de 1970 Foucault se hizo cargo de la cátedra de “Historia de los sistemas de pensamiento” en el *Collège de France*³ pronunció su lección inaugural, en la cual desarrolló algunas líneas de trabajo para los años subsiguientes. En dicha lección, traducida como *El orden del discurso*, Foucault sugirió, a modo de hipótesis, que “en toda sociedad la producción de discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos

2 Años más tarde, en una breve entrevista publicada en 1977 Foucault indicaba que “(e)ntender la teoría como una caja de herramientas quiere decir: -que no se trata de construir un sistema sino un instrumento; una lógica propia a las relaciones de poder y a las luchas que se comprometen alrededor de ellas; —que esta búsqueda no puede hacerse más que poco a poco, a partir de una reflexión (necesariamente histórica de alguna de sus dimensiones) sobre situaciones dadas” (Foucault, 1977a:85).

3 Antes de hacerse cargo Foucault, la cátedra era ocupada por Jean Hyppolite y llevaba el nombre de “Historia del pensamiento filosófico”. En el opúsculo redactado en favor de su propia candidatura, Foucault bregó por la tarea de comenzar una “historia de los sistemas de pensamiento”. El 30 de noviembre de 1969, la Asamblea de Profesores del *Collège de France* sustituyó cátedra de “Historia del pensamiento filosófico” por la de “Historia de los sistemas de pensamiento” y meses más tarde, el 12 de abril de 1970, la Asamblea eligió como titular de la cátedra a Michel Foucault.

que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (Foucault, 1970:14). En este orden de ideas, sugiere que la producción de discursos se encuentra sometida a tres sistemas de control: 1) controles externos; 2) controles internos; 3) un tercer grupo de sistemas de control a los que Foucault no asigna ningún nombre en particular.

Dentro de los sistemas de control externos, que funcionan como sistemas de exclusión de discursos y aluden a la parte del discurso que pone en juego el poder y el deseo, se destacan tres: la *prohibición* —“uno sabe que no tiene derecho a decir todo, que no se puede hablar de todo en cualquier circunstancia, que cualquiera, en fin, no puede hablar de cualquier cosa” (Foucault, 1970:14)—; la *separación y rechazo* —aquí Foucault trae como ejemplo la oposición entre locura y razón y recuerda las limitaciones a la circulación del discurso del loco durante la Edad Media—; la *oposición entre lo verdadero y lo falso* o también denominado *voluntad de verdad* —aquí el sistema de exclusión no opera a nivel proposicional donde las distinciones no son arbitrarias, sino en una voluntad de saber con apoyatura institucional que encuadra, que enmarca, al discurso—. ⁴

Los sistemas de control internos son procedimientos en los cuales los mismos discursos ejercen su propio control. “Son procedimientos que juegan un tanto en calidad de principios de clasificación, de ordenación, de distribución, como si se tratase en este caso de dominar otra dimensión del discurso: aquella de lo que acontece y del azar” (Foucault, 1970:25). Dentro de estos sistemas se destacan: el *comentario* —en las sociedades hay una suerte de nivelación entre los discursos: mientras algunos desaparecen en el acto mismo que son pronunciados, otros, como los textos religiosos o jurídicos, se mantienen o se habla de ellos por mucho tiempo. El comentario permite construir nuevos discursos, pero a condición de que se diga lo que ya se había dicho. Asimismo, y tal vez por esto, “el comentario conjura el azar del enunciado al tenerlo en cuenta” (Foucault, 1970:29); el *autor* —el autor como foco de coherencia del discurso, como el origen y la unidad de las significaciones limita también el azar del discurso, en este caso, “por el juego de una *identidad* que tiene la forma de la *individualidad* y del *yo*” (Foucault, 1970:32); la *disciplina* —la disciplina es un conjunto de reglas, un número de proposiciones que se consideran verdaderas, instruye un ámbito de objetos a investigar, un conjunto de métodos a aplicar para hacerlo. Antes de que se pueda analizar la falsedad o veracidad de una proposición es menester haber cumplido las reglas de la disciplina, es menester estar en el ámbito de la verdad—. ⁵

4 Como bien explica Godoy Arcaya, Foucault “(n)o se refiere al estatuto verdadero de las proposiciones que configuran el discurso, porque a su interior la separación entre verdad y falsedad no es arbitraria. El problema, según el filósofo, radica más bien en la exterioridad del discurso, en la voluntad de saber que lo dimensiona y lo encuadra” (Godoy Arcaya, 1990:111)

5 Así, Foucault insiste en que “(s)iempre puede decirse la verdad en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no se está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una «policía» discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos. La disciplina es un principio de control de la producción del discurso. Ella le fija sus límites por el juego de una identidad que tiene la forma de una reactualización permanente de las reglas” (Foucault, 1970:38).

Finalmente, Foucault detecta un tercer procedimiento que controla los discursos. En este caso yo no se trata de dominar los poderes de los discursos, ni de limitar los azares de su aparición, sino de determinar las condiciones de su empleo, de imponer a los individuos que lo enuncian un determinado número de reglas. “Enrarecimiento, esta vez, de los sujetos que hablan; nadie entrará en el orden del discurso si no satisface ciertas exigencias o si no está, de entrada, cualificado para hacerlo” (Foucault, 1970:39). Dentro de este tercer grupo relacionado con el *sujeto que habla*, se encuentran el *ritual* —que estipula las cualidades que debe poseer el sujeto que habla y los signos que deben acompañar el discurso—; las *sociedades de discurso* —que a través del juego del secreto y la divulgación, mantienen y excluyen discursos. Aquí un grupo reducido posee discursos y restringe su circulación—; los *cuerpos doctrinarios* —éstos pueden concebirse como la contrapartida de las *sociedades de discurso* ya que no hay una limitación en el número de individuos, pero sí una doble sumisión: “la de los sujetos que hablan a los discursos, y la de los discursos al grupo” (Foucault, 1970:44).

Aunque algunos, o incluso la gran mayoría, de los procedimientos de control podrían percibirse dentro de la institución educativa, explícitamente, Foucault se refiere a la educación como uno de los mecanismos de control de los discursos. Nuestro autor sitúa a la *educación* dentro de este tercer grupo de procedimientos de control. y si bien no deja de reconocer que es el instrumento que permite el acceso a cualquier tipo de discurso, “se sabe que sigue en su distribución, en lo que permite y en lo que impide, las líneas que le vienen marcadas por las distancias, las oportunidades y las luchas sociales. Todo sistema de educación es una forma política de mantener o de modificar la adecuación de los discursos, con los saberes y los poderes que implican” (Foucault, 1970:45).

Además de los desarrollos sobre de los sistemas de control del discurso, la exposición estuvo dedicada a la metodología de trabajo que Foucault recomendaba a partir de aquella hipótesis mencionada, pero no se encuentran referencias específicas a la Universidad. Éstas aparecerán en el curso que Foucault dictó en el *Collège de France* durante los primeros meses de 1976, traducido como “*Defender la sociedad*”. Aquí podría rastrearse, lo que podríamos denominar —con bastante liviandad como un estudio de caso de aquello que Foucault narraba en esta lección inaugural.

En lo que el mismo Foucault consideró un *excursus* dentro de la clase del 25 de febrero de 1976, el autor nacido en Poitiers rescató el modo en que a lo largo del siglo XVIII era posible percibir una existencia polimorfa y dispersa de saberes técnicos, muchos de ellos en un estado de disputa entre sí. En este contexto, el Estado intervino en las luchas a través de cuatro operaciones: la *selección*, mediante la cual ciertos saberes fueron eliminados o descalificados como tales; la *normalización* de ciertos saberes entre sí, operación que permitió la comunicación entre ellos; la *jerarquización* de los diferentes saberes y, finalmente; la *centralización* piramidal, que permitió tanto el control cuanto la transmisión de los saberes. Estas operaciones

llevaron a Foucault a sostener que el siglo XVIII “fue el siglo del disciplinamiento de los saberes, es decir, la organización interna de cada uno de ellos como una disciplina que tiene, en su campo de pertenencia, a la vez criterios de selección que permiten desechar el falso saber, el no saber, formas de normalización y de homogeneización de los contenidos, formas de jerarquización y, por último, una organización interna de centralización de esos saberes en torno de una especie de axiomatización de hecho. Por lo tanto, ordenamiento de cada saber como disciplina y, por otra parte, exposición de esos saberes así disciplinados desde adentro, su puesta en comunicación, su distribución, su jerarquización recíproca en una suerte de campo o disciplina global que se denomina, precisamente, *la ciencia*” (Foucault, 1976a:169-170).⁶

El siglo XVIII fue el siglo del disciplinamiento de los saberes, y a los ojos de Foucault, la Universidad adquirió un rol sumamente importante en este proceso. En este sentido, y siempre de acuerdo con nuestro autor, en el siglo XVIII la Universidad se erigió con una “función de selección, no tanto de personas (que en esencia no es muy importante, después de todo) como de saberes. Y ejerce ese papel por la especie de monopolio de hecho, pero también de derecho, que hace que un saber que no haya nacido, que no se haya formado dentro de esa suerte de campo institucional —de límites relativamente fluctuantes, por lo demás, pero que constituye en líneas generales la universidad y los organismos oficiales de investigación—, el saber en estado salvaje, el saber nacido en otra parte, quede, de entrada y de manera automática, no digamos que totalmente excluido, pero sí al menos descalificado *a priori*” (Foucault, 1976a:171). La Universidad desempeñó una importante tarea en la homogeneización de saberes a partir de la constitución de una comunidad científica, comunidad que captura e invalida los saberes de las masas. En este sentido, en una célebre conversación mantenida con Gilles Deleuze y publicada en 1972, Foucault argumentaba que las luchas que se estaban dando por aquel entonces mostraban que las masas no necesitaban de los intelectuales para saber: “ellas saben perfectamente, claramente, mucho mejor que ellos, y además lo dicen muy bien. Sin embargo existe un sistema de poder que intercepta, prohíbe, invalida ese discurso y ese saber. Poder que no está tan sólo en las instancias superiores de la censura, sino que penetra de un modo profundo, muy sutilmente en toda la red de la sociedad. Ellos mismos, los intelectuales, forman parte de ese sistema de poder, la propia idea de que son los agentes de la «conciencia» y del discurso forma parte de ese sistema” (Foucault, 1972:9).

6 Este tipo de reflexiones tiene un antecedente preliminar en un debate publicado en 1971 en el n° 14 del periódico *Actuel*, aunque aquí ya no es el Estado el que interviene en la descalificación de saberes, sino que esta intervención se da en un plano más microfísico. Así, Foucault decía que “(h)ay por una parte todo un saber técnico de los obreros que ha sido objeto de una incesante extracción, traslación, transformación por parte de los patronos y por parte de los que constituyen «los cuadros técnicos» del sistema industrial: con la división del trabajo, a través de ella y gracias a ella, se constituye todo un mecanismo de apropiación del saber, que oculta, confisca y descalifica el saber obrero (sería necesario analizar desde esta perspectiva las «grandes escuelas científicas»)” (Foucault, 1971:32)

La emergencia de las universidades se enclava en un cambio de forma de dogmatismo, cambio que implica que la disciplina es, a partir de entonces, interna a los saberes. Ya no implica una *ortodoxia de los enunciados*, no se produce como otrora un control que sobre el enunciado mismo, sino que el control recae sobre las regularidades de las enunciaciones, lo que Foucault denomina *ortología*. Así, “(l)a disciplina, la disciplinarización interna de los saberes que se introduce en el siglo XVIII va a sustituir esa ortodoxia —que recaía sobre los enunciados mismos y seleccionaba los que eran conformes y los que no lo eran, los aceptables y los inaceptables— por otra cosa: un control que no se ejerce sobre el contenido de los enunciados, su conformidad o no a cierta verdad, sino sobre la regularidad de las enunciaciones. El problema consistirá en saber quién ha hablado y si estaba capacitado para hacerlo, en qué nivel se sitúa ese enunciado, en qué conjunto podemos volver a ubicarlo, en qué sentido y medida está de acuerdo con otras formas y otras tipologías de saber” (Foucault, 1976a:171-172).

Las universidades se erigen a los ojos de Foucault como instituciones de disciplinamiento. Ya no, o no solamente, de un disciplinamiento que se aplica sobre el cuerpo como ocurre en las prisiones, los cuarteles, las escuelas y los hospitales⁷ sino un disciplinamiento que opera al interior de los enunciados, que controla la producción de enunciados. No obstante lo anterior, es menester realizar una pequeña aclaración de cómo debemos comprender, según las indicaciones —o a esta altura el disciplinamiento— brindado por Gilles Deleuze, el desempeño de las instituciones en la obra foucaultiana.

Deleuze aborda específicamente la obra de Foucault en dos muy lúcidos trabajos, ambos muy conocidos. En *Conversaciones*, que es una compilación de entrevistas y trabajos breves, el tercer apartado está dedicado a Michel Foucault, y el último de los artículos es el famoso “Post- scriptum sobre las sociedades de control”, en el cual Deleuze anuncia la crisis de las instituciones de la *sociedad disciplinaria* y la emergencia de la *sociedad de control* (Deleuze, 1990:277-286). Sobre el segundo, publicado dos años después de la muerte de Foucault —aunque con algunos trabajos publicados con anterioridad— y titulado sencillamente *Foucault*, es sobre el que quisiera detenerme.

Deleuze ha canonizado, en uno de los capítulos que componen el citado trabajo, una serie de postulados que Foucault se encarga de desarticular y a la vez, a partir de esta desarticulación, construir las premisas de análisis del poder:⁸

- Postulado de la propiedad: El poder sería propiedad de una clase. Foucault arguye que el poder no es una propiedad, sino una estrategia y se ejerce más que se posee (Deleuze, 1986:51);
- Postulado de la localización: El poder estaría localizado en el aparato de Estado. Foucault propone que el poder no tiene una localización

⁷ Si bien algo diré más adelante, sobre la disciplina aplicada al cuerpo con el objetivo de transformar a los cuerpos en *cuerpos dóciles*, convertir la fuerza en *fuerza de trabajo* y el tiempo en *tiempo de trabajo*, consultar, aunque no exclusivamente, Foucault (1973:93-121; 1973-1974; 1974-1975; 1975c:139-230; 1976a; 1976b).

⁸ Estos postulados son reseñados, por ejemplo en Morey (1981), Díaz (2005, 105-106)

concreta y el Estado se erigiría como resultante de una multiplicidad de engranajes que constituyen una «microfísica del poder» (Deleuze, 1986:51-52);

- Postulado de la subordinación: El poder estatal se encontraría subordinado a una infraestructura configurada por el modo de producción. Más allá de que puedan hallarse correspondencias entre los regímenes punitivos y los sistemas de producción, para Foucault no puede hablarse de una determinación económica (Deleuze, 1986:52-53);
- Postulado de la esencia o atributo: El poder poseería una esencia y cualificaría a aquellos que lo tienen —dominantes— y a aquellos que no lo tienen —dominados—. Frente a este panorama, Foucault propone que el poder no es un atributo, sino una relación, un conjunto de relaciones de fuerzas (Deleuze, 1986:53-54);
- Postulado de la modalidad: El poder actuaría a través de la violencia o la ideología. Muy por el contrario, “(e)l poder más que reprimir «produce realidad» y más que ideologizar, abstraer u ocultar, produce verdad” (Deleuze, 1986:55);
- Postulado de la legalidad: El poder del Estado se expresa a través de la ley que escinde los dominios de la legalidad y la ilegalidad. No obstante, para Foucault la ley es una distribución de los ilegalismos “unos que permite, hace posible o inventa como privilegio de la clase dominante, otros que tolera como compensación de las clases dominadas, o que incluso hace que sirvan a la clase dominante, otros, por último, que prohíbe, aísla y toma como objeto, pero también como medio de dominación” (Deleuze, 1986, 55-56).⁹

Otro de los capítulos del libro, Deleuze lo inicia con la pregunta “¿Qué es el poder?” En este capítulo, titulado “Las estrategias o lo no estratificado: el pensamiento del afuera (poder)”, Deleuze indica que en la obra de Foucault el poder concebido como una relación de fuerzas, que toda relación de fuerzas es una relación de poder. Deleuze

⁹ Sin perjuicio de la sistematización deleuziana, es de destacar que en la misma obra de Foucault se puede detectarse con bastante nitidez la enunciación de los postulados. Así, en *Vigilar y Castigar* se lee que “el estudio de esta microfísica supone que el poder que en ella se ejerce no se conciba como una propiedad, sino como una estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una <<apropiación>>, sino a unas disposiciones, a unas maniobras, a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos; que se descifre en él una red de relaciones siempre tensas, siempre en actividad más que un privilegio que se podría detentar; (...) Hay que admitir en suma que este poder se ejerce más que se posee, que no es el privilegio adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas, efecto que manifiesta y a veces acompaña la posición de aquellos que son dominados. Este poder, por otra parte, no se aplica pura y simplemente como una obligación o una prohibición, a quienes <<no lo tienen>>; los invade, pasa por ellos, y a través de ellos (...) Lo cual quiere decir que estas relaciones descienden hondamente en el espesor de la sociedad, que no se localizan en las relaciones del Estado con los ciudadanos o en la frontera de las clases y que no se limitan a reproducir al nivel de los individuos, de los cuerpos, unos gestos y unos comportamientos, la forma general de la ley o del gobierno (...) Finalmente no son unívocas; definen puntos innumerables de enfrentamiento, focos de inestabilidad cada uno de los cuales comporta sus riesgos de conflicto, de luchas y de inversión por lo menos transitoria de las relaciones de fuerza” (Foucault, 1975b:33-34).

volverá sobre algunas caracterizaciones ya enumeradas, profundizará en otras y, en lo que aquí nos interesa, dará cuenta del desempeño de las instituciones. Las relaciones de poder en determinado momento son integradas —estabilizadas y estratificadas—, pero en un principio las integraciones son locales, parciales, no totalizantes y los factores integrantes no son otra cosa que las instituciones. “Las instituciones no son fuentes o esencias, no son ni esencia ni interioridad. Son prácticas, mecanismos operatorios que no explican el poder, puesto que presuponen las relaciones y se contentan con «fijarlas»; su función es reproductora no productora. El Estado no existe, lo único que existe es un estatismo, y lo mismo se diría de los demás casos (...) Una vez más, estamos ante problemas de capturas muy variables, horizontales y verticales. Si la forma Estado, en nuestras formaciones históricas, ha capturado tantas relaciones de poder, no es porque esas relaciones deriven de ella, sino, al contrario, porque una operación de «estatismo continuo», por lo demás muy variable según los casos, se ha producido en el orden pedagógico, judicial, económico, familiar, sexual, que tiene por objetivo una integración global. En cualquier caso, lejos de ser el origen, el estado supone las relaciones de poder” (Deleuze, 1986, 104-105).

Como bien explica Maurizio Lazzarato, la interpretación deleuziana de la obra de Foucault, distingue de un lado a las relaciones de poder y de otro a las instituciones, siendo las primeras relaciones de fuerzas y las segundas agentes de estratificación e integración de esas fuerzas (Lazzarato, 2004:84).¹⁰ Si bien retornaré superficialmente el asunto en el último párrafo de este artículo, parecería que si las indicaciones de Deleuze son correctas, al momento de buscar las herramientas en la caja foucaultiana, tal vez la estrategia debiera apuntar al hallazgo de herramientas que antes de apuntar a derribar los muros institucionales —en este caso la Universidad y en particular la Facultad de Derecho—, debieran centrarse en los cimientos sobre los que éstos se apoyan, se sostienen: sobre las relaciones de poder que las instituciones integran y de las que derivan. No obstante, antes de avanzar sobre este asunto, veamos otras referencias a la Universidad que pueden rastrearse en las obras foucaultinas.

III. El derecho de ejercicio y la enseñanza médica

El título de este apartado es el que Foucault emplea para la segunda parte del tercer capítulo de *El nacimiento de la clínica*, publicado trece años antes del *excursus* sobre la universidad que anteriormente referenciamos, en mayo de 1963 —en el mismo mes en que se publicara *Raymond Roussel*—. ¹¹

10 En similar sentido, pero en otra de sus obras, Lazzarato afirma que “el poder en las sociedades occidentales siempre había sido pensado a partir de la forma jurídica y a partir de la institución (...) Foucault invierte esto; él sostiene que hay una multiplicidad de relaciones de poder, y que no son las instituciones ni el Estado las que producen estas relaciones, al contrario, el Estado y las instituciones derivan de las relaciones de poder” (Lazzarato, 2006:88-89).

11 Si bien no es asunto de este trabajo, sugiriendo cierta preocupación por la temática de la muerte en ambas publicaciones, Gary Gutting sostiene que “(e)n varios sentidos, *El nacimiento de la clínica* es el equivalente científico de del esteticismo de *Raymond Roussel*, expresando en el modo de un análisis histórico ajustado las preocupaciones que guiaron la paciente exploración de Foucault sobre las complicaciones

El nacimiento de la clínica puede que, en parte por su espeso lenguaje médico, no sea el trabajo de lectura más amena que pueda encontrarse en la caja de herramientas de Foucault. El prefacio del libro comienza con dos descripciones. En la primera describe el tratamiento que, hacia fines del s. XVIII Pomme aplicó a una paciente histérica “haciéndola tomar «baños de diez a doce horas por día, durante diez meses completos»” y al término del período se narra que “Pomme vio «porciones membranosas, parecidos a fragmentos de pergamino empapado... desprenderse con ligeros dolores y salir diariamente con la orina, desarrollarse a la vez el uréter del lado derecho y salir entero por la misma vía». Lo mismo ocurrió «con los intestinos que, en otro momento, se despojaron de la túnica eterna, la que vimos salir por el recto...»” (Foucault, 1963:1). A continuación, se narra la descripción, que menos de cien años más tarde, efectuaba Bayle respecto de sus pacientes afectados por meningitis crónica: “«Su superficie externa aplicada a los aracnoides de la durámater se adhiere a esta lámina, ora de un modo muy flojo, y entonces se las separa fácilmente, ora de un modo firme e íntimo y, en este caso, algunas veces es muy difícil desprenderlas (...) Las falsas membranas son a menudo transparentes, sobre todo cuando son muy delgadas; pero, por lo común, tienen un color blanquecino, grisáceo, rojizo y más raramente amarillento, parduzco y negruzco...»” (Foucault, 1963:1-2).

Lo que Foucault detecta es una gran diferencia entre ambos discursos: mientras en el segundo se apela a una constante visibilidad, se percibe una impregnación positivista, en el primero no es posible encontrar tal apoyatura perceptiva. El trabajo de Foucault comienza con esta alerta sobre las mutaciones del discurso y la apertura de la posibilidad de lo que denomina *experiencia clínica*, esto es, “hacer sobre el individuo un discurso de estructura científica” (Foucault, 1963:8). La clínica, con una fuerte apoyatura en el empirismo, en la mirada,¹² se erige como una reorganización del discurso médico pero también como una reorganización de la posibilidad de un lenguaje sobre la enfermedad. Ante este panorama descrito en el prefacio del libro, Foucault indica que el objetivo de su trabajo estará encaminado a “determinar las condiciones de posibilidad de la experiencia médica, tal como la época moderna la ha conocido” (Foucault, 1963:15).¹³

barrocas de Roussel” (Gutting, 2005:8).

Por otro lado, es de destacar que en 1972, año de su reedición, la obra fue ligeramente corregida por el mismo Foucault. Entre otras cosas, fue suprimido el subtítulo de *una arqueología de la mirada médica* pero en las ediciones castellanas se siguió publicando con este subtítulo.

12 En este sentido, Foucault asevera que “(l)a clínica es probablemente el primer intento, desde el Renacimiento, de formar una ciencia únicamente sobre el campo perceptivo y una práctica sólo sobre el ejercicio de la mirada” (Foucault, 1963:130).

13 Aunque sea sumamente esquemático, en vistas de aproximar algo más los objetivos de Foucault en *El nacimiento de la clínica*, podría afirmarse que junto con *Historia de la locura en la época clásica* —su tesis de doctorado— de 1961, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* de 1966 y *La arqueología del saber* de 1969, se inscribe dentro del denominado período arqueológico de la obra de Foucault, atravesado por la búsqueda de las condiciones de posibilidad de la emergencia de ciertos discursos.

En lo aquí nos interesa, Foucault muestra el modo en que la *medicina de las epidemias*, se opone a la *medicina de clases*, pero a pesar de sus notables diferencias ambas se encuentran ante similares exigencias: “la definición de un estatuto político de la medicina, y la constitución, a escala de un estado, de una conciencia médica, encargada de una tarea de información, de control y de sujeción” (Foucault, 1963:48-49). Asimismo, y en lo que tal vez no sea uno de los ejes principales de este trabajo de Foucault, pero que nos puede servir como herramienta en nuestro emprendimiento, es interesante rescatar la discusión que se dio en Francia durante el siglo XVIII —tanto antes cuanto durante la Revolución Francesa— respecto de la enseñanza de la medicina. Tal como veremos, es posible hallar que en los proyectos que pretendían centralizar tanto el discurso cuanto de la prestación de la medicina, se bregaba por una intensificación de la enseñanza médica y una centralización de esta enseñanza en las manos de las Facultades. Muy por el contrario, quienes bregaban por un régimen más libre del ejercicio de la medicina, se inclinaban, incluso, por la abolición misma de la Universidad.

Es de destacar que durante los años del Directorio se discutió intensamente la reorganización de la medicina. De un lado, figuras como Cabanis y Pastoret, sugerían que en primer lugar era menester reorganizar las condiciones de ejercicio de la medicina y luego reorganizar la enseñanza de la medicina; mientras que del otro lado, figuras como Daudunu o Prieur de la Côte-d’Or, sugerían que en primer lugar era necesario reordenar la enseñanza para luego, sí, establecer las condiciones de ejercicio (Foucault, 1963:133). Aquí se avizora un ligamen entre enseñanza y ejercicio de la medicina, situación que se percibirá con mayor claridad en años anteriores al Directorio.

En marzo de 1707, casi 100 años antes que las discusiones en el marco del Directorio, los decretos de Marly habían instaurado un nuevo régimen para el ejercicio de la medicina y la formación de los médicos. “Se trataba entonces de luchar contra los charlatanes, los empíricos «y las personas sin título y sin capacidad que ejercían la medicina»; correlativamente, había sido preciso reorganizar las Facultades «caídas desde hacía varios años en el más extremo relajamiento»” (Foucault 1963:72). No obstante, hacia fines del siglo XVIII el cuadro de situación marcaba lo siguiente: seguían proliferando los etiquetados como charlatanes, la enseñanza de la Facultad no atendía a las exigencias de la práctica, las Escuelas de Medicina eran demasiado numerosas como para garantizar cierto nivel de enseñanza. “La Revolución se encuentra por consiguiente en presencia de dos series de reivindicaciones: las unas a favor de una limitación más estricta del derecho de ejercer; las otras a favor de una organización más rigurosa de los estudios universitarios” (Foucault, 1963:72-73).

Lo anterior presentaba una gran tensión entre el objetivo revolucionario de abolir los privilegios sociales y, a la vez, reorganizar el saber en vistas a una eficaz prestación de la medicina. No olvidemos que la abolición de los privilegios sociales, la eliminación de los títulos feudales, fue una de las claves de la Revolución Fran-

cesa. En este sentido, cabe remarcar que los Estados Generales se inauguraron el 5 de mayo de 1789, el 9 de julio se proclamó la Asamblea Nacional Constituyente, el 14 de julio —en medio de una profunda rebelión del pueblo de París— se produjo la emblemática toma de la Bastilla y pocas semanas después, en la noche del 4 de agosto se eliminaron todos los derechos personales (Vovelle, 1979: 25-30).

En agosto de 1791 se decreta el cierre de las Universidades y con la llegada del Termidor, éstas ni las Escuelas de Medicina existen. Esta situación, conjugada con el adoctrinamiento de muchos médicos en el ejército hacia 1793, produjo que en numerosos lugares la prestación de la medicina quedase en manos de “charlatanes” que no eran médicos, en manos de médicos improvisados. Ante esta situación, y una vez ya finalizado el Termidor, “(l)as clases ilustradas, los círculos intelectuales, volviendo al poder o accediendo al fin a él, desean regresar al saber los privilegios que son susceptibles de proteger a la vez el orden social y las existencias individuales. En muchas grandes ciudades, las administraciones «aterradas por los males de los cuales eran testigos» y «afligidas por el silencio de la ley», no esperaban las decisiones del poder legislativo: deciden establecer por sí mismas un control sobre los que pretenden ejercer la medicina; crean comisiones formadas por médicos del antiguo Régimen, que deben juzgar los títulos, el saber y la experiencia de los recién llegados. Hay más: algunas Facultades abolidas, continúan funcionando en la semiclandestinidad: los antiguos profesores reúnen a los que quieren instruirse (...) Ocurre incluso que como conclusión de estos estudios puramente privados, a la vez para confirmarlos y señalar mejor las distancias, se entrega una especie de diploma oficioso, que atestigua que el estudiante se ha convertido en un verdadero médico” (Foucault, 1963:102).

Ante una situación en la cual el ejercicio de la medicina era libre, el control sobre el saber, la administración del saber en Facultades semiclandestinas se erigió como una herramienta eficaz de disciplinamiento del discurso y del ejercicio del arte médico. Asimismo, pero en un plano estatal, los proyectos tendientes a erradicar a charlatanes y médicos improvisados también hacían hincapié en la necesidad de reestablecer la enseñanza médica y, es en este contexto, que el decreto de 14 Frimario del año III dispuso la creación de tres Escuelas de Medicina. No obstante, no se logró erradicar a los improvisados: las Escuelas creadas fueron muy escasas y los exámenes se aplicaron solamente a los alumnos becados, por lo que no se logró crear el deseado plantel de médicos calificados (Foucault, 1963:109). No se logró el objetivo porque los aparatos de administración del saber y los procedimientos de examen —tema sobre el que volveré— tendrían que haber sido más numerosos.

IV Disciplina

Casi 15 años después de la publicación del *El nacimiento de la Clínica*, en una entrevista que le realizara M. Fontana, Foucault, proyectando el horizonte de sentido en el que estaba inmerso a mediados de la década de 1970, decía: “Cuando lo pienso de nuevo, ahora, me pregunto, ¿de qué he podido hablar, por ejemplo, en la *Historia de la locura*, o en el *Nacimiento de la clínica*, si no era del poder?” (Foucault, 1977b:183).

En las reflexiones de Foucault sobre el poder, o sobre el poder-saber, la noción de disciplina cobra un gran protagonismo, básicamente porque Foucault no hace una metafísica del poder, sino que estudia su funcionamiento en periodos histórico acotados, y muy especialmente dentro de las denominadas *sociedades disciplinarias*. Cuando en el curso titulado *El poder psiquiátrico* Foucault se preguntaba qué era el poder, afirmaba que “(l)a hipótesis que quiero plantear es que en nuestra sociedad existe algo que podríamos llamar poder disciplinario. Por ello no entiendo otra cosa que cierta forma terminal, capilar del poder, un último relevo, una modalidad mediante la cual el poder político y los poderes en general logran, en última instancia, tocar los cuerpos, aferrarse a ellos, tomar en cuenta los gestos, los comportamientos, los hábitos, las palabras” (Foucault, 1973-1974:59).

Si antes nos hemos dedicado al disciplinamiento de los saberes, ahora será el momento de atender a la disciplina aplicada a los cuerpos. Etimológicamente disciplina es un modo abreviado de *disciplina*, que puede traducirse como “aprendizaje” (*disci*) del “niño” (*puer/puella*, representado por la sílaba *pu* de *pulina*). En este orden de ideas, “en cuanto a sus principios etimológicos, el término tiene una denotación educativa e, incluso entonces, manifiesta ambos aspectos de la ecuación poder-saber, porque se refiere *ab initio* al doble proceso: la disciplina que supone presentar determinado saber al aprendiz y la disciplina de mantener a éste ante el saber” (Hoskin, 1990:34).

La disciplina se aplica a los cuerpos para transformarlos en *cuerpos dóciles* aumentando las fuerzas de los cuerpos en términos de utilidad económica y disminuyendo esa misma fuerza en términos políticos (Foucault, 1975c:141-142).¹⁴ Nuevamente, “«dócil» tiene su propia connotación educativa, pues proviene del latín *docilis*, que significa «enseñable»” (Hoskin, 1990:35). Tal vez esto no sea solo una casualidad ya que Foucault arguye que el éxito del poder disciplinario, de este tipo de poder cuya función primordial es el enderezamiento de conductas, se vale del empleo de tres instrumentos: la *vigilancia jerárquica*, la *sanción normalizadora* y el *examen*. Tal vez estos tres instrumentos resulten familiares en las Facultades de Derecho.

La *vigilancia jerárquica* refiere a un dispositivo arquitectónico tendiente a mirar sin ser vistos, a permitir “un control interior, articulado y detallado” (Foucault, 1975c:177). Foucault muestra que en las fábricas, la *vigilancia jerárquica* se erige como una pieza del aparato de producción y, a la vez, como un elemento del poder disciplinario. Por su lado, en los institutos de educación elementales, la *vigilancia jerárquica*, a la vez de elevarse como un elemento de vigilancia, adquiere un papel pedagógico. En segundo lugar, las disciplinas instituyen una infra-penalidad, pero el modo de castigar no se corresponde con una sanción represiva, sino con una *sanción normalizadora*, con un castigo que tiende a la corrección. Se detecta la conducta

14 En el mismo orden de ideas, en el primer tomo de *Historia de la Sexualidad*, Foucault caracterizaba los procedimientos de las disciplinas como centrados en el cuerpo como máquina y tendientes “a su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en sistemas de control eficaces y económicos” (Foucault, 1976b:168).

individual, se la compara con la regla, se trazan distinciones, de rango, de normalidad y anormalidad y el castigo tiene como objeto reducir la desviación apelando a ejercitar aquello que produce la deficiencia. Así, y trasladando las reflexiones foucaultianas al plano universitario, se contempla que las sanciones a quien no apruebe los parciales implican mecanismos de corrección: primer y segundo recuperatorio, instancia final para aquellos que no hayan promocionado y recurrar la materia para quienes no logran aprobar el examen final. Por último, el instrumento de *examen* combina la *vigilancia jerárquica* y la *sanción normalizadora*: “El examen establece sobre los individuos una visibilidad a través de la cual se los diferencia y se los sanciona. A esto se debe que, en todos los dispositivos de disciplina, se examina se halla altamente ritualizado. En él vienen a unirse la ceremonia del poder y la forma de la experiencia, el despliegue de la fuerza y el establecimiento de la verdad. En el corazón de los procedimientos de disciplina, manifiesta el sometimiento de aquellos que se persiguen como objetos y la objetivación de aquellos que están sometidos. La superposición de las relaciones de poder y de las relaciones de saber adquiere en el examen toda su notoriedad visible” (Foucault, 1975c:189). Para Foucault el *examen* invierte la visibilidad en el ejercicio del poder, ya que mientras tradicionalmente el poder era lo que se mostraba, lo que se dejaba ver, en el régimen disciplinario son los sometidos los que deben ser vistos. Ser vistos es lo que permite el sometimiento.

Asimismo, el *examen* introduce a los individuos, bajo el “poder de escritura”: tanto en el ejército, cuanto en el hospital y en la escuela se crea un registro de los individuos, lo que permite la constitución de estos individuos en objetos susceptibles de ser descriptos para luego proceder a la constitución de sistemas comparativos. Al decir de Foucault, el origen de las ciencias humanas está “en esos archivos de poca gloria donde se elaboró el juego moderno de las coerciones sobre cuerpos, gestos, comportamientos (Foucault, 1975c:196). Cuando en el *Poder psiquiátrico* cita ejemplos sobre el modo en que los individuos quedaron situados bajo el “poder de la escritura”, refiere a las escuelas de aprendizaje, pero, con ciertos cuidados, el ejemplo podría trasladarse a las universidades. Foucault muestra que con el aprendizaje corporativo del Medioevo, el aprendiz entraba en el taller, el maestro transmitía su saber y el aprendiz prestaba los servicios que el maestro le solicitara. Bajos este sistema había una única forma de control: la obra maestra, que era sometida a la cofradía de maestros. Ahora bien, hacia la segunda mitad del siglo XVIII —Foucault trabaja con el ejemplo de la escuela profesional de dibujo y tapicería de los Gobelinos— el aprendizaje se estructura de un modo bien distinto: los aprendices se dividen de acuerdo a sus edades y se les asignan trabajos diferenciales; los trabajos deben hacerse bajo la supervisión de un profesor; el trabajo, la asistencia y el comportamiento reciben una nota; las notas se registran y se elevan al director del instituto y finalmente se presenta un informe a la Casa Real en el cual se da cuenta de las capacidades del aprendiz y de la posibilidad de considerarlo, en un futuro, como un maestro. “Presenciamos aquí la constitución en torno del aprendiz de toda esa red de escritura que, por una parte, codificará toda su conducta, en función de una serie de notas determi-

nadas de antemano, luego las esquematizará y, por último, la transmitirá a un punto de centralización encargado de definir su aptitud o ineptitud. Tenemos, entonces, una investidura por la escritura, la codificación, la transferencia y la centralización; en suma, la constitución de una individualidad esquemática y centralizada” (Foucault, 1973-1974:70-71).

Finalmente, el *examen*, junto con sus técnicas documentales, hace de cada individuo un “caso”: “el individuo como tal se lo puede describir, juzgar, medir, comparar con otros y esto en su individualidad misma; y es también el individuo cuya conducta hay que encauzar o corregir, a quien hay que clasificar, normalizar, excluir, etcétera” (Foucault, 1975c:196).

V. (¿)Función paradójal(?) del derecho

Al menos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), aunque es de suponer que en muchas otras facultades de la Argentina también, una de las primeras materias a cursar es “Elementos de Derecho Civil” y uno de sus libros de cabecera es el famoso *Tratado de Derecho Civil. Parte General* de Jorge Joaquín Llambías. Éste, que fue profesor titular de Derecho Civil en la UBA, Profesor Emérito en la Universidad Católica Argentina y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en la Capital Federal, define lo que se atreve a denominar la noción *verdadera* de derecho como “el *orden social justo*” (Llambías, 1991:20).

Algunas de las obras Michel Foucault, en especial *Vigilar y Castigar*, no tardaron tantos años en ser receptadas por algunos profesores de la Facultad de Derecho de la UBA.¹⁵ Enrique Eduardo Marí fue uno de los primeros divulgadores de la obra de Foucault,¹⁶ y con él —aunque tal vez también habría que nombrar algunas reflexiones de corte marxista en la obra de Carlos Cossio— se inició en Argentina un grupo bastante disperso de trabajos anclados en diferentes disciplinas y tradiciones teóricas que podríamos catalogar como *teorías críticas* del derecho. Entre muchas otras cosas, las *teorías críticas* problematizan ideas sobre el derecho como las expuestas por Llambías, y analizan el rol del derecho en la producción y reproducción del orden social.

En consonancia con lo anterior, Carlos Cárcova propone una función *paradójal* del derecho, según la cual “el derecho, en lo sustancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y la transformación de las relaciones sociales. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora” (Cárcova, 2006:151; 2009:139).¹⁷ Asimismo, y siempre de acuerdo con Cárcova, el derecho “(e)n manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y de contestación política” (Cárcova, 2006:152).

15 Así por ejemplo, tres años más tarde de la publicación de *Vigilar y castigar* puede leerse un trabajo de Edmundo Hendler publicado en la Revista *Doctrina Penal*. Cfr. Hendler (1978).

16 Así, aunque no exclusivamente, en Marí (1979; 1982; 1983; 1994; 2001:289-313)

17 Esta función paradójal también es resaltada en Santagata (2008:29-30).

Sin perjuicio de reivindicar los trabajos de las *teorías críticas*, entiendo que las reflexiones de Foucault nos permiten situar la formalización y reproducción de las relaciones sociales en un lugar distinto, distante —tal vez anterior y previo—, diferente del derecho.

No es el caso de Cárcova ni de la mayoría de los autores y autores que podemos enlazar dentro de las teorías críticas, pero en algunas lecturas que al menos se hacen en las aulas de la Facultad de Derecho de la UBA, creo que se incluyen algunas interpretaciones erróneas de los desarrollos foucaultianos. Tal vez sea porque la obra más leída es *Vigilar y Castigar* y las líneas hermenéuticas parten en los cursos de Derecho Penal —donde son frecuentes las líneas de trabajo que apuntan a la relación entre derecho y control— que a veces se intenta trazar una línea de continuidad entre derecho y disciplina o se incluya al derecho como una práctica disciplinaria, cuando, más que continuidad parece haber rupturas y la disciplina, más bien, se erige como un mecanismo de “contraderecho”.¹⁸

El control de los discursos, la disciplina sobre los discursos y sobre los cuerpos operan por fuera —y tal vez sólo por escasos momentos dentro— del derecho. Son prácticas que funcionan en un nivel más microscópico, más microfísico. Son prácticas que parecen estar más cerca de las aulas de la Facultad de Derecho —y en las aulas y no en la Facultad o la Universidad como instituciones—, que de los Parlamentos y los Tribunales. La pregunta que ahora cabe, que debiera correr como un frío por nuestras espaldas, es si las aulas pueden llegar a constituirse como lugares de transformación de las relaciones sociales. Ojalá podamos, tal vez en algunos de esos rincones con algo de polvo y telarañas, en aquellos ángulos a los que sólo unos pocos logran llegar, encontrar en estos espacios, alguna función *paradojal*.

18 En este orden de ideas, Foucault propone “ver en las disciplinas una especie de contraderecho. Desempeñan el papel preciso de introducir unas disimetrías insuperables y de excluir reciprocidades. En primer lugar, porque la disciplina crea entre los individuos un vínculo «privado», que es una relación de coacciones enteramente diferentes de la obligación contractual; la aceptación de una disciplina puede ser suscrita por vía de contrato; la manera en que está impuesta, los mecanismos que pone en juego, la subordinación no reversible de los unos respecto de los otros, el «exceso de poder» que está siempre fijado del mismo lado, la desigualdad de posición de los diferentes «miembros» respecto del reglamento común oponen el vínculo disciplinario y el vínculo contractual, y permite falsear sistemáticamente éste a partir del momento en que tiene por contenido un mecanismo de disciplina (...) Además, en tanto que los sistemas jurídicos califican a los sujetos de derecho según unas normas universales, las disciplinas caracterizan, clasifican, especializan; distribuyen a lo largo de una escala, reparten en torno de una norma, jerarquizan a los individuos a los unos en relación con los otros, y en el límite descalifican e invalidan. De todos modos, en el espacio y durante el tiempo en que ejercen su control y hacen jugar las disimetrías de su poder, efectúan una suspensión, jamás total, pero jamás anulada tampoco, del derecho. Por regular e institucional que sea, la disciplina, en su mecanismo, es un «contraderecho». Y si el juridismo universal de la sociedad moderna parece fijar los límites al ejercicio de los poderes, su panoptismo difundido por doquier hace funcionar, a contrapelo del derecho, una maquinaria inmensa y minúscula a la vez que sostiene, refuerza, multiplica la disimetría de los poderes y vuelve vanos los límites que se le han trazado” (Foucault, 1971c:225-226).

VI. Bibliografía

- CÁRCOVA, Carlos María (2006), “Acerca de las funciones del derecho” en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- (2009) “Análisis funcional del derecho” en *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- DELEUZE, Gilles (1986), *Foucault* (trad. de José Vázquez Pérez), Buenos Aires, Paidós, 1987.
- (1990) “Post- scriptum sobre las sociedades de control” (trad. de José Luis Pardo) en *Conversaciones*, Valencia, Pre-Textos, 1996.
- DÍAZ, Esther (2005), *La filosofía de Michel Foucault*, Buenos Aires, Biblios, 2005.
- ERIBON, Didier (1994), *Michel Foucault y sus contemporáneos* (trad. de Viviana Ackerman), Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.
- FOUCAULT, Michel (1963), *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica* (trad. de Francisca Perujo), Buenos Aires, 2004.
- (1970), *El orden del discurso* (trad. de Alberto González Trovano), Ed. Tusquets, Buenos Aires, 2004.
- (1971) “Más allá del bien y del mal” (trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría) en *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.
- (1972) “Un diálogo sobre el poder” (trad. de Francisco Monge) en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza, 1988.
- (1973) *La verdad y las formas jurídicas* (trad. de Enrique Lynch), Barcelona, Gedisa, 2003.
- (1973-1974) *El poder psiquiátrico* (trad. de Horacio Pons), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- (1974-1975) *Los anormales* (trad. de H. Pons), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- (1975a) “Soy un artificiero” (trad. de Rosa Ruis y Pere Salvat) en DROIT, Roger-Pol, *Entrevistas con Michel Foucault*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- (1975b) “Gestionar los ilegalismos” (trad. de Rosa Ruis y Pere Salvat) en DROIT, Roger-Pol, *Entrevistas con Michel Foucault*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- (1975c), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (trad. de Aurelio Garzón del Camino), Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- (1976a) “Defender la sociedad” (trad. de Horacio Pons), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- (1976b), *Historia de la Sexualidad I. La voluntad del saber* (trad. de Ulises Guinázú), Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
- (1977a), “Poderes y estrategias” (trad. de Francisco Monge) en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza, 1988.
- (1977b), “Verdad y poder” (trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría) en *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.
- (1982), “Verdad, individuo y poder. Una entrevista con Michel Foucault”

- en *Tecnologías del yo. Y otros textos afines* (trad. de Mercedes Allendesalazar), Barcelona, Paidós, 1990.
- GODOY ARCAÑA, Oscar (1990), “Analítica del poder: en torno a Michel Foucault” en “Revista Estudios Públicos” n°40, disponible en http://cepchile.cl/dms/archivo_1047_1443/rev40_godoy.pdf.
- GUTTING, Gary (2005), *Foucault. A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- HENDLER, Edmundo (1978) “Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión), de Michel Foucault” en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- HOSKIN, Keith (1990), “Foucault a examen. El criptoteórico de la educación desmascarado” (trad. de Pablo Manzano) en BALL, Stephn (Comp.), *Foucault y la educación. Disciplinas y saber*, Madrid, Morata, 1993.
- LAZZARATO, Maurizio (2004), *Políticas del acontecimiento* (trad. de Pablo Esteban Rodríguez), Buenos Aires, Tinta Limón, 2006.
- (2006), *Biopolítica. Estrategias de gestión y agenciamientos de creación* (trad. de Gisela Daza, Carlos Enrique Restrepo y Ernesto Hernández), Cali, Sé-Cauto/Fundación Comunidad, 2006.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín (1991), *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991. Decimocuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, 1991.
- MACEY, David (1993), *Las vidas de Michel Foucault* (trad. de Carmen Martínez Gimeno), Madrid, Cátedra, 1995.
- MARÍ, Enrique E. (1979), “Un caso de parricidio y fratricidio: ‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica” en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- (1982), “El panóptico en el texto de Jeremy Bentham” en AA. VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982.
- (1983), *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, Hachette, 1983.
- (1994), “El retorno del caso Rivière. Un debate postergado. Veinte años después...” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nro. 15-16, Alicante, 1994.
- (2001), *El Banquete de Platón. El eros, el vino, los discursos*, Buenos Aires, Biblos, 2001.
- MOREY, Miguel (1981) “Introducción” en FOUCAULT, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza, 1988.
- SANTÁGATA, Florencia Carla (2008), “De la norma fundamental a la función paradójica (entre dialécticas, aporías, repeticiones y diferencias)” en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2008.
- VOVELLE, Michel (1979), *Introducción a la historia de la revolución francesa* (trad. de Marco Aurelio Galmarini), Barcelona, Crítica, 1984.

LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA DISCRIMINACIÓN ÉTNICA O RACIAL EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA ILUSTRADA. UNA VISIÓN CRÍTICA (THE THEORETICAL CONSTRUCTION OF ETHNIC OR RACIAL DISCRIMINATIONS IN ENLIGHTENMENT'S POLITICAL PHILOSOPHY. FROM A CRITICAL PERSPECTIVE)

NILDA GARAY MONTAÑEZ¹

Resumen

La discriminación racial es una de las tantas formas de discriminación que pervive en los estados democráticos, de ahí que sea necesaria la crítica a la retórica del constitucionalismo que intenta ocultar de forma interesada la discriminación racial para mantener las relaciones desiguales sustentadas en la dominación/subordinación. Este breve estudio se centra en la filosofía política de Montesquieu y Voltaire para desvelar las raíces ilustradas de dicha forma de discriminación.

Palabras Claves: Filosofía Política, Ilustración, Discriminación Racial, Racionalidad del Derecho moderno, Teoría Crítica.

Abstract

Racial discrimination is one of the many ways of discrimination that subsist within democratic states, therefore, the necessity of a critique against constitutionalism's rhetoric, through which the concealing of racial discrimination is attempted, with the interest of maintaining unequal social relations upheld through domination / subordination. This short essay centers in the political philosophy of Montesquieu and Voltaire in order to reveal the illustrated roots of such form of discrimination.

Key Words: Political Philosophy, Illustration, Racial discrimination, Modern Law's Rationality, Critical Theory.

1 Bases de la filosofía política para la discriminación racial

Las actuales democracias occidentales son herederas de la Ilustración. Este nuevo saber humano sirvió para formalizar las relaciones desiguales en la estructura social que empezaba a nacer; pero al mismo tiempo, la Ilustración produjo un pensamiento contestatario, una filosofía política que le cuestionó sus fallos, era el feminismo. El feminismo, hija de la Ilustración, al cuestionar la igualdad formal y la organización del poder patriarcal criticó también las diversas formas de discriminación, entre ellas, la racial. El pensamiento feminista planteó la verdadera universalidad de la igualdad y la abolición de la esclavitud.

Es importante saber dónde se germina la desigualdad para poder avanzar hacia un estudio crítico del derecho con una finalidad: superar la igualdad formal o jurídica y alcanzar la igualdad real. Y, se puede constatar que tal gestación ocurre con la histórica discriminación de la mitad de la especie humana: las mujeres. Por ello, en este breve estudio se busca hacer una crítica a la filosofía política ilustrada que domina la modernidad y, aplicando la transversalidad de género, desvelar las huellas de la desigualdad y la discriminación en la filosofía que nutre al constitucionalismo.

¹ Facultad de Derecho, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante; nilda.garay@ua.es. Recibido el 9 e agosto de 2010, aceptado el 23 de noviembre de 2010.

1.1 Los científicos ilustrados

La dimensión biologicista de la Ilustración patriarcal² inauguró el moderno discurso antifeminista que intentó mantener a las mujeres en sus roles tradicionales, apelando a la naturaleza biológica que predeterminedaría su destino como individuos³ y como *sujeto de derechos*.⁴ Del mismo modo, este punto de vista biologicista, nacido en el seno de las ciencias naturales y dirigido por los ilustrados patriarcales, expresó una teoría contundente de la discriminación étnica o racial. En efecto, este determinismo biológico naturalizó el estatus de inferioridad del resto de hombres que no eran “iguales” al *hombre blanco, europeo y con propiedades*⁵, esto es, hombres de orígenes y color de piel diferentes.

De este conocimiento ilustrado, cabe destacar las ideas principales que fueron cimentando la discriminación racial y, que dejaron huellas en la filosofía política del siglo XVIII. Es el caso del legado científico de Linneo, cuyas ideas influenciaron en la transmisión del conocimiento de este siglo y los posteriores (hasta hoy). En su obra, planteó la clasificación de las especies como un hecho original e inmutable sobre la base de un sistema natural producto de la creación divina. Su planteamiento repercutió en las justificaciones de las ideas desigualitarias, especialmente en una concepción posterior de discriminación racial. Influenciado por la razón pero, aún vinculado a la fe, su obra es calificada como ambigua para la ciencia, sin embargo, su influencia fue enorme⁶.

La Ilustración recogió una de las aportaciones del siglo XVII: la concepción de *naturaleza*. Los descubrimientos científicos propiciaron la idea de que el hombre formaba parte de la naturaleza y que ésta tenía también unas leyes basadas exclusivamente en la *naturaleza del hombre*. La novedad de este derecho natural que se introduce en el siglo XVII es que ya no se trataba de leyes no escritas de origen divino, ya no era Dios el autor de las mismas, sino que, a partir de entonces eran leyes fundadas exclusivamente en la naturaleza del hombre y como una exigencia

2 Es patriarcal porque la filosofía, como lo es la Ilustración, está hecha fundamentalmente “por varones y para varones”. Celia Amorós (editora), *Feminismo y filosofía*, Madrid, Síntesis, 2000, p. 10. Más adelante se hace una breve explicación del patriarcado. Una explicación magistral nos la da Celia Amorós a lo largo de toda su obra filosófica.

3 Alicia H. Puleo (ed.), *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Madrid, Antrhopos, 1993, p. 16.

4 El sujeto de derechos es una abstracción que se apoya en el hombre blanco y propietario y, además, cristiano. Es el individuo varón que goza del valor supremo de la Ilustración: la razón. A él se le imputan derechos a partir de la Declaración de Derechos tras las revoluciones liberales. Pero, no todo el mundo es sujeto de derechos: no lo son ni las mujeres ni los hombres no burgueses o no nobles. Así se consolida el capitalismo, sobre la desigualdad y la discriminación y la conservación de las relaciones de dominación. Estos derechos más adelante se conocerán como derechos humanos y luego derechos fundamentales y se irrogarán una vocación universal, lo cual no es cierto.

5 El feminismo como filosofía política acuñó la expresión “hombre blanco y propietario” en su crítica al poder patriarcal. Esta aportación ha sido recogida por Luigi Ferrajoli. Ver por ejemplo de este autor: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

6 Alfonso García Martínez y Eduardo Bello Reguera, *La idea de “raza” en su historia. Textos fundamentales (siglos XVIII y XIX)*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2007, pp. 31 a 32.

estrictamente humana. Se pasó, como señala Carlos De Cabo, *de un derecho natural de base teológica a un derecho natural de base racional*⁷. Pero, junto con esta idea pervivía aún el derecho natural anterior, sustentado en lo divino que muchas veces se mezclaba en la ciencia ilustrada a pesar que se declaraba racional. Era en realidad, una mera declaración, es decir, una formalidad. El hecho religioso se mantenía casi incólume y no es tan cierto, pues, como se difunde a través de la historia oficial del derecho: que con la consolidación de la Ilustración ocurrió la separación de lo divino y laico y que la razón coadyuvó a la separación de poder religioso y temporal.⁸

A pesar de esas contradicciones del derecho natural entre el derecho divino y del hombre en el Siglo de las Luces, las teorías científicas (cuasi laicas), buscaron dominar en las nuevas formas de transmisión del conocimiento. Las teorías que empezaron a prevalecer fueron aquellas apoyadas en la discriminación por raza y sexo⁹.

Las ideas de la raza buscaron sustituir a la influencia de la Biblia y su visión de la unidad esencial de la raza humana. Etnólogos del siglo XVIII como Lineo y Buffon argumentaron que los seres humanos formaban parte del mundo natural y los subdividieron en tres o cinco razas, generalmente consideradas variedades de una única especie humana. Y, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, un número creciente de intelectuales, especialmente los que apoyaban la esclavitud y la colonización, mantuvieron que las razas constituían especies diferentes¹⁰.

En ámbito de la ciencia biologicista, Linneo fue quien dio el primer paso para la posterior clasificación racial en la especie humana. Bernis señala que la clasificación de los seres humanos hecha por los naturalistas de aquél entonces, entre ellos Linneo y Buffon, contenía ya las semillas de una concepción racista:

7 Carlos De Cabo Martín. *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Vol II, Barcelona, PPU, 1998, pp. 34 a 36.

8 La filosofía política ilustrada alimenta al constitucionalismo y ésta arrastra sus lastres. El discurso constitucional no ha podido separarse de la fuerte influencia religiosa. Desde 1812 con la primera Constitución Liberal del mundo hispano, en uno y otro lado del Océano Atlántico, la religión católica fue reconocida como parte legítima del “nuevo” poder político. Los estados occidentales (incluidos los de Iberoamérica) no son laicos. Actualmente a golpe de jurisprudencia se está debatiendo las cuestiones de aconfesionalidad y laicidad de los estados. Y, por ejemplo, la Constitución Europea mantiene la referencia a la religión como uno de los valores supremos. Ver: El “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. El proceso de separación de la iglesia del estado y de todo su edificio jurídico político sigue siendo lento.

9 La discriminación por sexo que se señala aquí está relacionada al sistema patriarcal. Éste, no es más que, en palabras de Celia Amorós, “el sistema de dominación masculina”. Al respecto, ver su obra *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 2007, p. 63 y, especialmente, su Capítulo 2 donde la filósofa sienta las bases para posteriores estudios críticos del poder político desde el derecho. El feminismo filosófico define al patriarcado como el sistema de dominación histórica de los hombres sobre las mujeres por el solo hecho de ser mujeres. El poder ejercido por los varones ha sido cuestionado por el feminismo y por ello, éste es en su entraña misma, político porque ha puesto en cuestión al poder más ancestral de cuantos han existido sobre la Tierra: el de los varones sobre las mujeres. En definitiva, ha cuestionado al patriarcado. Ver al respecto: Celia Amorós (editora), *Feminismo y filosofía...* op.cit., p. 14.

10 George M. Fredrickson, “Auge y caída de las teorías racistas”, en *El Correo de la UNESCO*. Septiembre de 2001, en URL: http://www.unesco.org/courier/2001_9/sp/doss12.htm , consultado el 01-08-2009

Homo Americanus: rojizo, bilioso, recto; pelo negro, liso y grueso; ventanas de la nariz dilatadas, cara pecosa; mentón casi imberbe; obstinado, alegre; vaga en libertad; se pinta con líneas curvas rojas; se rige por costumbres. Homo Europaeus: blanco, sanguíneo, ardiente; pelo rubio abundante; ligero, fino, ingenioso, lleva ropas ceñidas; se rige por leyes. Homo Asiaticus: cetrino, melancólico, grave; pelo oscuro; ojos rojizos; severo, fastuoso, avaro; se viste con ropas anchas; se rige por la opinión. Homo Afer: negro, indolente, de costumbres disolutas; pelo negro, crespo; piel aceitosa; nariz simiesca; labios gruesos; vagabundo, perezoso, negligente, se rige por lo arbitrario.¹¹

La autora considera que si bien, las raíces del racismo actual en Europa hay que buscarlas no sólo en la tradición colonial sino más allá, concluye que desde Linneo hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló una amplísima literatura antropológica sobre razas, que proporcionó a la base político ideológica utilizada por el régimen nazi para exaltar su estado totalitario invocando una supuesta superioridad de la raza aria y para exterminar judíos, árabes, gitanos, personas con deficiencias y minorías políticas.¹² Es conveniente recordar que este científico realizó estudios botánicos en Laponia, una de las zonas pobladas por la etnia Saami considerada diferente al hombre cristiano de la Europa de la Ilustración. La población nativa Saami fue colonizada en el siglo XVIII por Suecia, de allí el interés por justificar el sistema colonial basado en la infravaloración de grupos humanos considerados por los colonizadores como racial o étnicamente¹³ diferentes. Esto ha servido para crear y legitimar las condiciones de desigualdad que han marcado la historia de este pueblo asentado en el norte de Europa. No ha tenido mucha difusión la histórica discriminación de esta población. Actualmente el grupo Saami está reivindicando el reconocimiento constitucional de una serie de derechos colectivos¹⁴. Su situación tiene algunas similitudes, por ejemplo, con la de la población nativa peruana, es decir, con aquella población a la que se le asigna como “indígena”. No cabe duda que

11 Cristina Bernis, “Racismo y xenofobia”, en *El País*, Madrid, 6 de marzo de 2000.

12 Ibidem.

13 Sobre la noción de **etnia** o **raza** en este trabajo se ha tomado en cuenta la definición de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, que en su artículo 1 dice que “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

14 Sobre los derechos del pueblo Saami ver por ejemplo: Else Grete Broderstad y Marcus Buck, “Los Saami y la UE: los derechos indígenas y las limitaciones del estado-nación”, en Carlos De Cueto Noguera (Coordinador), *Seguridad y diversidad en las sociedades contemporáneas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, pp. 137 a 154; David Turton y Julia González, *Diversidad étnica en Europa: desafíos al Estado Nación*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001; Jo-Anne Velin, “En la penumbra del norte de Noruega Promoción de la aplicación del Convenio de la OIT a los pueblos indígenas Los Saami reivindican sus derechos”, en *Revista de la OIT*, 21, Bruselas, septiembre de 1997, disponible en línea, en URL: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/21/21samis.htm>, consultado el 01-08-2009. /

la discriminación racial es el eje de la exclusión de estas poblaciones del concepto de *sujeto de derechos*.

Otro de los científicos de la Ilustración, Buffon, fue quien aportó elementos que desarrollaron las concepciones sobre la diversidad de razas de los hombres. Elaboró una visión medioambiental de la variación humana, sugiriendo que, después de ser dispersada por toda la superficie de la tierra, la humanidad sufrió diversos cambios a causa de la influencia del clima, de la alimentación y de los modos de vida. Esta noción tuvo que ver con relaciones entre variedades, especie y géneros a lo largo del tiempo. Y lo que eran las especies en la descripción de la naturaleza, se convertían en “razas” en el terreno de la historia natural desde la perspectiva ilustrada¹⁵.

En su obra *Historia Natural*, Buffon explica que la historia del individuo partía de la creación del hombre basada en la historia bíblica de Adán y Eva. La historia de las especies tiene que ver con las variaciones que se encuentran entre los hombres de los climas diferentes. La primera y más notable de estas variaciones es la del color, la segunda es la de la forma y la del tamaño, y la tercera es la de la naturaleza de los diferentes pueblos. Sobre esta base, Buffon, hizo una clasificación de la población africana. Así, respecto de la población negra consideró que:

Los Senegaleses son los mejor constituidos de entre todos los negros, los más dispuestos a acatar la disciplina y los más limpios en el servicio doméstico que los Bámbaras que son los más grandes, pero que son deshonestos; (...) que los Nagos son los más humanos, los Mondongos los más crueles, los Mimes los más decididos y los más dispuestos a desesperarse; y que los Negros criollos, cualquiera que sea su nación de origen, sólo conservan de sus padres y madres el espíritu de servidumbre y el color; que son más espirituales, más razonables, más hábiles pero más vagos y más libertinos que los que llegaron de África.¹⁶

El conde de Buffon antepuso como único referente en sus investigaciones sobre la especie humana al hombre blanco europeo que dispone y hace uso de su razón. Por ello, cuando clasificó a la población africana incidió en este carácter propio del pensamiento de la época. Llegó a la conclusión de que los negros tenían poca inteligencia e incluso algunos podían parecer completamente estúpidos ya que no podían pensar por sí mismos, que apenas tenían memoria y que el pasado les era totalmente desconocido¹⁷. Nótese aquí cómo la razón fue uno de las principales categorías utilizadas por el pensamiento ilustrado para discriminar a las personas étnicamente diferentes al referente del hecho científico de la época: el hombre blanco europeo,

15 A. García Martínez y E. Bello Reguera, *La idea de “raza” en su historia...* Op.cit, p. 36.

16 Ibid., p. 37.

17 Ibidem.

que tiene bienes patrimoniales y por ende, talento. Con estas concepciones heredadas del Renacimiento y basadas en prejuicios se fue infravalorando a los diversos grupos humanos de otro color de piel o de otros rasgos físicos. Por tanto, en la definición del sujeto individual con capacidad de razonar y con riqueza, icono de la modernidad, no estaba incluido su opuesto: la *otredad*, es decir, las mujeres y el resto hombres de etnias diferentes, como es el caso, de la gente nativa de América.

Precisamente, sobre la población nativa de América, científicos como Buffon se refirieron y, mucho. En su tesis, éste le asignó a la población indígena *americana*¹⁸ el papel de débiles e incapaces de progresar. Gerbi explica que los científicos ilustrados sostenían que:

pocos y débiles, los indígenas del Nuevo Mundo no han podido dominar a la naturaleza hostil, no han sabido vencer y sojuzgar las fuerzas vírgenes y enderezarlas a su propia utilidad (...) han permanecido como sujetos al control de la naturaleza, han seguido siendo un elemento pasivo de ella, (...) ¹⁹

Y que, en suma, han sido unos *animales de tantos*.²⁰ Buffon extendió al salvaje americano el juicio negativo que le dio a los cuadrúpedos de aquella zona tras su comparación con los animales de la región europea.²¹ Recalcó en sus estudios que la naturaleza americana es débil porque el hombre no la ha dominado, y que el nativo de América es frígido en el amor y es más semejante a los animales de sangre fría, más cercano a la naturaleza del continente, acuática y en putrefacción. Sobre esta base hizo girar la explicación erótico-hidráulica de la singular naturaleza americana. Buffon despreciaba a los animales pequeños y desde la perspectiva etnocéntrica y eurocéntrica consideraba que los animales europeos eran más grandes y, por tanto, superiores. Por eso comparó y despreció la naturaleza del hombre americano en función de los animales de América, que según él, eran más pequeños que los de Europa²². De esta forma, las ciencias naturales cimentaron las justificaciones de la discriminación racial y la supuesta superioridad del hombre blanco europeo.

La idea de razas y su escala jerárquica nacida de las ciencias naturales ilustrada sirvió para la justificación de las políticas colonialistas, es decir, el concepto de las razas inferiores sirvió a Occidente para su obra de expansión y conquista.²³

18 Aquí se utiliza correctamente este adjetivo con el fin de corregir el error histórico de llamar “americano” sólo a la gente de Estados Unidos de América y no todas las personas nacidas en el continente americano.

19 Antonello Gerbi, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica. 1750-1900*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 10 a 11.

20 *Ibid.*, p. 11.

21 *Ibidem*.

22 *Ibid.*, p. 12 y ss.

23 José Carlos Mariátegui, *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Amauta, 1992, p. 40. Y a ello se añade la cristiandad como instrumento para legitimar las conquistas. Un interesante estudio de la discriminación racial desde una perspectiva no cristiana es el de Sophie Bessis, *Occidente y los*

Las ciencias naturales y sociales se complementaron para ayudar a la consolidación del modo de producción capitalista. Este modo de producción encontró en el constitucionalismo su mejor herramienta jurídico política para desarrollarse a sus anchas.

2 La filosofía política de Montesquieu y Voltaire: Sus concepciones sobre igualdad y discriminación racial

El constitucionalismo bebió de la filosofía dominante y patriarcal. Las ideas científicas de aquellos representantes de las ciencias naturales marcaron las formas de pensar de la mayoría de los filósofos políticos a quienes, la filosofía ha endiosado. Obviamente, ocurre lo mismo en el estudio del derecho y, en concreto, en el derecho constitucional.

Montesquieu y Voltaire son dos de los filósofos políticos que contribuyeron en la construcción del derecho moderno liderado por la nueva clase burguesa cuyo contenido se basó en una falsa igualdad. Creyeron en la ciencia como un verdadero tipo de saber útil para la burguesía, lo que, directamente favoreció a un rápido desarrollo del capitalismo y al predominio de la ideología liberal. El entramado de los valores y las concreciones organizativas del liberalismo posee un punto de unión en lo que fue el principal instrumento de la burguesía en sus esfuerzos por participar en el estado o conformarlo: la aplicación al ámbito de lo público, al ámbito de lo estatal de los elementos esenciales del contrato mercantil concentrados en las ideas de libertad, propiedad, igualdad jurídica y universalidad, como requisitos indispensables para que el propio contrato y la libre circulación de bienes fueran posibles²⁴. Para todo ello había que maquillar a la realidad con una idea de igualdad para apaciguar al Tercer Estado y hacerle creer que los privilegios habían desaparecido. Esa igualdad formal ilustrada se plasmó primero en las Declaraciones de Derechos y luego en las Constituciones.

2.1 Montesquieu

La actual filosofía política dominante, siempre resalta las importantes aportaciones de Montesquieu. En su *Espíritu de las leyes*, éste, elaboró una física de las sociedades humanas en la que describió las idiosincrasias nacionales, las diversas formas de gobierno y sus fundamentos, así como sus condicionantes históricos e, incluso

otros. *Historia de una supremacía*, Madrid, Alianza, 2002. Existe numerosa bibliografía, sin embargo, desde la visión occidental crítica, entre ellas: Enrique Dussell, *Ética de la liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*, Madrid, Trotta, 1998; una publicación reciente en castellano de Christian Geulen, *Breve Historia del racismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010; Walter Mignolo, *Historias locales - diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*, Madrid, Akal, 2003; Valentin Mudimbe, *The invention of Africa: gnosis, philosophy, and the order of knowledge (African system of thought)*, New York, James Coleman, 1998; Immanuel Wallerstein, *El moderno sistema mundial*, Vol. 1 y 2, Madrid, Siglo veintiuno, 1979 y el Volumen 3 editada también por Akal en 1999; Immanuel Wallerstein y Etienne Balibar, *Raza, Nación y Clase*. Madrid, IEPALA, 1991. Las obras citadas aquí hacen especial referencia al proceso de construcción del racismo para legitimar las relaciones de poder en la colonización.

24 Miguel A. Aparicio Pérez, "Formación y constitucionalización del Estado", en Miguel A. Aparicio y Mercè Barceló i Serramallera, *Manual de Derecho Constitucional*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 54.

climáticos y, además, elaboró un novedoso enfoque de las leyes, los hechos sociales y la política. Consideraba que las leyes procedían de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas y las relaciones sociales.²⁵

En relación a sus reflexiones sobre las leyes positivas, consideró que éstas surgían cuando se había conformado la sociedad civil, porque es desde este momento en que los hombres pierden el sentimiento de su debilidad; la igualdad en que se encontraban antes deja de existir y comienza el estado de guerra, motivo por el cual se hace necesario establecer leyes entre hombres.²⁶ De su teoría sobre las formas de gobierno su aportación importante, para el constitucionalismo, es la división de poderes porque fue el primero en vincular la separación de poderes con el concepto de libertad política y en afirmar que tal separación constituye una garantía contra el establecimiento del despotismo y una de las más esenciales condiciones de la libertad. Así, esta teoría adquirió contenido peculiar y un significado nuevo en la historia de las ideas políticas. Condicionó la libertad del ciudadano (individuo varón) a dicha división. Consideró que la libertad del individuo es el más alto valor en el estado y, para asegurarla, propugnó como principio constitucional la división de poderes del mismo. Nótese cómo ya aparecía en su obra el individuo que va a ejercer los derechos de libertad en tanto propietario por lo que será asignado como un sujeto igual al resto de individuos propietarios.

De su pensamiento, es importante destacar aquí, su posición sobre igualdad y discriminación. Sentó las bases de la igualdad formal puesto que, básicamente su obra teórica está plagada de ideas discriminadoras las cuales posteriormente fundamentaron el racismo en el constitucionalismo²⁷. También se puede ver que en su teoría sobre los climas pensó que las particularidades físicas de un país y la situación geográfica influyen inevitablemente en la caracterización de las acciones y en las instituciones políticas y sociales adoptadas. Afirmó sin ambages que la gente de los países cálidos es temerosa como los ancianos y la de los países fríos valiente como los jóvenes.²⁸ Para este ilustrado, lo que determine el clima condiciona las formas de gobierno los cuales son indicadores de los grados de libertad a los que ha llegado un determinado pueblo.

Montesquieu afirmó, además, que en los países fríos hay poca sensibilidad para los placeres, es mayor en los países templados y extremada en los países tórridos. Así como los climas se diferencian por los grados de latitud, igualmente pueden distinguirse por los grados de sensibilidad. He visto, dice el barón de Montesquieu,

25 A. García Martínez y E. Bello Reguera, *La idea de "raza" en su historia...* Op.cit, p. 39.

26 Magdiel Gonzáles Ojeda, *Historia de las ideas políticas*, Lima, Palestra, 2004, p. 222.

27 Cuando se habla de racismo en el constitucionalismo se está aludiendo al contenido racializado del constitucionalismo en todas sus fases. Es importante tener en cuenta que la primera fase del constitucionalismo, la liberal, lleva ya en sus entrañas la discriminación racial, por ejemplo, recordemos cómo la Constitución estadounidense pervive con la discriminación racial. No sólo hay que citar el caso Dred Scott versus Sandford (Sentencia de la Suprema Corte estadounidense del año 1857), sino también la sentencia del caso Brown versus Board of Education (del año 1954) y, actualmente, en España, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Rosalind Williams (STC 13/2001, de 29 de enero de 2001). Son casos poco estudiados en la filosofía política y en el derecho constitucional a pesar que conviven con el desarrollo de los estados democráticos.

28 Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Heliasta, 1984, p. 254.

óperas en Inglaterra y en Italia; en ambos países he oído las mismas piezas, ejecutadas por los mismos actores, y he observado que la música, siendo la misma, produce en los dos países efectos desiguales: deja a los ingleses tan tranquilos y excita a los italianos hasta un punto que parece inconcebible.²⁹

Señalaba también que en los pueblos de los climas del norte hay pocos vicios, bastantes virtudes, mucha sinceridad y franqueza mientras que, en los países del sur existe la amoralidad por lo que las pasiones más vivas, multiplican la delincuencia³⁰. Como se puede constatar, estas afirmaciones están vinculadas estrechamente con la moral cristiana que determinaba las formas de comportamientos de los fieles. Asoció sus prejuicios al ámbito jurídico con su concepción sobre los delitos. Nótese cómo este filósofo antepone sus prejuicios a la *razón* justificando así la idea de la discriminación racial en la filosofía política que será la base del constitucionalismo.

Este filósofo llegó a una serie de conclusiones propias de la Ilustración dominante y discriminadora, entre ellas, hay que subrayar: las relaciones de dominación política y económica de otros pueblos tenía como origen al clima. En este sentido, sostuvo que

el destino de Asia es la servidumbre, ya que, al no haber zonas templadas, las naciones fuertes son vecinas de las más débiles a las que conquistan y reducen con facilidad.³¹

Y a pesar de la crítica que en las “Cartas Persas” hace de Europa, es a los países no europeos a los que atribuye con preferencia los sistemas e instituciones más brutales y envilecedoras³². Este planteamiento tuvo como fin justificar el derecho de conquista y la colonización de los pueblos de etnias supuestamente diferentes a la del hombre blanco, cristiano y propietario.

Respecto de la población nativa americana y del resto de colonias Montesquieu consideró que los indios están desprovistos naturalmente de valor, y aún los hijos de europeos nacidos en la India pierden allí el vigor de su raza. Allí

los hombres se someten a torturas increíbles y las mujeres se queman vivas por su voluntad, es demasiada energía para un pueblo tan flojo.

29 *Ibid.*, p. 255.

30 *Ibid.*, p. 256.

31 Carlos De Cabo Martín, *Teoría Histórica...*, Vol. II, Op.cit., p. 121.

32 *Ibidem*.

La naturaleza, que ha dado a aquellos pueblos una debilidad que le hace tímidos, los ha dotado a la vez de una imaginación tan viva que todo les impresiona íntimamente.³³

Nótese cómo se refleja aquí la influencia de la ciencia de la naturaleza propuesta Buffon. La Ilustración sentaba así los pilares del constitucionalismo liberal que se basaba en la discriminación racial. Iba justificando la discriminación de la gente no blanca sólo por su condición física de la que no es responsable.

Su visión eurocéntrica alcanza su máxima expresión cuando critica la dominación de las mujeres árabes sin percatarse en las condiciones de subordinación en que se encontraban las mujeres europeas³⁴. Montesquieu en su análisis de la esclavitud, se escandaliza sólo de la situación de las mujeres esclavas no europeas. Dice que en los Estados mahometanos el amo no sólo es dueño de la vida y de los bienes de las mujeres esclavas, sino también de su cuerpo y de su honra. Es una de las desgracias de esos países el que una parte de la nación, la más considerable, viva a merced de la otra.³⁵

Es evidente que esta crítica es el resultado de sus prejuicios raciales y sexistas muy arraigados en Occidente.

Y, es que, los padres del constitucionalismo hicieron gala de su pensamiento discriminador. Rousseau, por ejemplo, justificaba la dominación de las mujeres negándoles individualidad al grado de hacer depender su honra y reputación a la de los hombres. De las tantas afirmaciones categóricas de Rousseau que legitimaban el sistema patriarcal, se cita aquí ésta:

No importa, pues, sólo que la mujer sea fiel, sino que sea considerada tal por su marido, por sus parientes, por todo el mundo; importa que sea modesta, atenta, reservada, y que lleve a los ojos de los demás, como en su propia conciencia, el testimonio de su virtud; si importa que un padre ame a sus hijos, importa que estime a su madre. Tales son las razones que sitúan la apariencia incluso en el número de los deberes de las mujeres, y que hacen para ellas no menos indispensables el honor y la reputación de la castidad.³⁶

33 Montesquieu. *El Espíritu...* Op. cit., p. 256.

34 Conviene recordar que, salvo contadas excepciones, casi todos los filósofos de la Ilustración justificaron la exclusión de las mujeres de los derechos que reivindicaban frente al Antiguo Régimen: las mujeres no eran “individuos con talento y con capacidad de razonar”. Las mismas mujeres europeas, blancas y burguesas no tenían derechos ni libertades. Por ejemplo, tras la revolución francesa, Olimpia De Gouges fue a la guillotina por cuestionar el cariz patriarcal de la Declaración francesa de 1798. Se hace necesario visibilizar la Declaración de De Gouges en la historia del constitucionalismo y, claro, en la filosofía política.

35 Ibid., p. 274.

36 Jean Jacques Rousseau, *Emilio; o, De la educación*, Madrid, Alianza Editorial, 1998. También en formato electrónico, en URL: <http://books.google.es/books?id=JgEUAJAAAJ>, consultado el 04-09-

Rousseau basó su pensamiento en la ciencia ilustrada francesa e inglesa y en ella el desprecio a lo otro se hace patente³⁷.

Las ideas patriarcales son en realidad el sustento de la exclusión que se extiende también a las propias mujeres occidentales y, esa forma de discriminación ancestral, se recrea y reinventa para discriminar al resto de hombres de otro color de piel, de otros orígenes.

Volviendo al pensamiento de Montesquieu. Para definir a la población negra e indios, éste apeló a su superioridad en tanto hombre blanco para defender la desigual repartición de la *razón* en tanto “llave” de la igualdad. Los ilustrados interpretaron restrictivamente el concepto de razón y se lo negaron a la *otredad*. Se arrogaron la capacidad de conceder o no la razón al resto de hombres³⁸. Toda la gente opuesta al europeo varón y propietario no podía tener capacidad de razonar y por ende, no existía ni jurídica ni políticamente. Así, el hombre “indio” y “negro” pasó a conformar el grupo discriminado racialmente sin capacidad “natural” de raciocinio. En efecto, siguiendo el núcleo del pensamiento Ilustrado, Montesquieu concibió a las personas negras como seres destinados a la esclavitud. Poco se ha difundido, por ejemplo, esta afirmación que está presente en su pensamiento político:

el azúcar sería demasiado caro si no se obligase a los negros a cultivar la caña dado el exterminio de los pueblos de América. Esos esclavos son negros de los pies a la cabeza, y tienen la nariz tan aplastada que es casi imposible compadecerlos. No se concibe que Dios, un ser tan sapientísimo, haya puesto un alma en un cuerpo tan negro, y un alma buena, es aún más inconcebible en un cuerpo semejante. (...) Se puede juzgar del color de la piel por el del pelo; tanta importancia tenía el cabello para los egipcios, los mejores filósofos del mundo, que mataban a todos los hombres bermejos que caían en sus manos.³⁹

Es evidente que la razón y el resto de los valores ilustrados nunca fueron universales ni tuvieron tal vocación puesto que estaba condicionado a los rasgos étnico o racial de las personas y también, hay que decirlo, a su sexo. El pensamiento

2009. Rousseau sienta las bases del concepto patriarcal de ciudadanía: el ciudadano sólo es el individuo varón, nunca la mujer.

37 El “pacto social” y su concepción de “estado de naturaleza” se inspiró en las ideas individualistas de Locke. El padre del liberalismo reclamó la libertad sólo para quien era varón y propietario y sostuvo que el resto de gente que era pobre era responsable de su incapacidad para progresar. Locke también justificó la apropiación de las tierras de las poblaciones nativas de América sobre la base de sus ideas racializadas. De esto, poco se debate cuando se estudia al liberalismo.

38 Pero ya, desde tiempos remotos, a las mismas mujeres europeas se les negó su estatus de *individuo* y la capacidad de razonar. Para conservar estas relaciones desiguales la Ilustración llevó a cabo su proyecto de reformas educativas dirigidas a la consolidación del ciudadano inspirado en el sujeto varón, europeo blanco y con patrimonio.

39 Montesquieu. *El Espíritu...* Op. cit., p. 270.

de Montesquieu está repleto de prejuicios raciales y en él se puede constatar que pervive la influencia del cristianismo. Hay una mezcla de lo laico y religioso en su obra lo cual denota que la razón no se había separado totalmente de lo divino, un elemento tan denostado (formalmente), en la Ilustración. Así, en un contexto de ensalzamiento de la razón y la libertad reivindicado sólo para hombre blanco europeo, recalcó que la gente de piel negra [al igual que los nativos americanos] no tenía capacidad de raciocinio. Manifestó que:

la prueba de que los negros no tienen sentido común, es que prefieren un collar de vidrio a uno de oro, cuando el oro es tan estimable en los países cultos. Es imposible suponer que tales seres sean hombres, porque si lo supusiéramos, deberíamos creer que nosotros no somos cristianos.⁴⁰

Como puede verse aquí, Montesquieu expresa los valores del liberalismo que propugnaba la exclusión de quienes no habían entrado al mundo de los propietarios. La razón o sentido común era la vía para reconocer como iguales a otros hombres pero dentro de una igualdad en términos económicos. Sus reflexiones muestran que la razón humana ilustrada era un híbrido, ya que, conservaba la influencia del hecho religioso. Su razonamiento fue uno de los tantos instrumentos para la justificación de la discriminación racial. Así, el capitalismo y el liberalismo se irían consolidando apoyándose en el doble discurso político.

2.2 Voltaire

Voltaire fue otro de los filósofos que no escapan a esta forma de pensar. Hay que tomar en cuenta fundamentalmente sus ideas relacionadas con la desigualdad. Defendió los intereses de la burguesía capitalista francesa. Su ideal se centró en la eliminación de los abusos, más no en la modificación total de las instituciones. En otras palabras, su objetivo fue afrontar los problemas concretos de insuficiencias y abusos, respecto de los cuales propuso reformas.⁴¹ No creyó en la separación de poderes como garante de los derechos naturales de los ciudadanos. Este filósofo incidió en el derecho de propiedad para justificar la desigualdad entre los hombres. Así, defendió a la República pero no entendida como un estado popular sino como una república de propietarios, esto es, que sólo los propietarios debían participar en los gobiernos. Su concepto de libertad e independencia están ligados a la propiedad privada; además admitió la desigualdad de los hombres por sus condiciones sociales; y desconfió de la multitud.⁴²

Voltaire admiró la organización sociopolítica inglesa y bebió del pen-

40 Ibidem.

41 Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Alianza, 1982, p. 245.

42 Ibidem.

samiento de Locke respecto del individualismo y de la protección del derecho de propiedad por ser derechos descubiertos por la razón del hombre. En su obra destaca su visión racializada de la humanidad y en función ésta sostuvo que existía una sensible diferencia entre las especies de los hombres que pueblan las cuatro partes conocidas de nuestro mundo. Afirmó que sólo un ciego podría dudar de que los blancos, los negros, los albinos, los hotentotes, los lapones, los chinos, los americanos, constituyen razas diferentes.⁴³

Voltaire, pues, es otro de los filósofos ilustrados que puso las bases del futuro racismo decimonónico europeo. Sin duda, la Ilustración fue el caldo de cultivo intelectual para el desarrollo de la discriminación étnica o racial y, también, las referidas al sexo. Este enciclopedista no dudó en manifestar su desprecio a los africanos y el resto de gente de piel oscura como resultado del mestizaje. En relación a la población negra dijo:

sus ojos redondos, su nariz aplastada, sus orejas diferentemente dibujadas, la lana de sus cabezas, la medida misma de su inteligencia, interponen entre ello y las otras especies de hombres diferencias prodigiosas. Y lo que demuestra que no deben esta diferencia a su clima es que los negros y las negras trasplantados a los países fríos siguen produciendo en ellos animales de su especie, y que los mulatos no son sino la raza bastarda de un negro y una blanca, o de un blanco y una negra, así como los asnos, específicamente diferentes de los caballos, producen mulas al acoplarse con yeguas.⁴⁴

Al igual que en Mostequieu, en Voltaire los prejuicios raciales impregnan su obra. Es necesario desvelar las columnas sobre las cuales se asienta el pensamiento político occidental. La crítica a las bases del constitucionalismo se hace necesaria para la erradicación de la desigualdad y la discriminación en todas sus formas. Nace así, pues, el constitucionalismo con sus más graves contradicciones.

Por un lado, Voltaire, mostró su desprecio a dicho colectivo discriminándolo por su color oscuro; y, por el otro, lo compadeció pues lo concebía como una población conformada por seres débiles, pasivos y predestinados al sufrimiento. Nótese cómo el doble discurso, es decir, la formalidad de la retórica ilustrada se verifica en la obra de Voltaire (desprecio y compasión, similar a la discriminación maquiavélica con la argumentación de la igualdad formal o jurídica). También consideró que los no blancos estaban destinados al *estado de naturaleza*⁴⁵ fuera de las

43 Voltaire. *La filosofía de la Historia*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 7.

44 Michèle Duchet, *Antropología e historia en el siglo de las luces*, México, Siglo XXI, 1975, p. 47.

45 La noción de “estado de naturaleza” ha sido objeto de un magistral análisis por la filosofía feminista poniendo en cuestión el concepto jurídico político de “contrato social”, ver al respecto: Carole Pateman, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.

leyes civiles. Respecto a su compasión hacia el colectivo negro, lo pone de manifiesto cuando relata la experiencia de Cándido en su encuentro con el “negro de Suriname”.⁴⁶ Voltaire describe que al llegar Cándido a Suriname, colonia holandesa, halló a un negro tendido en el suelo casi desnudo. Le faltaban la pierna izquierda y la mano derecha. Cándido le preguntó consternado por qué estaba en esa situación y el negro respondió que había sufrido los castigos que el amo blanco (holandés) acostumbraba dar a los negros de los ingenios. El negro de Suriname cruelmente castigado, concluyó: *A este precio coméis azúcar en Europa*.⁴⁷ En esta obra Voltaire refleja una sociedad ilustrada que por un lado criticaba el poder absoluto del Antiguo Régimen y por el otro, convivía justificando la discriminación racial fundada en la infravaloración de grupos de gente diferente al hombre burgués blanco. Esta formalidad en su discurso no es más que la evidencia de una de las señas del constitucionalismo que más adelante se consolidará para sostener al capitalismo y que intentará ocultar con sus Declaraciones de Derechos la discriminación racial, la desigualdad y el sistema patriarcal.

Al hilo de lo que se comenta, es decir, sobre el nacimiento de la igualdad formal en la Ilustración, y la realidad desigual, es significativo lo que estaba pasando en Europa y América en aquél momento. En efecto, no obstante el discurso crítico burgués contra el poder absoluto del Monarca y contra la discriminación por nacimiento que regulaba las relaciones sociales del Antiguo Régimen, los europeos ya habían llevado a cabo la colonización de América. En el continente colonizado el hombre europeo repetía los esquemas sociales y políticos que criticaba al régimen absolutista. Suriname sufrió un primer proceso de colonización inglés y luego holandés. Entonces, a mediados del siglo XVIII, el tráfico de esclavos a América para la producción del azúcar ya estaba consolidado.⁴⁸ El negro de Suriname era el reflejo de la pervivencia de la colonización en América basada en el esclavismo, feudalismo y en la discriminación, al mismo tiempo, en Europa el capitalismo se asentaba y junto con éste aparecían las reivindicaciones de libertad e igualdad pero sólo para un grupo de personas con la consecuente exclusión del resto por su raza (y sexo).

Voltaire, se refirió también, además de la gente negra, a las personas de otro color de piel “diferente” al hombre europeo que se había auto asignado como ser racional y superior a los demás. Así, en su estudio sobre los albinos concluyó que:

éstos se parecen más a los negros de Guinea que a un inglés o a un español (...) su blancura no es la nuestra, nada de encarnado, ninguna mezcla de blanco y de moreno: es un color de lienzo o, mejor aún, de cera blan-

46 Voltaire, *Zidag o el destino. Cándido o el optimismo*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 373 y ss.

47 Ibid., pp. 374 a 375.

48 Sobre el desarrollo de la producción del azúcar en las colonias del continente americano véase, Pedro Pérez Herrero, *América Latina y el colonialismo europeo. Siglos XVI-XVIII*, Madrid, Síntesis, 1992, pp. 158 a 166 y 209 a 211.

queada: sus cabellos, sus cejas, son de la más bella y sus ojos no se parecen en nada a los de los otros hombres, sino que se aproximan bastante a los ojos de la perdiz. Se parecen [a los lapones] por la talla, a ninguna nación por la cabeza, puesto que tienen otra cabellera, otros ojos y otras orejas y sólo tienen del hombre la estatura del cuerpo junto con la facultad de la palabra y [del pensamiento en un grado muy alejado del nuestro].⁴⁹

Al igual que Montesquieu, Voltaire reflejó también las ideas desigualitarias basadas en las jerarquías de las razas. Cuando hace alusión a los lapones y al resto de “otros” fuera de Europa continental dominante de aquél entonces, se entiende que recoge las construcciones sociales que estaban justificando el colonialismo al exterior y la consolidación del capitalismo al interior de Europa. Conviene recordar que en aquel entonces, Laponia, poblada por la comunidad nativa Saamis, fue colonizada en el siglo XVIII por Suecia.

La ciencia ilustrada elaboró sus estudios sobre la base de una Europa deseosa de dominio sobre las “nuevas” tierras y del progreso económico mediante la dominación de las regiones donde no vivía el hombre europeo y burgués. Este es el contexto del pensamiento ilustrado y éste fue su objetivo: mantener las relaciones de dominación que servirían al desarrollo del modo de producción capitalista y para ello había que reelaborar las discriminaciones, en este caso, éstas se orientó hacia la raza. La descripción que se hace Voltaire de la jerarquía de las razas y su justificación de las ideas desigualitarias contribuirán a reforzar las exclusiones de las personas no blancas, ni europeas, ni propietarias. El individuo europeo, referente de la razón, se fue convirtiendo en un referente jurídico sustentado en su raza, sexo y en una geografía. Así pues, los cambios que se estaban produciendo en esta época encontraron justificación en la defensa de la superioridad de la civilización europea y de la raza blanca.

Voltaire, pues, no cree en la igualdad porque la consideraba como la cosa que es a la vez, la más natural y la más quimérica⁵⁰. Como parte de la burguesía, en su obra hizo elogio al lujo y riqueza y desdeñó el discurso sobre igualdad formal, de Rousseau⁵¹. De ahí que defendiera los beneficios de la jerarquía de clases. Como puede verse, raza y clase confluyen, llegándose a ocultar a la primera con la segunda categoría. Desde el punto de vista político, es evidente que sus ideas proceden de una visión censitaria de la sociedad⁵². Y estos presupuestos políticos evolucionaron de modo que, tras las Revoluciones francesa y estadounidense el derecho de sufragio falsamente denominado “universal” sólo era tal para los propietarios varones y europeos.

49 Marcelo Abadi, *Voltaire: su pensamiento histórico*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 61.

50 Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas*. Madrid, Tecnos, 1993, p. 316.

51 Bajo ningún aspecto reconocía la igualdad, ni siquiera la idea de igualdad formal o jurídica (falsa igualdad), que la modernidad ha heredado de pensadores ilustrados como Rousseau.

52 Ibid., p. 316.

He aquí algunas pistas de la huella histórica de la desigualdad y discriminación en la Ilustración. La obra de sus “célebres representantes” pone en evidencia la aceptación de la desigualdad, basada en la discriminación de las mujeres y la racial, la necesidad de ocultar las mismas mediante el doble discurso. Así, la igualdad de “todos los hombres” (que se plasmó en las Declaraciones de Derechos a finales del siglo XVIII), heredera de la Ilustración, estaba referida solamente para un sector restringido y no para el resto de la población no propietaria, tampoco para las mujeres, ni la gente no europea. Es pertinente recalcar que la Ilustración fue una ideología de la clase dominante de entonces, y, al mismo tiempo, se hace necesario aclarar que la justificación del poder repitió esquemas sociales históricos basados en división jerárquica de las personas por su sexo y por raza o etnia del Antiguo Régimen y del feudalismo. En la Ilustración, pues, aparecieron las primeras teorías, elevadas al rango de conocimiento racional, sobre la superioridad de la raza blanca europea y la necesidad de la desigualdad en la sociedad⁵³.

En suma, para descubrir los fallos de la teoría política, toca reiterar que los individuos considerados sujetos de derechos y por tanto sujetos políticos sólo fueron los varones propietarios. La posibilidad de acceder recursos y bienes estaba determinada por el origen étnico, llámese origen familiar, clase, etcétera y su sexo. La propiedad, un derecho clave para el constitucionalismo fue la variable para conservar las fronteras en la conservación del poder económico. Este poder fue la llave para acceder al resto de derechos. Fue, pues, un derecho patrimonial el que determinó el desarrollo de los derechos constitucionales y esto ocurre en el escenario capitalista. Entonces, no se puede negar que la sangre o etnia, es decir, la variable biológica siguió determinando las estructuras de la nueva sociedad, puesto que, sólo quienes podían acceder a los recursos eran los hombres blancos. Así se configuró el sujeto de derechos y el sujeto político en el constitucionalismo, sobre la base de una igualdad con fronteras biológicas donde la desigualdad seguiría siendo la regla. Y, la Ilustración hegemónica se ocupó de justificarla.

53 Este pensamiento político donde la desigualdad y discriminación era la regla universal y la igualdad la excepción, fue remedado en América. Por ejemplo, en el Perú, las ideas de igualdad que se reivindicaron para defender la Independencia favorecieron sólo a un reducido grupo: los criollos, los de sangre española. El origen étnico fue determinante para definir el estatus jurídico-político de las personas peruanas durante y después de la Colonia. La población nativa fue excluida de todo debate igualitario que sustentó la guerra de independencia; pero sí se tomó en cuenta todo lo referido a las justificaciones basadas en la desigualdad y discriminación. Para entonces, las Trece Colonias de los Estados Unidos ya se habían independizado, la Declaración de Independencia de 1776 con su contenido racializado (por cierto, poco difundido en la filosofía política y en el estudio del derecho constitucional) concibió el poder constituyente como un poder sólo del hombre blanco. Esta noción de poder constituyente y, por ende, de pueblo, es la punta de un iceberg de la discriminación que a día de hoy sigue siendo ignorado.

ABOLICIONISMO MOLECULAR: UN POSIBLE... (MOLECULAR ABOLITIONISM: A POSSIBLE...)

EZEQUIEL KOSTENWEIN¹

Nunca nadie es superior ni exterior a aquello de lo que se aprovecha: el tirano institucionaliza la necesidad, pero es el primer servidor de su sistema y la primera víctima instituida; siempre es un esclavo el que manda a los esclavos.

Gilles Deleuze

Para el resto de la tierra allí había un perro muerto, un perro que en unas horas estaría descompuesto. Había que limpiar la acera de aquella mancha oscura—para el resto de la tierra un perro muerto es basura—.

Silvio Rodríguez

Sacudido del árbol cayó un fruto dulce muy raro, tropecé con mis ganglios y vi que morderlo era caro.

Carlos Solari

RESUMEN: En la primera parte del presente trabajo, con base a retomar las ideas de Hulsman, Christie y Mathiesen, se ponen de relieve varios de los temas importantes para el devenir de un abolicionismo penal y molecular: la problematización de la definición del delito, la desontologización del derecho penal, el poder punitivo estatal basado en la abstracción legal, el cuestionamiento de la institución penitenciaria. Todos en relación con el cuestionamiento de la manera en que el Estado establece, a través del derecho penal, una manera trascendente y abstracta de infligir dolor sin tomar. Del otro lado, en la segunda y última parte, partiendo de los apuntes avanzados en la primera, se reflexiona acerca de la necesidad de transformar esta visión del derecho penal, abriendo las puertas a un devenir-abolicionista en el que se consideren los conflictos, sus circunstancias y sus participantes como acontecimientos y singularidades.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, Abolicionismo penal, criminología menor, desontologización penal, problematización de la definición de delito, cuestionamiento de la institución penitenciaria.

ABSTRACT: In the first part of this paper, based on rethinking the Works of Hulsman, Christie and Mathiesen, some of the most relevant themes of penal abolitionism are taking into account: the problematization of the definition of crime, the deontologization of criminal law, the punitive power of the state based on abstraction, and the deep questioning of prison. All of this with the objective of questioning the manner in which the state establishes, through criminal law, a transcendent and abstract way of inflicting pain and punishment. On the other hand, in the second and last part of the paper, retaking the accounts made in the first part, a reflection about the necessity of a transformation of this conception of criminal law is advanced, opening the way for a abolitionist perspective, in which conflicts, their circumstances and their participants can be considered as events and in their singularity.

KEY-WORD: Criminal law, penal abolitionism, minor criminology, penal deontologization, problematization of the definition of crime, impeachment of the penitentiary institution

1 (CIC – UNLP), dosmilmesetas@yahoo.com.ar. Recibido el 10 de Julio de 2010, aceptado el 5 de noviembre de 2010.

Entre dominios cismáticos.- Este trabajo se compone de dos ejecuciones distintas. La primera de ellas la alcanzaremos al exponer, de un modo académicamente legitimado, el ideario de quienes consideramos vitales pensadores dentro del movimiento que se le ha dado el nombre de abolicionismo penal. En segundo lugar, el empeño estará orientado a desembarazarnos de las limitaciones que dicho enfoque significa para nuestros intereses, procurando aludir a esta tendencia, no ya como una corriente radical dentro de la criminología crítica, sino como un proceso ético y subjetivo que se propaga en tanto práctica política de la economía del deseo —abolicionismo molecular—.

Si convencionalmente se acepta que apelativos como los de Hulsman, Mathiesen o Christie dan sustento a la perspectiva abolicionista, lo que abordaremos en la parte inicial del artículo, en nuestra segunda propuesta llegaremos a sostener que es a partir de la pérdida de los nombres propios cuando resulta necesario pasar a una militancia que se abra a las multiplicidades intensivas, escapando simultáneamente a dispositivos anquilosados de significación. En otros términos, que uno llega a proyectarse como abolicionista molecular —o criminólogo menor- en tanto no posea ni la responsabilidad del criminólogo tradicional², ni la culpa del criminalizado.

L. Hulsman: una mirada sin amo.- H. Miller acertaba hace algunas décadas cuando decía que “los grandes no abren oficinas, ni cobran honorarios..., ni escriben libros. La sabiduría es muda, y la propaganda más eficaz a favor de la verdad es la fuerza del ejemplo personal. Los grandes atraen a discípulos, figuras inferiores cuya misión es predicar y enseñar.... Los grandes son indiferentes, en el sentido más profundo. No te piden que creas; te electrizan con su conducta. Son los concienciadores. Lo que hagas con tu vida sólo te concierne a ti, parecen decir. En resumen, su único objetivo aquí en la tierra es inspirar. ¿Y qué más podemos pedir a un ser humano?” (1982: 379). Louk Hulsman ha sido, sin dudas, el más socrático de los criminólogos. Escribió poco, caminó mucho, mejoró todo. Buscaba que su propuesta fuese, decisivamente, una propuesta viva. Su presencia suscitaba un encanto muy peculiar: evocaba un pensamiento volcánico envuelto en una serenidad muy acogedora: “Cuando aparecía en una habitación, la atmósfera cambiaba. Llegaba otro aire. Las cosas cambiaban. Era atmosférico” (Deleuze en Dosse, 2009: 400); tenía muy claro que cualquier ficción personal así como cualquier mito impersonal está siempre del lado de los amos.

Ahora bien, es posible destacar qué nos ha legado este prodigio holandés en términos estrictamente criminológicos: un rechazo vehemente a la concepción ontológica del delito junto a la denuncia indoblegable de que el sistema penal es primordialmente un mal social. Esto es ya suficiente como para herir de muerte a

² Cuando aludimos a la criminología tradicional no estamos pensando en las descripciones del realismo de izquierda (Lea y Young, 2008) sino en el modo en que los diferentes investigadores abordan los temas. Se observan dos derrames claramente distintos entorno al quehacer criminológico: por un lado, uno *real* o tradicional en tanto saber repartido y distribuido, con determinaciones estables y proporcionales; “Todo lo otro es una distribución que debemos llamar nomádica..., sin propiedad, cercado ni medida. En este caso, ya no hay reparto de un distribuido, sino más bien repartición de quienes se distribuyen en un espacio abierto ilimitado, o, por lo menos, sin límites precisos” (Deleuze, 2002b: 73).

la imagen dogmática del pensamiento punitivo³ y a las percepciones que éste nos induce a tener. Asimismo, nos permite elaborar nuevas apreciaciones sin tener que transigir, como lo hicieron muchos críticos, ante la circunspección de que el delito existe, y a su vez, de que un sistema penal democrático es posible, además de deseable (Lea y Young, 2008; Baratta, 2004b; Ferrajoli, 1989).

No es azaroso que uno de los pocos textos escritos con cierta sistematización por parte de Hulsman (1989, 1991, 1993) tenga como centro de reflexión al concepto de delito y el modo relativamente moderado en que la criminología crítica lo ha abordado ¿Qué significa esto? Sabemos que en los estudios sociológicos sobre la desviación, a partir de las contribuciones de la fenomenología, y del interaccionismo simbólico principalmente, se suscitaron severas e irreversibles consecuencias: comenzaron a priorizarse los mecanismos a partir de los cuales una conducta llega a ser definida como desviada, rechazando las concepciones que afirmaban que esta última tiene una realidad en sí misma. Aquí se comprende por qué llamaron a esto *desontologización*: dichos comportamientos no eran un ente con autonomía de la interpretación y valoración que los actores, fundamentalmente los del sistema penal, le dan al mismo. Objetivamente no hay diferencias entre el crimen de un soldado, y el de aquel que lo comete en el fragor de un asalto; la desviación es el producto de un conjunto de definiciones que son exitosamente aplicadas a un hecho que es definido como tal. A partir de allí comienza a ratificarse que no es el delito el que genera la reacción social, sino por el contrario, que es la reacción social la que provoca el delito. Esta inversión, que puede recordarnos a la que Marx (1991) realizó con la dialéctica hegeliana, hendió un nuevo panorama para la tarea de quienes reflexionaban acerca de la cuestión.

Alejándose de la inconducente discusión acerca de si el *labelling approach* es un efectivo cambio de paradigma (Baratta, 200; Larrauri, 2001) o si es apenas una simple perspectiva (Walton, Taylor y Young, 2001; Pavarini, 2003), Hulsman tomó estos aportes para hacer lo que cualquier criminólogo menor hubiese hecho: desmitificar. En otras palabras, él sabía qué bondades tenía esta concepción constructivista para el problema tal cual precisaba plantearlo, y sabía además a qué tipo de soluciones jamás arribaría. Junto con esto, podemos decir entonces que “el delito no tiene realidad ontológica, no es el *objeto* sino el *producto* de la política penal. La criminalización es una de las tantas formas de interpretación de la realidad social” (1989: 97). Esto significa que el delito en particular, y cualquier conducta desviada en general, no es el punto de partida de la actuación de los mecanismos de control social, sino su consecuencia. Y por ello, lo que elija considerarse como una conducta dañosa por el sistema penal es siempre una cuestión de definición, corroborando “el hecho de que no se pueda reconocer en los comportamientos actualmente definidos como punibles una *naturaleza intrínseca* específica...” (1991: 196). Consecuentemente, no hay ligazón alguna entre todos esos sucesos *construidos* como delictivos, sea para quienes participan en ellos, sea por la naturaleza de sus consecuencias, sea por

3 Para las características de la imagen dogmática del pensamiento, que consideramos aplicable a la criminología, ver Deleuze (2002b: 201 y sig.).

el modo de abordarlos; excepto “que el sistema penal se encuentra autorizado a accionar a partir de los mismos” (1993: 76). Esto puede evidenciarse con el siguiente ejemplo: si cualquiera de nosotros observara un determinado hecho que pudiese encuadrar dentro de lo que la gramática jurídico penal designa como robo, y lo definimos como tal, no estamos describiendo al hecho simplemente, sino que lo estamos construyendo. De ahí que “para el abolicionista del sistema penal el primer paso no consiste en reformar los textos legales, sino en instaurar otras *prácticas* que conduzcan a una visión diferente de la sociedad y de los conflictos interpersonales que en ella se atan y se desatan *en la actualidad*” (1991: 198).

Si el trabajo adocenado de los engranajes dominantes consiste en definir qué conductas son delictivas –criminalización primaria– para luego reprimirlas selectivamente –criminalización secundaria–, la meta fundamental para Hulsman es capitalizar la objeción respecto de que, en términos abstractos y universales, un hecho posea la característica de *ser* criminoso.

Esto, en contraposición a la imagen diletante que del abolicionismo se propone dar una y otra vez, nos ubica en el sendero de un arduo trabajo, reasumiendo el protagonismo de los conflictos que nos tienen como artífices, o en palabras de R. de Folter, “la abolición del concepto de delito nos obliga a revisar completamente el vocabulario del sistema de justicia penal” (1989: 63).

Pero si hay una crítica que roza lo absurdo al rededor del conjunto de ideas abolicionistas es la que sostiene que respecto del concepto de delito, estas carecen de originalidad. Un tipo de análisis así tiene el penoso destino, debido a que quien lo efectúa está *por debajo* del problema, de minimizar argumentos: “La enfermedad del mundo actual es la incapacidad para admirar: cuando se está *en contra*, se rebaja todo a la altura propia, escudriñando y cacareando” (Deleuze, 2005: 179). Debemos contrarrestar aquella imprudente afirmación a partir de esta otra: para desmitificar no es suficiente con explicar, es necesario crear. El abolicionismo corearía si se contentara sólo con decir lo que el labeling approach dijo, a saber, que la conducta desviada no tiene una existencia sustancialmente distinta a la de otro tipo de conductas. No se pueden leer los aportes de Hulsman o Christie al respecto de un modo tan fragmentario y reductor; dicho de otra manera, es improbable poder entender a estos autores sin hacer intervenir aquello que *hicieron* con la desontologización del delito: dar un nuevo marco dentro del cual la crítica al etiquetamiento logra propulsarse como el fundamento de un original proyecto de significación (Deleuze y Guattari, 2005), y es bajo estas condiciones que se debe auscultar el planteo de un problema, a partir del cual “llamar a un hecho *crimen*, o *delito*, es limitar extraordinariamente las posibilidades de comprender lo que acontece y de organizar la respuesta. Si las claves abstractas reductoras que el sistema penal aplica a los sucesos fueran sustituidas por maneras de representación naturales que partieran de los individuos en lugar de partir de la estructura socioestatal, podrían desarrollarse diferentes tipos de reacción” (Hulsman y de Celis, 1984: 88-9).

Por lo tanto, el concepto de delito supone la existencia de un sistema punitivo genérico y formalizado (Zaffaroni, 1989), dentro de un campo social vertical producto de una serie de acuerdos que lo instituyen. A esto debe atacárselo no sólo por ruin sino por ilógico: la *situación problemática* es la herramienta que empuña Hulsman y compañía para que, una vez comprobado que el sistema penal es un mal social, y que sus instituciones carecen de propósitos comunes razonados, pueda lograrse una nueva imagen sobre la resolución de los conflictos.

Ahora bien, ¿qué es una situación problemática? Es *el clamor del ser*, el reclamo para sí de aquello que lo compone como tal. Pero aquí es importante dejar en claro que no se toma al ser, a la persona, como una identidad precisa y establecida, “se trata de singularidades móviles, rapaces y volátiles, que van de uno a otro, que provocan fracturas, que forman anarquías coronadas, que habitan un espacio nómada. Hay una diferencia abismal entre repartir un espacio fijo entre individuos sedentarios mediante límites o cercados, y repartir singularidades en un espacio abierto sin vallas ni propiedades” (Deleuze, 2005: 187). Aunque resulte enojoso, insistamos en esta idea: el sistema penal reparte sus potenciales remedios a partir de un espacio fijo formal –criminalización primaria- y otro informal que supone su discrecionalidad genética –criminalización secundaria-. La situación problemática, por el contrario, prescinde de categorías tan rígidas como la de sujeto o individuo, reivindicando la emergencia facultativa de individuarnos de acuerdo a criterios no prescriptivos, en un espacio liso fuera del imperio del Estado⁴.

La tarea de Hulsman es la creación de un plano para la contraefectuación⁵ del acontecimiento, en tanto criminólogo menor, para socavar la hegemonía punitiva instituida: “El abandono de los esquemas mentales propios del sistema penal... reposa en un proceso del que conviene destacar su originalidad. El abolicionismo pretende *problematicar la noción de crimen* (o delito), hacer un giro radical en relación al sistema penal y buscar apoyo en una noción flexible y susceptible de ser aplicada a cualquier tipo de conflicto interpersonal que requiera soluciones: nos referimos a la noción de *situación problemática*” (1991: 200). Lo que este concepto nos asegura es que no haya resolución viable fuera de la perspectiva de los directos im-

4 En la misma línea, Deleuze aporta: “*Un proceso de subjetivación, es decir, la producción de un modo de existencia, no puede confundirse con un sujeto, a menos que se le despoje de toda identidad y de toda interioridad. La subjetivación no tiene ni siquiera que ver con la persona: se trata de una individuación, particular o colectiva, que caracteriza un acontecimiento (una hora del día, una corriente, un viento, una vida...) Se trata de un modo intensivo y no de un sujeto personal*” (Deleuze, 1999: 160) En la misma dirección va Hulsman, cuando afirma que “empeñarse en conservar códigos con fundamentos anacrónicos equivale a condensarse a reorganizaciones sin solidez y a retoques sin sentido” (1991: 198).

5 La contraefectuación es la parte de un acontecimiento que no se agota en el momento que se concreta; o mejor aún, es *el sentido del acontecimiento*, que lo sobrevuela incluso tiempo después que un suceso determinado haya ocurrido: “Lo que la historia capta del acontecimiento son sus efectuaciones en estados de cosas, pero el acontecimiento, en su devenir, escapa a la historia. La historia no es la experimentación sino solamente el conjunto de condiciones... que hacen posible experimentar algo que escapa a la historia. ...hay dos maneras de considerar el acontecimiento: una consiste en recorrerlo en toda su longitud, registrando su efectuación en la historia, sus condicionamientos y su degradación en la historia; la otra consiste en elevarse hasta el acontecimiento, instalarse en él como en un devenir, rejuvenecer y envejecer en él al mismo tiempo, atravesar todos sus componentes o singularidades (Deleuze, 1999: 267).

plicados, que son los que están en condiciones de reverdecen la singularidad propia de cualquier acontecimiento. No hay modo en que el sistema penal pueda metabolizar en favor de su axiomática esta ruptura categórica: son lenguajes constitutivamente distintos el de este último y el del abolicionismo; lo que se puede decir en uno no puede decirse en el otro (Deleuze y Guattari, 2002): “Pues bien, la experiencia muestra que no basta tratar de encontrar una solidaridad social, antes que jurídica, al conflicto, sino que es preciso *problematizar la noción misma de crimen* y, con ella, la noción de autor. Si rehusamos desplazar esta piedra angular del sistema actual, si no nos atrevemos a romper este tabú, nos condenamos, cualesquiera que sean nuestras buenas intenciones, a estar dando vueltas indefinidamente.... Eliminar el concepto de *crimen* obliga a renovar completamente el discurso global sobre lo que se llama el fenómeno criminal y sobre la reacción social que suscita. Para empezar, hay que cambiar de lenguaje. No se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras *crimen*, *criminal*, *criminalidad*, *política criminal*, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal. El suceso calificado de *crimen*, separado desde el principio de su contexto, extraído de la red real de interacciones individuales y colectivas, presupone un autor culpable; el hombre a quien se presume *criminal*, considerado como perteneciente al mundo de los *malvados*, está proscrito desde el comienzo” (Hulsman y de Celis, 1989: 84-5). Por todo esto es que podemos afirmar que Hulsman en particular, y los abolicionistas en general, no afirman, como algunos consideran, que *lo pequeño es bello*, sino que lo *normalizado* es asfixiante y mendaz, con efectos paralizantes para la construcción interactiva de sentido respecto de las situaciones desapacibles o indeseables. Poder definir una situación como problemática desde luego que no elimina el conflicto, ni mucho menos sus causas, pero si lo introduce dentro de un escenario en el que los deseos y las creencias pueden trastocar la percepción que tenemos acerca del mismo (1991: 202; Hulsman y de Celis, 1984: 93).

Aparato de Estado y sistema penal son una y la misma cosa; al menos en términos de conservación, su relación es simbiótica. No pueden entenderse el uno sin el otro; incluso puede observarse ciertamente que sus mutaciones son siempre asociantes, quizá ese haya sido el gran aporte de M. Foucault en Vigilar y castigar (2003). “El aparato de Estado sobrecodifica todos los segmentos: la organización de los enunciados dominantes, el orden establecido de una sociedad, los saberes dominantes, las acciones y los sentimientos adecuados a dicho orden” (Deleuze y Parnet, 1980: 150), y es aquí, dentro de este diagrama, donde debemos ubicar la ya célebre frase de Hulsman relativa a que el sistema penal es un mal social. Así como el primero propone la utilización de dualidades que funcionan —y son funcionales— como tales, decantando simultáneamente en relaciones biunívocas y opciones binarizadas (Deleuze y Parnet: 153), como las clases o los sexos, del mismo modo, la organización institucional del castigo va de dos en dos: del criminal al no criminal, del culpable al inocente.

En realidad, para puntualizar las aproximaciones, cuando el criminólogo holandés sostiene que el sistema penal es un mal social, lo que subyace, y que resulta

más importante aún, es que el sistema penal es malo socialmente ¿Por qué? Porque Hulsman es un etólogo y no un moralista. El bien y el mal son cuestiones que conciernen a la moral en tanto instancia superior a partir de la cual juzgar sucesos o comportamientos; lo bueno y lo malo, en tanto componentes de la ética, toman como referencia al modo de existencia que implica, sin recurrir a criterios trascendentes que lo sustenten. Si algo es bueno o malo se define por la capacidad que tiene de aumentar o disminuir nuestra potencia de actuar, de sentir, y no por si se ajusta a valores universalmente instituidos. Entonces, la etología es una ciencia práctica de las distintas maneras de ser —o modos de existencia—, mientras que el sistema penal es la encarnación de la moral a partir de una forma muy concreta de cooperación⁶. Ni la policía, ni los tribunales, ni el servicio penitenciario tienen intereses comunes que engargen sus cometidos; “¿Cuál es entonces esa específica forma de cooperación...? La primera especificidad de la *organización cultural* es que el sistema penal consiste en el acto de construir (o reconstruir) la realidad de una muy específica manera.... El sistema penal produce una construcción de la realidad al enfocar un incidente, restringidamente definido en tiempo y espacio, y congelar la acción allí, observándolo en relación a una persona, a un individuo.... La resultante es la posterior separación del individuo. Este es, en ciertas importantes maneras, aislado en relación al incidente, de su medio, de sus amistades, de su familia, del sustrato material de su mundo.... En este sentido, la organización cultural del sistema penal crea “individuos ficticios” y una “ficticia” interacción entre éstos” (Hulsman, 1993: 78). La gran falacia de este sistema es abstraer los hechos de sus condiciones de producción, reenviándolos a una monolítica forma de evaluarlos. Y aquí nos encontramos con el segundo rasgo de este bastidor cultural: la atribución de culpa en función de *la gravedad*, que toma como referencia las categorías del propio sistema, apartándose en la misma proporción de las percepciones de los propios implicados; “El “programa” para la atribución de culpa, típico del sistema penal, es una copia fiel de la doctrina del “juicio final” y del “purgatorio”, desarrolladas en ciertas variedades de la teología cristiana occidental. El sistema también está marcado por los rasgos característicos de “centralidad” y “totalitarismo”, específicos de estas doctrinas. Naturalmente estos orígenes —esta “vieja” racionalidad— se encuentran encubiertos bajo *nuevas palabras*: “Dios” es reemplazado por “Ley” y por “el consenso del pueblo”” (Ibíd.: 79).

6 Una buena aproximación a la diferencia entre ética y moral diría: “Sí, la constitución de los modos de existencia o de los estilos de vida no es exclusivamente estética sino que es, en los términos de Foucault, ética (lo que se contrapone a “moral”). La diferencia es que la moral se presenta como un conjunto de reglas coactivas de un tipo específico que consisten en juzgar las acciones e intenciones relacionándolas con valores trascendentes (esto está bien, aquello está mal...); la ética es un conjunto de reglas facultativas que evalúan lo que hacemos y decimos según el modo de existencia que implica. Decimos tal cosa, hacemos tal otra, ¿qué modo de existencia implica todo ello? Hay cosas que no se pueden hacer ni decir más que desde cierta mezquindad anímica, desde el rencor o la venganza contra la vida. A veces basta un gesto o una palabra. Son los estilos de vida, siempre implicados, quienes nos constituyen como tal o cual” (Deleuze, 1999: 163). Para un desarrollo más exhaustivo, véase *Sobre la diferencia entre la ética y una moral* en Deleuze (1984: 27-40).

Todo esto redundará en dos efectos sobre la organización social del sistema penal: cuando cualquiera de sus instituciones echa a correr sus quehaceres, las necesidades o empeños de los implicados en una situación problemática van desdibujándose progresivamente para poder de ese modo ajustar el trabajo de los agentes del sistema al reclamo de la estructura a la que pertenecen. Y esto último, a su vez, provoca que dichos funcionarios difícilmente se sientan por sí mismos garantes de sus actividades —y sus efectos—; la esquizofrenia del sistema penal consta en lo siguiente: predica la responsabilidad personal para los infractores de la misma manera que la suprime respecto del personal que trabaja dentro de su marco de referencia. Por lo tanto, *socialmente malo* aquí significa que haya una máquina burocrática que gobierne en términos tan esquemáticos los conflictos, por medio de agencias que privilegian sus propios intereses y no los del sistema en su conjunto. Descontextualizando los sucesos, privándolos de su densidad existencial característica, sumado a los desaguisados que existen entre las mismas agencias se provoca, como mínimo, acciones irresponsables (1991: 184-9). Hulsman etólogo insiste: “Es preciso mirar lo que sucede en el plano de la práctica, preguntarse si principios tales como el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal o la regla de la intervención mínima de la máquina represiva se aplica *en los hechos*. Hay que preguntarse cómo perciben el sistema penal las personas que tienen que ver con él” (Hulsman y de Celis: 45-6).

La conclusión inquietante a la que podemos arribar luego de lo expuesto es que, pese a que cada situación *es única*, la nomenclatura correccional logra dotarlas de un conato de homogeneidad para de ese modo tornarlas compatibles con el sistema penal, el cual, más allá de las declamaciones y los ensalmos, *no es gobernado por nadie*.

N. Christie: el *Zeitgeist* punitivo no es inevitable.— Es cierto: a menudo nuestro equipaje de ocasión se halla íntimamente relacionado con las sospechas que tenemos de aquello que va a ocurrir, como aquel que se previene con un paraguas en un día espesamente plomizo. Pero en términos sociales, a diferencia del supuesto anteriormente planteado, esos mismos suministros, a su vez, aumentan las posibilidades de efectuación de dichas sospechas. El derecho penal es un resguardo que tiene vínculos destacados con las expectativas que el Estado posee, principalmente respecto de aquello que podría suceder si a quienes han desobedecido las reglas instituidas, una vez juzgados y condenados, no se les inflingiese una pena; de allí que la respuesta punitiva sea *un mal con intención de ser eso*. Esto contribuye a —y aumenta las posibilidades de— que la imagen que tienen las personas de sus semejantes se asimilen bastante a las que el propio Estado refleja. Parece entonces que la cuestión sería retroceder hasta donde el inductivismo ingenuo⁷ (Chalmers, 1987) haya comenzado a tener aplicación y retomar la pregunta germinal, junto a N. Christie, de ¿quiénes somos?: “¿Quiénes somos? La intersección, fluctuante en función de la duración, de esta variedad, numerosa y muy singular, de géneros diferentes. No de-

7 Hacemos referencia a la postura que considera que la observación, para intentar construir conocimiento por parte del investigador, está libre de prejuicios. Y algo más delicado aún: que a partir de sucesos singulares se puede llegar a teorías generales o universales.

jamos de coser y tejer nuestra propia capa de Arlequín, tan matizada o abigarrada como nuestro mapa genético. No procede pues defender con uñas y dientes una de nuestras pertenencias, sino multiplicarlas, por el contrario, para enriquecer la flexibilidad. Hagamos restallar al viento o danzar como una llama la oriflama del mapa-documento de identidad” (Serres, 1995: 200). El conjunto de deseos y creencias que impriman la matriz a esta cuestión, la de qué es lo que somos, será el que proporcione la mayoría de las propuestas acerca de lo que consideraremos probo o indigno, en tanto dilemas ineludibles de la vida humana en sociedad. Y vale destacar que el control de la imaginación de los diseñadores de las políticas criminales (Feeley, 2008: 28) puede ser un cepo para arribar a una mirada problematizadora de las conductas del hombre en interacción.

En el derecho penal y en aquello que le da latitud y longitud⁸, esto es, una determinada política criminal, lo que predomina es un criterio reductor, y según lo entendemos, racista también⁹. Apartándose de esto a caballo de un lenguaje amistoso, motivo de críticas maliciosas por parte de los criminólogos *reales*¹⁰, nuestro autor no cesa de alzarse contra aquello que es la condición de posibilidad del sistema penal: el dolor abstracto, el dolor *del* Estado; y a su vez, exalta el lugar de la cultura fraternal, propia de los afectos alegres¹¹, reivindicándola como la única posibilidad de contrarrestar la inercia que posee la máquina punitiva. Por lo tanto, dos tareas de la criminología menor que Christie toma para sí: pensar qué lugar ocupa el dolor en la imagen que el derecho penal tiene del hombre, y delinear un nuevo tipo de percepción que la deteriore: flujo de creencias y deseos amplificador de sentido, que va por un tipo de justicia inmanente que evite institucionalizar *el* valor justicia.

Según un conocido adagio pragmatista, lo que algo significa tiene que ser entendido según los hábitos que implica, y vaya si el dolor genera hábitos. Entonces, el modo con el que resolvamos enfrentar un suceso adverso resulta decisivo, porque el sentido del dolor está íntimamente vinculado con el sentido de la existencia, o dicho de otra manera, “la existencia tiene un sentido siempre que el dolor tenga uno en la existencia” (Deleuze, 2000: 182). Y lo que N. Christie examina, escalpelo en mano, es la plusvalía del dolor que saca el sistema penal a partir de un conflicto que no lo tiene como protagonista, con el que no tiene absolutamente ninguna pertenencia. Es probable que lo haya sacudido también aquella fulminante y encriptada cita de

8 Respecto de los elementos de una longitud y latitud, remitimos a Deleuze y Guattari (1988: 258-268)

9 En palabras de M. Serres: “¿Qué es el racismo? Consiste en definir, considerar o tratar a alguien como si su persona se agotase en una de sus características, elegida o perseguida: eres negro o varón o católico o pelirrojo. El racismo se define simplemente como esta confusión entre el principio de pertenencia o de inclusión y el de identidad. De este modo, decir identidad masculina o nacional viene a ser confundir una categoría con una persona o reducir lo individual a lo colectivo...” (1995: 199)

10 *Lo real* aquí debe entenderse como disidiendo con *lo menor*, sea la disciplina que fuere. El criminólogo real es un tipo ideal cuyas características eminentes serían: tomar al lenguaje criminológico como un idioma con fuerte homogeneidad, separado de cualquier componente político y escéptico ante la posibilidad de construcciones colectivas de significación.

11 Según Spinoza, existen dos tipos de afectos: los alegres que se caracterizan por aumentar nuestra potencia, nuestro ímpetu de existir, y los tristes, que provocan todo lo contrario, esto es, una disminución de nuestras posibilidades vitales.

Nietzsche acerca de que “sólo lo que no cesa de doler, permanece en la memoria” (Nietzsche, 1986: 79). El dolor no debe tipificarse en términos de justo o injusto, merecido o inmerecido, sino a partir de la siguientes preguntas: ¿es un argumento en contra o a favor de la vida?, ¿la afirma o la niega? Y lo que el criminólogo noruego observa y denuncia es que el Estado, tal cual lo utiliza, sólo logra convertirlo en un trance siniestro: “Una de mis premisas básicas será que se debe luchar para que se reduzca en el mundo el dolor infligido por el hombre. ...el dolor hace crecer a la gente;...la hace más madura, la hace nacer de nuevo, tener un discernimiento más profundo.... Pero también hemos experimentado lo contrario: el dolor que detiene el crecimiento, el dolor que retrasa, el dolor que hace perversas a las personas. ...mi posición puede condensarse diciendo que los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social. La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre” (Christie: 2001: 13-5).

Encontramos pues, una de las más incisivas apreciaciones al respecto: o bien el dolor no es utilizado para acusar a la vida, debido a que ésta carece de una injusticia original, o bien sirve para redimirla de esta última y de esa forma justificarla¹²; esto es, si el sufrimiento sirve para afirmar la existencia y otorgarle un sentido creativo y múltiple, sin caer en la trampa cristiana —de suponer que si sufrimos debe ser porque somos culpables de algo, o que debemos sufrir puesto que de algo somos culpables—, entonces el dolor revigora la vida, y la existencia es sinónimo de inocencia. Al respecto, no encontraremos ni una sola mención de Christie para ponerle coto a este tipo de situaciones; de hecho, los conflictos que nos pertenecen deben ser valorados como una oportunidad dolorosa que aporte nuevas dimensiones a la existencia. La terrible desventura surge cuando ya no somos capaces de hacer algo con el dolor, cuando éste es interiorizado: justamente allí nace la mala conciencia, que muestra a la vida como portadora de desdicha, y ésta última, a su vez, causa o producto de nuestra culpabilidad. Aquí debemos situar uno de los bajos orígenes del sistema penal (Foucault, 1991, 1992, 1996, 2003): en el resentimiento —la culpa tuya—, en la mala conciencia —es culpa mía— y en aquello que resulta su engendro común, la responsabilidad. Estas tres categorías no son simples fenómenos psicológicos, sino formas de pensar, creer y valorar la existencia en general, y son de las que parte el derecho penal.

Ahora bien, este dolor del que venimos hablando, el que inculpa a la vida, el que empuña el Estado, es lo que el criminólogo noruego define como *castigo*: si se nos aplica una pena, la cual es un mal con intención de ser eso, el *dolor* deviene *castigo*, y el castigo un motivo para negar el sentido afirmativo de la existencia. Por lo tanto, el castigo en Christie reúne elementos de dos reinos distintos: por un lado, refuerza la culpa, concepto de índole moral, y por el otro, rubrica la responsabilidad,

12 La cuestión capital que aquí está en juego es si la vida necesita de algún tipo de argumento trascendente para ser digna de vivirse, o la existencia misma es toda la justificación que precisamos para afirmar que la vida tiene sentido ser vivida.

categoría eminentemente jurídica¹³. El verdadero límite que debemos exigir no tiene que ver principalmente con el dolor, sino con el castigo, o en otras palabras, “aquí está claro que de lo que hablamos es del castigo; del sufrimiento intencional. El sistema penal tiene por objeto lastimar a la gente, no ayudarla o curarla” (2001: 44; 2004: 114).

A partir de la profética afirmación durkhemiana (1997) respecto de que la sanción, del tipo que sea, sólo tendrá sentido si la autoridad que la impone posee legitimidad —ya que el escarmiento no puede crearla por sí sólo—, podemos comenzar a comprender la cualidad asaz compleja del castigo.

Dada la fragilidad de los lazos que unen a las personas actualmente, y ante la existencia de una autoridad externa distante que decide sobre los hechos desafortunados, la situación resulta privilegiada para que la respuesta simplista del discurso punitivo sea deseable: “La modernidad significa, en una gran medida, vivir entre gente que no conocemos y que nunca llegaremos a conocer. Ésta es una situación donde la ley penal puede ser aplicada con gran facilidad. La ley penal y la modernidad encajan perfectamente” (2004: 115). De allí que con frecuencia surjan preguntas del tipo: ¿El reparto de dolor intencional tiene ventajas como instrumento para restaurar los valores quebrados? ¿Posee este dolor ventajas, y por lo tanto prioridad sobre otro tipo de propuestas como la componenda o la reparación? Aquí Christie ya no parece tan cerca de Durkheim (2004), o al menos duda que la consumación de la función social del castigo —que para el sociólogo francés es la de reforzar los lazos morales que pueden debilitarse a partir de la vulneración de la conciencia colectiva por medio de un hecho criminal—, sea posible utilizando el dolor.

El castigo, según lo hemos definido, es siempre producto de una manera específica de reparto de dolor, todo lo cual implica un modo de ejercitar el poder: estos tres elementos, dolor, castigo y poder, están permanentemente interactuando en cada cultura, y de forma muy heterogénea, lo que revela un gran problema encarnado en el sistema penal: “Mientras la vida civil contiene una mezcla de interacción formal e informal, la institución penal estará dominada por la formalidad —para proteger a quienes puedan recibir dolor, pero también a quienes reparten dolor—” (Christie, 2004: 156). Esto no equivale a prescindir de las investigaciones que demuestran que en las prácticas de las instituciones policial, judicial y penitenciaria son las costumbres y tradiciones las que a menudo se imponen, y no las reglas abstractas y universales, sino a enfatizar que “no deberíamos comenzar siempre con delitos y delinquentes, y luego preguntarnos qué debe hacerse al respecto. Deberíamos dar vuelta toda la discusión. Deberíamos comenzar con el sistema de sanciones y aquí tomar los valores básicos como nuestro punto de partida. Deberíamos preguntarnos: ¿qué tipo de dolor y qué tipo de distribución del dolor encontramos aceptable para nuestra sociedad?...”. (Ibíd.: 161).

El problema vital es la abstracción del dolor, la burocratización del dolor: aquello que subyace en cada una de las cientos de páginas que Christie ha escrito es que no hay nada más sombrío para una comunidad que quiere preservar algún ele-

13 Sugerimos al respecto la lectura de E. Castro (2005).

mento de integridad, que el dolor *sin sentido*, y esto es, valga el juego de palabras, el enfrentamiento irremediable entre dos imágenes muy diferentes: el dolor cristiano y el dolor *christieano*. Según este último, bajo ninguna circunstancia elementos neutros o genéricos deben ocupar sitios relevantes en la toma de decisiones respecto del dolor: “La decisión política de eliminar la preocupación por el entorno social del acusado implica mucho más que el hecho de que estas características no se tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre el dolor. A través de esta medida, el delincuente queda en gran parte excluido como persona. No tiene sentido conocer el entorno social, la niñez, los sueños, las derrotas —tal vez mezcladas con el brillo de algunos días felices—, la vida social, todas esas pequeñas cosas que son esenciales para percibir al otro como a un ser humano.... El dolor se convierte en una unidad monetaria” (1993: 144)¹⁴.

Todo esto nos lleva a reflexionar al castigo, al dolor y al poder sin trascendencias, sin *lo* trascendente. Lo único que puede arremeter contra esta trinidad es, precisamente, aquello que apuntábamos al comienzo de este apartado: hilvanar nuevas apreciaciones, líneas de creencias y deseos que ofrezcan un tipo de justicia inmanente que evite fosilizar a *la* justicia (Ibíd.: 152-3). Aunque no nos es dable, debido a nuestros objetivos y las restricciones que estos implican, ahondar exhaustivamente en qué significa la inmanencia, si arriesgaremos una muy moderada aproximación para luego conectarla a un modelo christieano de justicia, y del dolor, por supuesto.

Inmanencia es, en este trabajo, aquello que Deleuze¹⁵ caracterizó como un concepto dinámico, impetuoso: plano donde las individuaciones son impersonales y las singularidades pre-individuales. La inmanencia supone una vida que no necesita oponerse a nada para encontrar sentido y valor, por lo que pensar *la* inmanencia significa que nada puede ser comprendido al margen de la vida que involucra, de las fuerzas que lo inspiran (Barroso Ramos, 2008). Y en esto vemos aparecer otro elemento insustituible: la intensidad, la cual en Deleuze resulta ser “el primer momento objetivo de las singularidades pre-individuales y no-orgánicas en la inmanencia.... En la inmanencia se desarrolla todo en intensidad, todo está en movimiento”¹⁶ (Ibíd.: 15).

14 No olvidamos el riesgo que conlleva la biografización del castigo, y todo aquello a lo que puede conducirnos, queriéndolo o no, como por ejemplo la categoría de peligrosidad, pero consideramos que dentro de los engranajes del sistema penal, necesitamos más de los elementos que informen sobre el derrotero de las personas, y no menos. De ahí que Christie insista, respecto de los *manuales* para las condenas, en que “este sistema de adopción de decisiones tiene la consecuencia obvia de que crea distancia con la persona a ser condenada. Cuando se eliminan los atributos sociales, se crea un sistema aparentemente “objetivo” e impersonal. El daño es la unidad monetaria..., un daño cuyo precio es el dolor. Se trata de un sistema en total acuerdo con los criterios burocráticos normales y al mismo tiempo extraordinariamente apropiado para quienes detentan el poder” (1993: 145).

15 Toda la obra de Deleuze está atravesada por el abordaje de la inmanencia, de hecho, las últimas líneas que escribió se referían a esto, *La inmanencia: una vida....* Al respecto, aconsejamos el formidable artículo de G. Agamben (2007), *La inmanencia absoluta*. Según el filósofo italiano, hay una frontera que, en la filosofía moderna, divide a una corriente de la inmanencia, entre quienes se hayan Spinoza, Nietzsche, el mismo Deleuze y Foucault, y otro flujo de linaje trascendente compuesto por Kant, Husserl, Lévinas y Derrida. Heidegger navegaría entre ambos polos.

16 Es una constante en Deleuze hacer coincidir a la inmanencia con figuras de lo no formado: Cuerpo sin

Este flujo germinal intensivo (Deleuze y Guattari, 1995: 169) es la potencia que corre por debajo de las efectuaciones de los sucesos, y que atraviesa todo el plano de inmanencia sin poder ser atribuido a sujetos individuales, debido a que existe —este flujo— justamente antes de que estos aparezcan (Deleuze y Guattari, 1988: 9-29): “Las singularidades o los acontecimientos constitutivos de *una* vida coexisten con los accidentes de *la* vida correspondiente, pero no se agrupan ni se dividen de la misma manera. Se comunican entre sí de una manera completamente distinta a los individuos. Incluso parece que una vida singular puede prescindir de toda individualidad o de cualquier otra concomitancia que la individualice. Por ejemplo, los bebés son todos parecidos y no tienen apenas individualidad; pero poseen singularidades: una sonrisa, un gesto, una mueca, acontecimientos que no son caracteres subjetivos” (Deleuze, 2007: 349-50). Hacia el final del trabajo retomaremos esta cuestión, para intentar sostener que resulta absurda la pregunta recurrente de si el abolicionismo es posible, o aún peor, la afirmación de que el abolicionismo no es posible, y enfatizar que el abolicionismo es *un* posible ínsito en cada acontecimiento alcanzado: virtualidades que flotan, que no carecen de realidad aunque a menudo no se materialicen o no se transformen en estados de cosas; sin embargo, ahora debemos hacer el esfuerzo de ligar este concepto de inmanencia con el tipo de justicia que N. Christie pregona.

Bastaría hacer un par de citas para comenzar a confeccionar esta boda entre dos reinos: el filosófico y el criminológico. “Pero no se trata de juzgar la vida en nombre de una instancia superior que sería el bien, lo verdadero; se trata, por el contrario, de evaluar al ser, la acción, la pasión, el valor, cualesquiera que sean, en función de la vida que implican. El afecto como evaluación inmanente en lugar del juicio como valor trascendente: «yo amo o yo detesto» en lugar de «yo juzgo». Nietzsche, que sustituía el juicio por el afecto, prevenía a sus lectores: más allá del bien y del mal no significa al menos «más allá de lo bueno y de lo malo». Lo malo es la vida agotada, degenerada, que es mucho más terrible, capaz de propagarse. Pero lo bueno es la vida naciente, ascendente, aquella que sabe transformarse, metamorfosearse según las fuerzas que encuentra, y que compone con ellas una potencia cada vez más grande, aumentando cada vez más la potencia de vivir y abriendo siempre nuevas «posibilidades».... Pero existe lo bueno y existe lo malo, es decir, lo noble y lo vil. Según los físicos, la energía noble es aquella capaz de transformarse, mientras que la vil ya no puede. De los dos lados hay voluntad de potencia, pero ésta no es más que un querer-dominar en el devenir agotado de la vida, mientras que aquélla es un querer-artista o «virtud que da», creación de nuevas posibilidades, en el devenir en surgimiento.... Pero lo bueno tiene sólo un nombre, «generosidad»....” (Deleuze, 1987: 190-1; Deleuze y Guattari, 2005: 76). Esto no es más que una exposición filosófica de lo que en otro ámbito supuso postular los interrogantes que componen *Los conflictos como pertenencia* (1992). Ya en los setentas Christie advertía con sutileza la existencia de dos usos diversos de la criminología, y desde luego se pronunciaba tajante al respecto: la criminología real o de Estado no ha hecho más que profundizar el proceso de expropiación de los conflictos a las personas que han

Órganos, desterritorialización absoluta, vida no-orgánica, espacio liso, etc.

intervenido en ellos, y es ahí donde señala su mayor peligro. Aludiendo al hoy conocido ejemplo de Tanzania, en la provincia de Arusha, el criminólogo noruego deja entrever un hecho inquietante: “Era un acontecimiento feliz, se escuchaban charlas, se hacían bromas, se veían sonrisas, la atención era entusiasta, no había que perderse ni una sola frase. *Era un circo, era un drama. Era un juicio*”¹⁷ (1992: 160). Allí, donde se observa poca distancia social entre los habitantes de un pueblo pequeño, donde prácticamente no existe anonimato, allí las partes son imprescindibles, porque resultan ser los verdaderos protagonistas; pero esto último no impide que parientes, amigos o el público asistente puedan participar en el encuentro. Lo verdaderamente relevante aquí es que el conflicto deviene un acontecimiento; en definitiva, es un proceso de construcción y no un mero acto emplazado dentro del tiempo. La burocratización, *la jaula de hierro*, ha invertido en nuestras sociedades ese acontecimiento, lo transformó en un *no-acontecimiento*, en una actividad rutinaria y tediosa en la que sólo participan los actores versados que dominan el lenguaje y el espacio: los ladrones profesionales de los elementos simbólico y material, los especialistas, los *guardianes de la hipocresía colectiva* (Bourdieu, 1991), los abogados. Habría que tomar muy en serio el orden que Christie le da a las palabras en el cierre de la cita anterior, pues su inversión resulta agobiante: bajo las condiciones actuales, con una angustiosa división del trabajo —y la exclusión del mismo de grandes franjas de la población— en la que aceptamos vivir, las personas sólo se nos aparecen como figuras fragmentadas a las que no logramos divisar bien; o sólo son vecinos, o sólo son compañeros de trabajo, o de estudio, etc. Esto trae aparejado en el ámbito penal que el conflicto ya no sea entre las partes, sino entre una de ellas y el Estado; aquí, a diferencia de aquella comunidad con alto grado de cercanía, no hay un proceso sino un acto gestionado por fuera de sus protagonistas; aquí existe primero *un juicio*, luego *un drama*. Finalmente, *un circo*.

Lo dicho, a diferencia de lo que a menudo suele interpretarse, no está queriendo enfatizar, al menos principalmente, un cambio de época: sostener que Christie brega por una vuelta a sociedades con escasa división del trabajo, cercanas a las que Durkheim (2004) caracterizaba como articuladas en torno a una solidaridad de tipo mecánica, ya no entretiene ni al mocerío criminológico (Christie, 2001: 108, 166). Lo que está dejando en claro es algo más decisivo: existe una justicia horizontal, sustentada en el acontecimiento, en contraposición a otra vertical que reclama la primacía de reglas abstractas que prescindan de la densidad existencial de los sucesos. Dicho más decididamente, la única justicia que le preocupa a Christie es aquella que logre acabar con el juicio trascendente; evidenciando que lo que se vuelve un problema medular es *el dolor de los límites* que instituye el sistema penal respecto a la multiplicidad de componentes de la vida colectiva (2001: 99; 1993, 2004).

Prueba de esto es el maravilloso capítulo décimo de *Los límites del dolor* (2001), donde ofrece una imagen escandinava acerca de un tipo de evaluación inmanente, que por eso mismo no puede hacerse desde fuera del fenómeno que se esté abordando: “En noruego tenemos la palabra *bygdeoriginal*, cuya traducción

17 Las cursivas son nuestras.

podría ser *el singular personaje local*” (Ibíd.: 99). Aquí Christie muestra su radical anti-positivismo, oponiéndose punto por punto al adagio *saber para preveer; preveer para poder*. Saber más no nos vuelva mejores predictores, sino más comprometidos, principalmente en el ejercicio del poder punitivo: “La imposición intencional del dolor es más fácil cuanto más lejos se está del receptor” (Ibíd.: 102).

Y retomando el problema *del dolor de los límites*, ¿qué decir acerca de los dos tipos de justicia ofrecidos en *Una sensata cantidad de delitos* (2004)? Si Deleuze (1996: 176) ubica en un mismo sendero a Spinoza, Nietzsche, Lawrence, Kafka y Artaud, en tanto combatientes de la tradición judeocristiana de la deuda infinita, nosotros no podemos menos que acercarnos a Christie a esa asamblea.

Sólo las normas jurídicas están íntegramente creadas con anterioridad al encuentro de las personas. El resto de las pautas sociales —usos, costumbres, creencias— son maleables, al menos en términos de significación, pudiendo reinterpretarse dentro del marco de las interacciones: “Llamémoslo [a esto] justicia horizontal, creada por personas considerablemente iguales en virtud de su cercanía. Por supuesto, no completamente iguales. Algunos tienen mejores ropas que otros, algunos vienen de mejores familias, algunos son más inteligentes. Pero comparado con lo que ahora viene, son iguales, y sus decisiones están basadas en que ellos son parte del proceso” (Christie, 2004: 113) ¿Cuáles son sus características? Las decisiones son tomadas teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad, y no las *del* valor justicia. En segundo lugar, la preeminencia de los hechos no se define, como en el sistema legal, por reglas abstractas y universales: “Lo relevante es lo que los participantes encuentran relevante” (Ibíd.: 114). A su vez, se prioriza la compensación por sobre la retribución; las personas suelen conocerse demasiado, y suelen relacionarse demasiado, por lo que el castigo, como forma de solución, siempre resulta incómodo: “Con una autoridad externa distante, sin ningún otro lugar donde ir, y sin superioridad de poder, la compensación, más que el dolor, se vuelve la respuesta natural” (Ibíd.). Pensemos ahora en otra imagen, en otro punto de partida: tomemos al resentimiento, a la mala conciencia, a la deuda infinita, y proyectémoslos. Moisés, Jesús y Mohammed: tres nombres para la verticalización de la justicia. Surge el altar, y la distancia que lo separa de aquellos que deben obedecerlo: “Con reglas grabadas en roca surge la idea de validez general de las reglas. Los casos iguales deben ser tratados de igual manera y de acuerdo con las reglas. Pero los casos nunca son iguales, si todos los aspectos son considerados. Luego, *no todo puede ser tomado en cuenta* en un sistema de leyes generales. Se vuelve necesario eliminar la mayoría de los factores que rodean los actos para poder crear casos de los que pueda presumirse que son similares o iguales. Este proceso es llamado eliminación de lo *irrelevante*. Pero lo que es irrelevante es cuestión de valores. Para crear igualdad es entonces necesario crear criterios de irrelevancia” (Ibíd.: 115). Christie retoma aquí el corazón de la filosofía nietzscheana: el problema del valor de los valores, sobre lo que volveremos más adelante (1993: 189; Nietzsche, 1986), pero involucrando en ello nada menos que el desempeño del sistema penal. Criminología y filosofía no se confunden, pero se

incrementan mutuamente sin necesidad de inculparse, de delimitarse: criminología menor. Aquí las intensidades son más importantes que las identidades: ya no sabemos bien si Nietzsche se allegó a la criminología, o Christie entró en la filosofía, o lo que es más exacto para nosotros: quizá juntos construyeron un plano nuevo, un plano de inmanencia donde poco importa las disciplinas de cada uno, sino las fuerzas pre-subjetivas que hacen avanzar; presenciamos así una boda de dos reinos.

Mathiesen: Prisión al juicio.- Objetar hoy a D. Garland en el ámbito criminológico es, premeditadamente o no, una tentativa de adquirir notoriedad, al menos por carácter transitivo. Se nos crea o no, carecemos de esa pretensión: quizá porque su obra nos parece muy importante, quizá porque la leamos con interés. Pero lo cierto es que consideramos, para nuestros intereses, un poco aventuradas algunas de sus afirmaciones. Fundamentalmente nos inquieta su *buen sentido* cuando se encarama a hablar acerca de la sociología del castigo; pero a todo esto, ¿qué entendemos por *buen sentido*? “El buen sentido se dice de una dirección: es sentido único, expresa la exigencia de un orden según el cual hay que escoger una dirección y mantenerse en ella. Esta dirección se determina fácilmente como la que va de lo más diferenciado a lo menos diferenciado... El buen sentido se da así la condición bajo la que cumple su función, que es esencialmente prever: es evidente que la previsión sería imposible en la otra dirección, si se fuese de lo menos diferenciado a lo más diferenciado...” (Deleuze, 2008: 93)¹⁸. Este buen sentido es la condición de posibilidad del sentido común, tan desacreditado por los cientistas sociales, pero que resulta mucho menos tangible y algo más riesgoso que este último. Y donde advertimos el vínculo entre Garland y el buen sentido es en la supuesta preeminencia, que para él es categórica, de la sociología por sobre la filosofía del castigo. Según el criminólogo inglés, esta última tiene un proyecto mal encaminado, prematuro, ya que posee una imagen unidimensional de la punición; es por ello que esta disciplina no está en condiciones de ofrecer al problema del castigo, en tanto institución social compleja, soluciones adecuadas: “Lo que realmente se necesita es una introducción a la filosofía, un preámbulo descriptivo que determine los cimientos sociales del castigo, sus formas modernas características y su significación social. *Sólo sobre esta base es posible desarrollar filosofías apropiadas a los problemas normativos de esta compleja institución.* En pocas palabras, es necesario saber qué es el castigo para determinar qué puede y qué debería ser” (2006: 24)¹⁹. Francamente, no creemos que sólo a partir de un sólido anclaje sociológico pueda realizarse una incisiva aproximación a las justificaciones de la pena; la filosofía nunca ha esperado a otras disciplinas para decir lo que necesitaba. La filosofía en general, y la del castigo en particular, tienen otras direcciones que las sugeridas por Garland, y eso Mathiesen lo tiene bien claro.

¹⁸ Tomando en cuenta lo expresado, “los caracteres sistemáticos del buen sentido son pues: la afirmación de una sola dirección; la determinación de esta dirección como yendo de lo más diferenciado a lo menos diferenciado, de lo singular a lo regular, de lo notable a lo ordinario; la orientación de la flecha del tiempo, del pasado al futuro, según esta determinación; el papel director del presente en esta orientación; la función de previsión que de este modo se hace posible; el tipo de distribución sedentaria en la que se reúnen prácticamente todos los caracteres precedentes” (Ibíd.).

¹⁹ Las cursivas son nuestras

Esto no significa sostener que T. Mathiesen debe ser ubicado en el nivel teórico o normativo del análisis del castigo, sino que, lograda cierta sagacidad de análisis, las divisiones carecen de sentido. Si aceptamos que el castigo como objeto de estudio tiene tres niveles, el filosófico, el penológico y el sociológico, que de hecho lo aceptamos, no es para generar ámbitos fragmentados que reclamen para sí el reinado de diferentes aleccionados, sino para afirmar que por debajo de esa brillante distinción pedagógica hecha por Garland existen lazos subterráneos, e incluso clandestinos, que superan la postura anteriormente mencionada del sociólogo inglés, y Mathiesen es, quizá, el ejemplo por antonomasia de ello: criminólogo menor es también el que prescinde de pasaportes, el que se lanza a conectar todos los planos, que más allá de las convenciones e identidades construidas, sigue siendo un solo plano; en este caso, el plano del castigo.

Hagamos entonces de los tres niveles de análisis del castigo, un solo plano de composición: Mathiesen filósofo, Mathiesen penólogo, Mathiesen sociólogo.

El problema teórico o normativo de la pena, esto es, el de la filosofía del castigo, tiene, además de la burocrática labor de encontrar legitimidad a la punición estatal, la radical meta de evidenciar sus insuficiencias: sólo después de comprender esto es que podemos dimensionar la crucial pregunta que sobrevuela la obra de Mathiesen acerca de si es defendible la cárcel.

La defensa social, en tanto esquema discursivo que sostiene a la prisión como método prioritario de la política criminal, se ubica como una respuesta “relativa” frente al problema del crimen. Debería servir dicho castigo, en cierta medida, o para la prevención individual, o para la prevención general. Esto, al menos genéricamente, es refutable por medio de investigaciones y datos empíricos. Pero antes y después de este utilitarismo asoma la Justicia apuntalando al encierro. La ley del Talión junto con el principio de culpabilidad son más antiguas que la defensa social, pero a su vez, más novedosas. La Justicia, como teoría “absoluta”, tiene tres edades: el pensamiento penal del Iluminismo, el neoclasicismo de la década de 1970 (Christie, 2001), y la reformulación de los ochentas. Tomaremos esta última: “La esencia de las propuestas es la noción de *castigo como merecido o justos merecedores*.... Aquí la proporcionalidad y la equivalencia se convierten en conceptos importantes. Por proporcionalidad se entiende que la escala de castigo debe estar determinada guardando proporción con la gravedad del delito. Equivalencia implica que castigos igualmente graves deben ser utilizados para tipos de delito equivalentes, y se puede decir que es consecuencia de la noción de proporcionalidad” (Mathiesen, 2003: 182). Estos componentes valen *en sí mismos*, esto es, no necesitan de ningún resultado posterior para considerárselos efectivos u objetables. Vistas así las cosas, el problema evidentemente es otro²⁰: el dolor del delito y el dolor del castigo no son entidades comparables. “Como ya lo mencionamos, el valor de castigo de un delito se determina según la objetabilidad o gravedad del delito. La objetabilidad del delito... se

20 Aunque no lo consideremos uno de los tópicos más relevantes del aporte de Mathiesen, sugerimos la lectura de la combinación que existe, para el criminólogo noruego, entre la Justicia y la defensa social (184-9).

relaciona principalmente con la culpabilidad del delincuente, y la gravedad... está relacionada con el daño o el peligro que el acto haya causado” (Ibíd.: 192-3)²¹. Aquí está el primero de los embates respecto de la Justicia: no hay fungibilidad posible entre aquello que se ha sufrido, y aquello que se pretende hacer sufrir (Deleuze y Guattari, 1995), lo cual se agrava si comenzamos a indagar sobre aquello que Mathiesen, tomando como referencia al trabajo pionero de G. Sykes, denomina “padecimientos del encarcelamiento”, a saber: la privación de la libertad, de bienes y servicios convencionales, de relaciones sexuales apropiadas, de la autonomía del individuo, de seguridad en un sentido amplio, y por último, el modo formal e informal como los administradores del castigo otorgan beneficios y sanciones. Todo esto, dicho coloquialmente, pierde la densidad y complejidad que estando dentro de las prisiones posee; de cualquier modo, nos resulta importante al menos apuntarlos.

Pero donde sí quisiéramos ahondar es en el segundo y más devastador golpe que nuestro autor le asesta a la Justicia en su porfía de usar el tiempo como pena, y la pena como tiempo; o en otras palabras, pensar “el contenido” de aquellos sufrimientos y la imposibilidad de que sean utilizados como compensación de otros sufrimientos: “Ciertamente puede decirse que el delito expone a otros al padecimiento.... Como ya hemos visto, aquellos que acaban en la cárcel por tales actos son expuestos también al padecimiento. Las dos *versiones* del padecimientos son, sin embargo, *entidades no mensurables*” (Mathiesen, 2003: 218). Aquello que está en el corazón de esta cuestión es el problema ya planteado por H. Bergson acerca del tiempo, su duración, su perspectiva, su intensidad: encontramos así el *bergsonismo* de Mathiesen, que consiste en arremeter contra la posibilidad de tomar al tiempo como entidad objetiva, y de la misma manera, como una escala de proporción. Ejemplo de lo primero sería que diez años de dolor son exactamente lo mismo para todas las personas, y del segundo, que diez años de dolor es el doble que cinco. La improcedencia de este esquema reside en que el tiempo, a diferencia de lo que suponen los legisladores y los jueces, no es una entidad sustraída al sentido y la valoración de cada quien, lo que equivale a decir que para conocer esos mismos legisladores los efectos de las penas de tiempo que proponen, y los jueces las que aplican, deberían principalmente saber qué se siente cuando se padece tal tiempo de encierro; pero no sólo eso, ya que deberían apreciar a cada condena en su intensidad, lo cual resulta imposible puesto que la intensidad de un estado psíquico es algo indefinible e incommensurable en magnitudes matemáticas. Vivir los castigos, efectivamente, significa

21 Pero a su vez, todo esto tiene un claro elemento relacional, que supone una comparación entre los distintos tipos de delitos para definir la gravedad de los mismos: la gravedad de un delito, que es la base para determinar el valor de castigo, es determinada por lo que el delito merece en términos de castigo, es decir, por el valor castigo. Este argumento circular posee el gran riesgo de poder llevar a un reclamo de menor castigo, así como a uno de mayor punición, ya que la gravedad del delito y la severidad del castigo son simbióticas: dependen la una de la otra. En una palabra: de la intimidad de una conciencia no puede haber conocimiento exterior, sino sólo interior, o sea intuición. La ilusión del determinismo consiste: primero, en disolver la duración real, que es indivisible, en divisiones artificiales, llamadas estados de conciencia; segundo, en considerar que la intensidad de esos estados recortados ya artificialmente en el flujo de la conciencia, es una intensidad matemática, una magnitud mensurable (García Morente, 1944 :95)

vivirlos en su duración real, no en el diseño universal de la duración que llamamos tiempo matemático. Existiría, al menos, tres formas de percibir el tiempo, y de construirlo: el tiempo natural o cotidiano de las personas, con falta de previsibilidad y permanente fluctuación; el tiempo objetivo del derecho, que “dada su vocación de trascendencia, ... intenta liberarse de la duda, de la transitoriedad” (Messuti, 2008: 50); y por último, el tiempo subjetivo, el de la conciencia. Con la aplicación de una pena, estos tres criterios se ensamblan abigarradamente, ya que a partir de la ley penal se anticipa una repuesta en caso de cometer y ser condenado por determinado delito, pero a su vez, también esa pena se temporaliza objetivamente en la vida de ese sujeto, y por último, el modo en que cada sujeto experimenta su pena es categóricamente insondable, por eso es que cada uno vive su propia pena. Todo esto frente a un tiempo inmovilizado, que sólo puede servir como expectativa: “Él presente de la pena es sólo un pasaje de lo que se espera a lo que se recuerda” (Ibíd.: 54).

Para enfrentar a la Justicia no debemos aspirar a hacerlo con ideas justas, sino *justo* con ideas, ya que las ideas justas son producto de las valoraciones dominantes que impiden, por su naturaleza, doblegar el *statu quo*²². “Así como la magnitud, fuera de uno, nunca tiene intensidad, la intensidad, dentro de uno, nunca tiene magnitud” (H. Bergson en Messuti, 2008: 52): esto tiene una doble lectura, igualmente válida: como el *abolicionismo* de Bergson, o como el *bergsonismo* de Mathiesen, y son ambas las que consideramos necesarias hacer.

Filosofía del castigo²³, pero también penología. Mathiesen es un estupendo penólogo, en tanto ataca la práctica concreta del ejercicio estatal punitivo. La gran diferencia entre la penología y la sociología del castigo es que la primera no sale de la prisión para efectuar su tarea, en cambio la segunda precisa sobrevolar las distintas concreciones en las que cualquier fulguración punitiva brote debido a las condiciones de posibilidad que un tipo determinado de sociedad le ofrezca. Insistimos en que nuestro autor hace un mismo plano de las tres perspectivas: pensemos ahora en el adentro de la cárcel, y en las prácticas que entraña.

Una primera observación aseveraría que existe un componente de negación que atraviesa a todo el sistema penal, por el cual se invisibiliza la frustración del

22 Así las cosas, Deleuze afirma: “Hay una hermosa fórmula de Godard: no una imagen justa, sino justamente una imagen. También los filósofos deberían decir y hacer lo mismo: no ideas justas, sino justamente ideas. Porque las ideas justas son siempre ideas que se ajustan a las significaciones dominantes o a las consignas establecidas, son ideas que sirven para verificar tal o cual cosa, incluso aunque se trate de algo futuro, incluso aunque se trate del porvenir de la revolución. Mientras que “justamente ideas” implica un devenir presente, un tartamudeo de las ideas que no puede expresarse sino a modo de preguntas que cierran el paso a toda respuesta. O bien mostrar algo simple, pero que quiebra todas las demostraciones” (1999: 63-4).

23 Quizá la tarea que por pleno derecho tienen los filósofos del castigo es crear nuevos modos de percepción; es tener un estilo frente al problema del castigo: “La filosofía –del castigo– no es comunicativa, ni tampoco contemplativa o reflexiva: es creadora, incluso revolucionaria por naturaleza, ya que no cesa de crear conceptos nuevos. La única condición es que satisfagan una necesidad y que presenten cierta extrañeza, cosa que sólo sucede cuando responden a problemas verdaderos. El concepto es lo que impide que el pensamiento sea simplemente una opinión, un parecer, una discusión, una habladuría” (Deleuze, 1999: 217).

mismo²⁴: “En el ámbito público más estricto o circuito interno (policías, tribunales y demás) existe también un importante no reconocimiento del fracaso.... Son muchos los que lo saben dentro de la policía, los tribunales y las autoridades fiscales. Pero triunfa la apariencia: los participantes aparentan que la cárcel es un éxito, si bien, de hecho, no lo es, y ellos lo saben a medias” (Mathiesen, 2003: 227). Todo esto nos conduce a la célebre pregunta lenineana de *¿qué hacer?* Y ante tal estado de cosas, la respuesta, para nada irreflexiva, podría ser la de reducir la importancia de la cárcel en nuestra comunidad, y eventualmente procurar abolirla. Pero lo que sí es alocado es pretender ponerlo, así, sin más, en práctica. Hay que atacar la ideología que sustenta a dicha institución, la ideología de la cárcel, debilitando la certeza respecto de la necesidad de su existencia: crear, o al menos intentarlo, un nuevo marco de referencia, de percepción, y es aquí donde la filosofía del castigo y la penología se aparean; es aquí donde, en contraposición a lo que plantea Garland, no debemos aguardar *the most exquisite* sociología del castigo para generar disrupciones.

De los variados esquemas que ofrece Mathiesen penólogo, rescataremos sólo uno, que consideramos muy importante. Es el de las reformas negativas y positivas respecto al modo de gestión de *lo cotidiano* penitenciario, y Foucault describe excelsamente esta propuesta: “si se tratase simplemente de cambiar la conciencia de la gente bastaría con publicar periódicos y libros, seducir un productor de radio o de televisión. Queremos cambiar la institución hasta el punto en que culmina y se encarna en una ideología simple y fundamental como las nociones de bien, de mal, de inocencia y de culpabilidad. Queremos cambiar esta ideología vivida a través de la espesa capa institucional en la que se ha investido, cristalizado, reproducido. (...) La acción revolucionaria se define... como una conmoción simultánea de la conciencia y de la institución” (Foucault, 1992: 42). Entonces aquí no debemos entender reforma como reformismo sino como un torrente que no aguarde grandes acontecimientos para promoverse, como *abolicionismo molecular*. Se trata de atacar a la cárcel como una forma verdadera de gestión política de ciertos conflictos, y no por sus contenidos falsos. Las transformaciones de las prisiones no alteran sus características estructurales y sustanciales. Lo que debemos tener en cuenta es, como algún maestro ha señalado, que adentro de la prisión no es aplicable el adagio *cuan-to peor, mejor*: hay que trabajar sobre el modo de degradación con el que la prisión opera. Y por ello es que debemos oponernos a las reformas positivas, esto es, a las que aseguran y reproducen la situación actual del encarcelamiento. Lo “positivo” es caracterizado como el mantenimiento de la situación “estable” de la prisión. Las reformas negativas suponen la interrupción de la ignominia que la cárcel garantiza: “Por cierto, no se debe subestimar la importancia de mejorar las condiciones de vida de los prisioneros (tanto como sea posible en la estructura de la cárcel). El carácter funesto de la cárcel hace que toda otra política resulte cínica” (Mathiesen, 1989: 117-8). Lamentarse de que las cárceles son indecentes, eméticas, deplorables, es lamentarse de los contenidos falsos: la prisión podría ser otra cosa si se la administrara de otra

24 Este componente, según Mathiesen, es reforzado, además, por los medios de comunicación y aquellos profesionales que se vinculan con el sistema penal.

manera. Ir contra la cárcel en tanto forma verdadera es afirmar que los cambios serán siempre de grados, pero nunca de naturaleza; en estos términos, la cárcel *jamás podrá ser otra cosa* sin aceptar por eso que las mejoras en las condiciones penitenciarias son deseables. El esfuerzo debe consistir en formular la tarea “siempre en la misma dirección y sobre la base de la misma filosofía –un claro y firme no al sistema carcelario” (Ibid.). Pero, ¿por qué estas modificaciones? “Existen también buenas razones abolicionistas para enfatizar reformas de este tipo. En primer lugar, aún las peores condiciones carcelarias no nos acercan a la abolición de las cárceles; los estados están dispuestos a tolerar las condiciones más terroríficas sin acercarse a la abolición. En segundo lugar, el mejoramiento de las condiciones de vida en cárceles – la prohibición del aislamiento, mayores posibilidades de recreación... , permiten al mismo tiempo la exaltación de lo inhumano, lo cruel y lo ineficiente del sistema” (Ibid.). La penología, en Mathiesen, tiene esta vocación: aniquilar la cárcel fragmentaria y sigilosamente; salir de la cárcel por la cárcel, inutilizando aquello que la sostiene: el sistema de la crueldad.

Nos resta destacar a Mathiesen en tanto sociólogo del castigo, esto es, como aquel que se desenvuelve a partir del “*corpus* que explora las relaciones entre el castigo y la sociedad. [Siendo] su intención entender al castigo como fenómeno social y, en consecuencia, establecer su papel en la vida social” (Garland, 2006: 25). Aunque a veces se haga el esfuerzo por ubicarlo cautivamente dentro de un enfoque marxista (De Folter, 1989), a nosotros esto nos parece, de mínima, incorrecto. Y es porque los pilares durkheimianos, foucaultianos y eliasianos no le son para nada ajenos²⁵. Especialmente este último, sobre el que ha trabajado muy concienzudamente.

Una de las explicaciones que encuentra para que la cárcel, a pesar de no ser defendible bajo ninguna de las teorías que intenta justificarla, siga existiendo parte de la importancia de las mentalidades y sensibilidades en las que ésta se apoya: “En un sentido muy general, puede decirse que tenemos cárceles a pesar del fracaso de éstas, precisamente porque en nuestra sociedad existe una persistente y omnipresente *ideología de la cárcel*. Existe una ideología de la cárcel por la cual la prisión como institución cobra significación y legitimidad. La ideología de la cárcel entraña dos componentes principales: uno de apoyo y otro de negación” (Mathiesen, 2003: 223).

En donde Mathiesen se distancia de los criterios más convencionales de los enfoques sociológicos del castigo, es en su decidida intención por intervenir y modificar la realidad del mismo. El mismo Garland afirma que la meta prioritaria de la sociología del castigo es explorar la manera en que “determinadas sociedades adoptan particulares modos de punición, e investigar las condiciones que producen ciertas formas de sanción” (Tedesco, 2004: 237), sin preocuparse por generar modificaciones a los mismos. Sólo por esto, tal vez podríamos situar al criminólogo noruego más próximo a Marx que a otros teóricos²⁶, principalmente en su esfuerzo por la *praxis*, por una filosofía y una penología de la *praxis*, que lo transforman en un au-

25 Está claro que para esta tipología respetamos los argumentos de Garland (2006).

26 No debemos olvidar que Durkheim en su seminario *La educación moral* (1997), toma un camino similar: paso de la descripción a la prescripción de la cuestión correctiva.

téntico sociólogo del castigo, razón por la cual, probablemente coincidiría con esta paráfrasis: *los criminólogos no han hecho más que interpretar el mundo* [del delito, del castigo]; *de lo que se trata es de transformarlo*.

Ahora bien, quisiéramos detenernos especialmente en los aportes que nuestro autor hace respecto de la prevención especial, en particular la inhabilitación —o incapacitación—: y esto se explica más por las conclusiones que Mathiesen nos ofrece, que por el desarrollo del tema, ya que en relación a esto último todos los criminólogos críticos dicen cosas más o menos similares.

Esquemáticamente, definimos a la *incapacitación colectiva*, como una técnica mediante la cual grupos enteros de personas “—por ejemplo, aquellas que han sido condenadas dos o tres veces a prisión anteriormente— deben ser dejadas entre rejas durante largos períodos de tiempo o para siempre. Su lema es el *Three strikes and you’re out*” (2005: 12). Junto a esta, existe la *incapacitación selectiva*, que busca enfocarse en individuos particulares que posean mayor riesgo de reincidir e intentar, por esto mismo, predecir sus comportamientos para lograr enclaustrarlo antes de que lleve adelante algún hecho delictuoso.

Hay al respecto, según Mathiesen, *dos cuestiones básicas*: la de la precisión y la de los principios. Respecto de la primera, el meollo del problema sería saber cuál es el grado de fidelidad que poseen las predicciones sobre las personas a las que se realiza. Y esto decanta en dos ramales: la de los *falsos negativos*, esto es, la de aquellos sobre los que se ha presagiado que no volverían a delinquir, y en efecto, lo hicieron: “la predicción es negativa, en el sentido de que se declara que el delincuente *no* reincidirá, pero la predicción es falsa porque se produce la reincidencia” (2003: 147). Y la segunda dificultad nace de los denominados *falsos positivos*: aquí hay personas que tienen muy pocas posibilidades de cometer un nuevo delito, y sin embargo se las encierra por un largo período de tiempo. La predicción es *positiva*, en el sentido de que sostiene que la persona reincidirá, pero *falsa* porque, de hecho, la reincidencia no acontece.

El enroque que urde Mathiesen con la cuestión de la precisión, es la de los principios: “El problema es el siguiente: ¿con qué base, en términos de principios, se condena a cárcel por actos que, de otra manera, sin la condena, pueden suceder o sucederán en el futuro? La prevención de actos futuros aquí no es un objetivo formulado más o menos vagamente, *sino el fundamento o la razón* explícita para la condena particular ¿Sobre qué base se sustenta una condena por actos futuros?” (2003: 148). La respuesta es que, inobjetablemente, no es la base o el sustento de los principios de legalidad e inocencia que poseen una gran importancia en el ámbito penal y procesal penal. Tomar en cuenta, de manera amplia, sucesos que de hecho no han ocurrido para diseñar con eso la condena es genéricamente una vulneración de aquel que estructuralmente es el más vulnerable, y concretamente, el más vulnerable: el procesado. Y ofrece más discrecionalidad a aquel que por naturaleza es el más poderoso: el Estado. Esto evidencia que la verdadera tarea que lleva adelante Mathiesen en tanto sociólogo del castigo, es debilitar el lugar que posee el Estado en

la construcción de significados tanto de las situaciones problemáticas como de sus resoluciones: para ello, es imprescindible crear un *espacio público alternativo*. Aquí lo importante, más allá de la caracterización que el criminólogo noruego realiza²⁷, es el ánimo que inunda la propuesta, y la propuesta que sobrevuela en el ánimo, huyendo de los extremos de cualquier acción política adocenada, que “requiere que nuestras emociones hacia el género humano fluctúen entre la piedad y el desprecio, si es que alguna aduana es capaz de diferenciarlas” (Ferrer, XIV).

El espacio público alternativo es aquello posible, que aunque no se haya efectuado, tampoco carece de realidad: es el pueblo que nos falta, en todo caso, pero que puja en quienes “intentan generar... una cultura en la cual la argumentación, la crítica bien fundada y el pensamiento basado en principios..., logre competir de alguna manera con el espacio público superficial de los medios de comunicación” (2003: 306).

En términos prosaicos, este espacio aparece al compartir enfoques críticos asumiendo la enorme alegría de no sentirnos solos en ello: este ofrecimiento parece “no dirigirse a un pueblo supuesto, ya ahí, sino contribuir a la invención de un pueblo. En el momento en que el amo, el colonizador proclaman «nunca hubo pueblo aquí», el pueblo que falta es un devenir, se inventa. En los suburbios y los campos de concentración. O bien en los ghettos. Con nuevas condiciones de lucha a las que un arte necesariamente político debe contribuir. ... pero también porque el pueblo falta, el autor está en situación de producir enunciados ya colectivos, que son como los gérmenes del pueblo que vendrá y cuyo alcance político es inmediato e inevitable. Por más que el autor esté al margen o apartado de su comunidad más o menos analfabeta, esta condición lo capacita tanto más para expresar fuerzas potenciales y, en su misma soledad, para ser un auténtico agente colectivo, un fermento colectivo, un catalizador” (Deleuze, 1987: 288-93).

Y en este proceso de pensamiento, creación y resistencia, Mathiesen, como todo criminólogo menor, resulta más provocador y entusiasta no por las inquietudes que despeja sino por los caminos que abre: “Repito que esta es sólo una línea de pensamiento. Obviamente, existen otras. Ninguno de los caminos es suficientemente ancho y llano a la hora de recorrerlo” (Mathiesen, 2003: 309).

Interrupción y virtualidad.- El título de este artículo, *Abolicionismo molecular: un posible...*, tiene una clara intención. Por un lado, los dos puntos poseen, al menos en los tratados acerca de la puntuación, el significado de una pausa, producto de la mayor intensidad respecto al punto y coma, y de una menor fuerza en torno al punto: “los dos puntos son como el semáforo verde en el tráfico del lenguaje” (Agamben, 2007: 486). Por otro, los puntos suspensivos con los que concluye son una paradoja, puesto que nunca pretenden concluir algo: con tres puntos no se cierra, no se acaba absolutamente nada. El abolicionismo como proceso, como acontecimiento, es siempre *un posible*, ya que “lo posible, es crear lo posible. Pasamos

27 Los tres elementos que para Mathiesen definen un espacio público alternativo son: liberación del influjo de los medios masivos comunicación, revalorización de los movimientos populares o de base y compromiso de los intelectuales con el proyecto (2003: 304-6).

aquí a otro régimen de posibilidad, que nada tiene que ver con la disponibilidad actual de un proyecto por realizar, o con la aceptación vulgar de la palabra utopía (la imagen de una nueva situación que se pretende sustituir brutalmente en lo actual, esperando reunir lo real a partir de lo imaginario: operación sobre lo real, más bien que de lo real mismo). Lo posible llega por el acontecimiento y no a la inversa; el acontecimiento político por excelencia —la revolución— no es la realización de un posible, sino la apertura de un posible” (Zourabichvili, 2002: 138). El abolicionismo molecular no es el —nuevo— arraigo a una —nueva— postura, o la batalla por la consolidación de una escuela: es la inauguración de *un posible*, que en el presente hace irrumpir dinámicamente lo nuevo. Incluso nada tiene que ver con la efectuación de planes o alternativas, sino que está gravitando en el momento donde esos planes o alternativas florecen. De allí que pueda considerarse absurdo decir que alguien *es* abolicionista, porque de hecho nadie puede serlo previamente a la situación que le de condiciones para devenir abolicionista: *ser* esto o aquello está reservado para las religiones, para los partidos políticos, para el Estado, para todos aquellos que creen en tribunales y excomuniones, pero no para quienes procuren desafiar a esos poderes estables de la tierra. Incluso nadie llega a ser abolicionista bajo ninguna circunstancia concretamente, si entendemos el abolicionismo como un acontecimiento que no *es* lo que sucede, sino que *está* en lo que sucede: quizá lo más correcto sería hablar de un *devenir-abolicionista*, que siempre está asociado a una nueva forma de percibir los eventos. Hulsman, Christie y Mathiesen han tomado afectos, ideas y conceptos de aquí y acullá para devenir abolicionistas, para lograr esas evoluciones *aparellas* que garantiza todo devenir, y esto porque a medida que alguien deviene, aquello en lo que deviene cambia tanto como él. El abolicionismo es una dimensión que flota en cada ocasión, no tanto desconocida como sí irreconocible, y esto último por la imagen tan enrolada en los circuitos del sistema penal que poseemos: ahora entendemos mejor por qué resulta desatinada la afirmación de que el abolicionismo es inviable. El abolicionismo no es ni el futuro ni el pasado de ninguna época: es una construcción siempre frágil que sólo nosotros situadamente estamos en condiciones de perpetrar.

Acierta F. Zourabichvili cuando sostiene que “realizar un proyecto no aporta nada nuevo en el mundo, puesto que no hay diferencia conceptual entre lo posible como proyecto y su realización: simplemente el salto a la existencia.... Hay una diferencia de estatus entre lo posible que se realiza y lo posible que se crea. El acontecimiento no abre un nuevo campo de lo realizable, y el *campo de posibles* no se confunde con la delimitación de lo realizable en una sociedad dada” (Zourabichvili, 2002: 139). Lo *posible* como tal es crear nuevas posibilidades de vida, o lo que es lo mismo, crear un modo de existencia con criterios singulares de valoración, de afectar y de ser afectado: aquí desaparece el bien y el mal, como ejes trascendentes de evaluación, siendo lo bueno y lo malo para cada quien lo que defina un hecho, una persona, un apego.

Por esto es que el abolicionismo resulta ser siempre una cuestión de ética inmanente, oponiéndose por ello a toda moral trascendente que pretenda alzar valores a partir de los cuales juzgar a todas las personas bajo cualquier circunstancia: “Carecemos del más mínimo motivo para pensar que los modos de existencia necesitan valores trascendentes que los comparen, los seleccionen y decidan que uno es «mejor» que otro. Al contrario, no hay más criterios que los inmanentes, y una posibilidad de vida se valora en sí misma por los movimientos que traza y por las intensidades que crea...; lo que ni traza ni crea es desechado. Un modo de existencia es bueno, malo, noble o vulgar, lleno o vacío, independientemente del Bien y del Mal, y de todo valor trascendente: nunca hay más criterio que el tenor de la existencia, la intensificación de la vida” (Deleuze y Guattari, 2005: 76).

Comenzamos a notar que aquí las distinciones convencionales ya no tienen ninguna posibilidad de maniobra: abolicionismo penal radical o abolicionismo institucional (Pavarini, 1990), abolicionismo extremo o abolicionismo moderado (E. D. Crespo: 117), abolicionismo de la primera generación o abolicionismo de la segunda generación (R. van Swaaningen, 1997). Esto es francamente superfluo. La univocidad del abolicionismo es justamente la que consigue que los nombres propios no existan, o mejor dicho, que sólo se alcancen a través del más agudo proceso de despersonalización: “Lo incompatible no nace sino con los individuos, las personas y los mundos donde se efectúan los acontecimientos, pero no entre los acontecimientos mismos o sus singularidades acósmicas, impersonales y preindividuales. Lo incompatible no se da entre dos acontecimientos, sino entre un acontecimiento y el mundo o el individuo que efectúan otro acontecimiento divergente” (Deleuze, 2008: 184). Y a su vez, esto también nos aclara un poco por que las más desafiantes propuestas a los afilados márgenes del imaginario punitivo no provengan, a menudo, del espectro criminológico, tomado este último como lo hacen los dogmáticos de la materia. Vemos que las contribuciones más atrevidas provienen, precisamente, de la literatura, la filosofía, el cine o incluso la música: estas disciplinas carecen de los límites con los que hace cargar la pesada tradición criminológica; esto es la criminología menor.

Nosotros hablamos de abolicionismo molecular o menor, lo cual significa imperceptible ¿Imperceptible para las personas que lo atraviesan, las que devienen abolicionistas? En absoluto: imperceptible para la máquina sobrecodificadora²⁸, en los términos socio-semióticos en los que vivimos, imperceptible para el lenguaje dominante del castigo, para los binarismos estériles. Para el deseo, para aquello *que quiere en la voluntad* al abolicionismo, no hay nada más tangible: esto es, sencillamente, *la voluntad de poder* abolicionista²⁹. Devenir abolicionista “nunca es imitar, ni hacer

28 Según el glosario de Guattari y Deleuze, “CODIFICACIÓN, SOBRE-CODIFICACIÓN: la noción de código se emplea en una acepción muy amplia; puede concernir tanto a los sistemas semióticos como a los flujos sociales y los flujos materiales: el término de sobrecodificación corresponde a una codificación de segundo grado. (Ejemplo: algunas sociedades agrarias primitivas, que funcionan conforme a su propio sistema de codificación territorializada, se ven sobrecodificadas por una estructura imperial, relativamente desterritorializada, que les impone su hegemonía militar, religiosa, fiscal, etc.)” (Guattari, 2004: 134).

29 Cuando aludimos a *la voluntad de poder abolicionista*, vale la pena tener en cuenta lo siguiente: “Los malentendidos sobre Nietzsche culminan en la potencia. Cada vez que se interpreta la voluntad de poder en el sentido de *querer o buscar el poder* se cae en mediocridades que nada tienen que ver con el

como, ni adaptarse a un modelo, ya sea el de la justicia o el de la verdad. Nunca hay un término del que se parta, ni al que se llegue o deba llegarse.... Los devenires no son fenómenos de imitación ni de asimilación, son fenómenos de doble captura, de evolución no paralela, de bodas de dos reinos” (Deleuze y Parnet, 1980: 10; Deleuze y Guattari, 1988: 239 y sig.). Una persona deviene abolicionista cuando ante determinada situación experimenta cierta intolerancia a la manera banal en que se resuelven ciertos hechos desafortunados. Lo que percibe es que el lenguaje con el que estaba acostumbrado a definir un suceso le resulta vergonzoso, y la vergüenza es un gran estimulante para modificar las percepciones: dicho más concretamente, lo imperceptible es lo nuevo que le ocurre bajo el régimen de aquello por lo que se orientaba hasta ese momento. Lo imperceptible es lo nuevo *para lo viejo*.

El abolicionismo molecular huye de cualquier esquematismo, de cualquier partitura, de cualquier imperialismo. Y lo hace a partir de tres cuestiones capitales: primero se pregunta ¿qué puede una situación problemática? En segundo lugar, el valor de los valores en que el castigo estatal se recuesta. Por último, una micropolítica orientada a las minorías, a la emergencia de una criminología menor.

Es conocida la pregunta de Spinoza acerca de *¿qué es lo que puede un cuerpo?* (Spinoza, 1980) Y a ello contestarle que un cuerpo es, precisamente, lo que puede; por eso, de antemano, nadie sabe lo que puede un cuerpo. Y estos mismos cuerpos “no se definen por su género o por su especie, por sus órganos y sus funciones, sino por lo que pueden, por los afectos de que son capaces, tanto en pasión como en acción” (Deleuze y Parnet, 1980: 74; Deleuze, 1984; Deleuze y Guattari, 1988). Así entendidas las cosas, *la situación problemática* es un cuerpo como cualquier otro, sobre el que no tiene sentido preguntarse su naturaleza -si es buena o es mala, justa o injusta-, sino, como ya lo dijimos, ¿de qué es capaz?, o bien ¿qué es lo que puede? Todo esto transforma en estrictamente spinoziana a la criminología menor, porque se aleja de los sucesos definidos por lo que son, para interesarse respecto de lo que pueden. Está claro que la situación problemática se enfrenta al tipo penal, que se caracteriza por reducir al máximo una multiplicidad de situaciones: delitos contra las personas, contra el honor, contra la libertad individual, etc. Cada una de las normas penales protege distintos bienes jurídicos por lo que son ¿Qué ocurre con esto? Que todo está definido previamente, y no hay modo de alterarlo dentro de la gramática gobernante: “Al llamar «crimen» a un hecho, quedan excluidas, para empezar, todas esas otras maneras de reacción; lo cual significa limitarse al estilo punitivo, y al estilo punitivo del aparato socioestatal, es decir, a un estilo punitivo dominado por el pensamiento jurídico, ejercido con gran distanciamiento de la realidad por una estructura burocrática rígida. Llamar a un hecho «crimen» significa encerrarse desde el principio en esta opción infecunda” (Hulsman y de Celis: 89-90). Tanto Spinoza como el devenir abolicionista saben de la importancia de crear palabras inexactas para llegar decir algo exactamente: “Para mí, no hay crímenes ni delitos,

pensamiento de Nietzsche.... El poder, por tanto, no es aquello que la voluntad quiere sino, al contrario, lo que quiere en la voluntad. Y *querer o buscar el poder* no es más que el grado más bajo de la voluntad de poder...” (Deleuze, 2007: 188-9).

sino situaciones problemáticas. Y, fuera de la participación de las personas directamente implicadas en estas situaciones, es imposible que se aborde humanamente su resolución” (Ibíd.: 90).

Y las alianzas aumentan: nada más lejos que juzgar los hechos *desde afuera*, con trascendencia, y en esto toda la criminología menor está mancomunada. Spinoza, Nietzsche, Kafka, Tarde, Hulsman o Christie salen al cruce de todo el sistema del juicio tan imperante en la tradición judeocristiana³⁰: “A primera vista, esto puede parecer paradójico, en efecto. No es así en la práctica de mi vida. Experimento fundamentalmente una reticencia a juzgar, a apreciar una situación, antes de haber tratado de captar un modo de vida en su globalidad e interiormente” (Hulsman y de Celis: 32). Utilizar a *la situación problemática* para huir de la lógica del juicio es una de las tareas del abolicionismo molecular, pudiéndola llevar por fuera de las limitaciones jurídicas y volviendo a sus protagonistas constructores de sentido, y no sus destinatarios: intensidad y espesor, conceptos peligrosos para el derecho, son imprescindibles para toda situación problemática. Y esta última, será definida por aquello a lo que abre a los que la atraviesen, por la posibilidad que posean de afectar y ser afectados quienes intervengan en ella: esto es la inmanencia no digerible para el sistema penal, y por la que clama desde siempre el abolicionismo³¹. Sólo así entendemos la urgencia y el convencimiento acerca de la necesidad de un nuevo marco conceptual: “Sería preciso habituarse a un lenguaje nuevo, apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre las personas y sobre las situaciones vividas. Así, hablar de «actos lamentables», de «comportamientos no deseables, de «personas implicadas», de «situaciones-problemas», fomenta ya una mentalidad nueva. Caen las barreras que separaban el suceso y limitaban la posibilidad de respuesta, que impedían, por ejemplo, relacionar, desde el punto de vista de la emoción o el traumatismo experimentados, un robo con fractura con las dificultades en el trabajo o en la relación de la pareja. Liberado de la compartimentación institucional, un lenguaje abierto hace surgir posibilidades de actuar desconocidas hasta ahora” (Hulsman y de Celis, 1984: 85; 1991: 198). La imagen del mundo ofrecida por el sistema penal está principalmente sostenida por las palabras, protocolos y maniqueas: volver a

30 “Rupturista con la tradición judeocristiana, Spinoza dirige la crítica; y tuvo cuatro grandes discípulos que la recuperaron y que la relanzaron, Nietzsche, Lawrence, Kafka, Artaud. Los cuatro tuvieron que padecer personal, singularmente por culpa del juicio. Experimentaron ese punto en el que la acusación, la deliberación, el veredicto se confunden hasta el infinito. Nietzsche se pasea en calidad de acusado por todas las pensiones amuebladas a las que enfrenta un desafío grandioso, Lawrence vive sumido en la acusación de inmoralidad y de pornografía que repercute sobre su más mínima acuarela, Kafka se muestra «diabólico con total inocencia» para librarse de la «Audiencia en el hotel» donde se juzgan sus noviazgos infinitos ¿Y Artaud–Van Gogh, que padeció más todavía el juicio bajo su forma más dura, el terrible dictamen psiquiátrico?” (Deleuze, 1996: 176).

31 Pensamos entonces que “Existe un modo de individuación muy diferente del de una persona, un sujeto, una cosa o una sustancia. Nosotros reservamos para él el nombre de *haecceidad*. Una estación, un invierno, un verano, una hora, una fecha, tienen una individualidad perfecta y que no carece de nada, aunque no se confunda con la de una cosa o de un sujeto. Son haecceidades, en el sentido de que en ellas todo es relación de movimiento y de reposo entre moléculas o partículas, poder de afectar y de ser afectado” (Deleuze y Guattari, 1988: 264).

suscitar en las personas el compromiso por la creación de una nomenclatura abre trochas siempre impredecibles.

Ahora bien, la cultura y sus valores afectan decididamente todo aquello que en general podamos sentirnos tentados a criticar o a respaldar, particularmente en el ámbito del castigo. Aunque a menudo se insinúe que uno de los grandes flagelos de esta modernidad tardía sea la caída en desgracia de ciertos valores, sabemos bien que el problema fundamental no es el de su presencia o ausencia, sino el de su creación. La producción de valores apunta *al valor* de los valores, a las valoraciones previas que le otorgan valor a determinados valores: “Las valoraciones, referidas a su elemento, no son valores, sino maneras de ser, modos de existencia de los que juzgan y valoran, sirviendo precisamente de principios a los valores en relación a los cuales juzgan. Esta es la razón por la que tenemos siempre las creencias, los sentimientos y los pensamientos que merecemos en función de nuestro modo de ser o de nuestro estilo de vida. Hay cosas que no pueden decirse, sentir o concebirse, valores en los que sólo puede creerse a condición de valorar «bajo», de vivir y de pensar «bajamente». He aquello esencial: *lo alto y lo bajo, lo noble y lo vil* no son valores, sino representación del elemento diferencial del que deriva el valor de los propios valores” (Deleuze, 2000: 8). Una manera de concebir a la cultura, dentro de las categorías señaladas, es como producto y como productora de este tipo de valoraciones: la cultura es un precipicio del que siempre estamos en condiciones de saltar, pero que a menudo no lo hacemos. Creencias, tradiciones, sentidos y valores son los que definen, y a su vez son definidos, en la construcción siempre frágil de la cotidianidad, y de la sospecha de estar compartiéndola (Garfinkel, 1967). La cultura es adiestramiento, y eso se logra, en buena parte, con la *eticidad* de la costumbre, con la camisa de fuerza social puesta al ser humano (Nietzsche, 1946, 1980, 1986, 1992, 1999), admitiendo que todo hábito generado por esta misma cultura es arbitrario, aunque no lo sea el hábito de crear hábitos. Y el castigo, ¿qué otra cosa es, sino un hábito? Y la manera de practicarlo, ¿qué otra cosa es, sino un hábito? Está claro que uno de los elementos cardinales para entender el papel social del castigo es ubicarlo como una técnica que ha pretendido engendrar memoria en el hombre, que por naturaleza no posee: la necesidad de volver a las personas predecibles y responsables es un factor decisivo en la historia del castigo, y como tal, resulta un tema privilegiado para la criminología menor. Y esta última les debe tanto a tantos genealogistas, preocupados por el valor de los valores, por su transvaloración y por su denuncia. “La pena, se dice, poseería el valor de despertar en el culpable *el sentimiento de la culpa*.... [Pero] El auténtico remordimiento de conciencia es algo muy raro cabalmente entre los delincuentes y malhechores; las prisiones, las penitenciarías *no* son las incubadoras en que florezca con preferencia esa especie de gusano roedor.... Vistas las cosas en su conjunto, la pena endurece y vuelve frío, concentra, exacerba el sentimiento de extrañeza, robustece la fuerza de resistencia” (Nietzsche, 1986: 105). De allí que sea difícil saber con rigor *por qué* se imponen penas: una interpretación posible, entre muchas, es la de la indiferencia, la de la neutralidad, la de los valores que entraña la especialización en un terreno sensible de la cultura como es el del control social.

Y a esto, ¿qué podríamos oponerle? Quizá la vulnerabilidad, característica de todo ser humano, desde el inicio mismo de su vida en comunidad. Y quizá a partir de esa sensación colectiva de fragilidad se pueda producir o reinventar una serie de valores compartidos, que impida extralimitarse en la utilización de daño intencional: se distinguen un conjunto de criterios que, sin llegar a definirlos como *conciencia colectiva*³², podríamos considerarlos de aceptación amplia. Pensemos sólo en algunos, que tranquilamente podrían ser otros: ser bondadoso, no matar, no torturar, no infligir dolor intencionalmente, el perdón está por encima de la venganza (Christie, 2004). Estos valores básicos tienen una presencia tangible, pero también es cierto que su perseverancia es volátil: cuanta más indolencia, menos posibilidades de orientarse por ellos. Y vale la pena recordar que para el abolicionismo molecular, lo que realmente amerita compromiso no es la queja nostálgica por un pasado mejor, sino la creación de valores que sean producto de otra imagen del hombre, que no es más que pensar en otra imagen del castigo: “[es] partiendo de este *pathos de la distancia* [elemento diferencial, sentimiento de distancia] como debemos arrogarnos el derecho de crear valores, de acuñar nombres de valores: ¡qué importa su utilidad!” (Nietzsche, 1986: 37).

El castigo, insistimos, es un valor que tiene la particularidad de ser utilizado para dotar de valor a otros valores: en principio, el Código Penal para proteger la seguridad jurídica hace eso. Pero así como los pretende reforzar, simultáneamente los debilita; de ahí que imponer una pena sea la búsqueda constante de cierto equilibrio aceptando que esa meta es del todo irrealizable: el castigo es siempre un problema. Pero un problema nuestro, siempre actual, ya que ese castigo, junto con su dolor, no tiene indudablemente sustento en la utilidad social que a menudo se le adjudica, no sirve para mejorar a nadie, ni tampoco para reforzar ciertos valores; por último, mucho menos vale para controlar al delito. Es un problema ético, tal cual habíamos definido a esto último, y es un problema cultural, también. Depende de nosotros cómo queramos crearle memoria al hombre: “Una alternativa para la concepción de la ley como algo preexistente, proveniente de Dios o de la naturaleza, es la que sostiene que los principios básicos de la justicia están ahí todo el tiempo, pero sus formulaciones concretas tienen que re-crearse una y otra vez. Según esta alternativa la justicia no está formada por principios preexistentes que deben ser excavados utilizando los métodos del derecho o de las ciencias sociales, sino por el conocimiento común que cada generación debe formular en principios legales.... Más que una herramienta de la ingeniería social, el nivel y el tipo de castigo es un espejo de las normas que reinan en una sociedad.... Somos libres de elegir el nivel de dolor que nos parece aceptable; no hay pautas establecidas, excepto en nuestros valores morales.... Nuestra oposición, como trabajadores de la cultura..., consiste en demoler ese mito y traer toda la operación nuevamente al campo de la cultura. El hecho de

32 La conciencia colectiva (Durkheim, 2004), como ese conjunto de valores y creencias comunes al término medio de las personas que habitan determinada sociedad, posee hoy grandes dificultades metodológicas para utilizarlo como herramienta. No obstante, aunque sea para deformarlo, nos parece necesario recurrir a él.

repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales. Si hay algún experto en estos temas, se trata de los filósofos. También suele haber expertos en decir que los problemas son tan complejos que no podemos actuar sobre ellos. *Tenemos que pensar. Tal vez esa no sea la peor alternativa cuando la otra opción es el reparto de dolor*³³ (Chrsitie, 1993: 189-191).

¿Por qué caracterizar de molecular al abolicionismo? Porque consideramos que toda sociedad, pero también toda persona, están atravesadas por dos segmetariedades: una molar social y otra molecular deseante [Deleuze y Guattari, 1988: 218; 1995: 352]³⁴. No hay contradicción entre ambas, en todo caso coexistencia; y el análisis de esa coexistencia es el que debe llevar adelante la micropolítica. Con otras palabras, la diferencia más importante para este planteo no se da entre lo social y lo individual, sino entre lo molar que domina las grandes representaciones sociales, y lo molecular que trabaja al nivel de los deseos y las creencias: “La cuestión micropolítica —esto es, *la cuestión de una analítica de las formaciones del deseo en el campo social*— habla sobre el modo en cómo el nivel de las diferencias sociales más amplias (que he llamado «molar»), se cruza con aquello que he llamado «molecular» (Guattari y Rolnik, 2006: 149)³⁵. Aquí no pretendemos simplificar la cuestión diciendo que lo molecular sería bueno, y lo molar sería malo: es imperioso destacar que se puede gozar de todas las credenciales, ser un afamado abolicionista en términos molares, pero individuarse de acuerdo a las exigencias punitivas de ciertos hechos particularmente espeluznantes³⁶. Por ello el abolicionismo es *un posible*, y por ello sólo puede *devenirse* abolicionista³⁷: no hay comprobantes que nos eximan de hacer

33 La cursiva es nuestra.

34 De manera un tanto coloquial, podemos tomar como referencia lo siguiente: “MOLECULAR / MOLAR: los mismos elementos que existen en flujos, estratos, agenciamientos, pueden organizarse de un modo molar o de un modo molecular. El orden molar corresponde a las estratificaciones que delimitan objetos, sujetos, las representaciones y sus sistemas de referencia. El orden molecular, por el contrario, es el de los flujos, los devenires, las transiciones de fase, las intensidades. Llamaremos «transversalidad» a este atravesamiento molecular de los estratos y los niveles, operado por los diferentes tipos de agenciamientos” (Guattari y Rolnik, 2006: 370).

35 A su vez, “Entre estos dos niveles no hay una oposición distintiva, que dependa de un principio lógico de contradicción. Parece difícil, pero es preciso cambiar de lógica. En la física cuántica, por ejemplo, fue necesario que en un momento dado los físicos admitiesen que la materia es corpuscular y ondulatoria al mismo tiempo. De la misma forma, *las luchas sociales son, al mismo tiempo, molares y moleculares*” (Guattari y Rolnik, 2006: 149).

36 El ejemplo por antonomasia en nuestro país es sin duda el de la última dictadura militar. Lo que nos parece importante destacar aquí es la necesidad de crear un nuevo concepto de impunidad que no atraviese las secreciones punitivas. Nadie sale indemne de las humillaciones del castigo: “Nunca nadie es superior ni exterior a aquello de lo que se aprovecha...” (Deleuze, 2002: 231).

37 Intentando especificar, podemos sostener: “DEVENIR: expresión relativa a la economía del deseo. Los flujos de deseo proceden mediante afectos y devenires, con independencia del hecho de que puedan o no ser rebajados a personas, imágenes, identificaciones. De esta suerte, un individuo, antropológicamente etiquetado como masculino, puede estar atravesado por devenires múltiples y aparentemente contradictorios: un devenir femenino que coexiste con un devenir niño, un devenir animal, un devenir invisible, etc. Una lengua dominante (una lengua que opera en un espacio nacional) puede verse localmente arrastrada por un devenir minoritario. Será calificada entonces de lengua menor. Ejemplo: el dialecto alemán de Praga utilizado por Kafka” (Guattari, 1995: 202).

el arduo trabajo de componernos, para cada acontecimiento, lo más próximos a una respuesta no excluyente: “Y nadie puede hacer por nosotros la lenta experiencia de lo que conviene con nuestra naturaleza, el esfuerzo lento para descubrir nuestras dichas” (Deleuze, 2002b: 224-5).

Es imposible que nos unjan como abolicionistas de antemano. El abolicionismo es un proceso, y la batalla en medio de ese proceso: no hay un resultado al que arribar —no se llega a...—, sino subjetivarse³⁸ de tal modo que el castigo no sea una buena respuesta en nuestro modo de existencia; aquí es donde vemos qué es lo que puede una situación problemática —su latitud y longitud—, y qué podemos nosotros en ella, esto es, de qué valoraciones debemos ser capaces para alcanzar determinados valores no punitivos.

En un campo social así descrito, lo más gravitante no es ni la contradicción, ni la cohesión de su entramado: “Desde el punto de vista de la micropolítica, una sociedad se define por sus líneas de fuga, que son moleculares. Siempre fluye o huye algo, que escapa a las organizaciones binarias.... Así pues, la cuestión es que lo molar y lo molecular no sólo se distinguen por la talla, la escala o la dimensión, sino por la naturaleza del sistema de referencia considerado” (Deleuze y Guattari, 1988: 220-1). La micropolítica abolicionista pretende, a partir de una serie de posibilidades y limitaciones ofrecidas por cuestiones históricas y coyunturales, exaltar al máximo una forma de percibir el mundo en la que no sea preferible el atajo punitivo: “(...) Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria” (H. Bianchi en Larrauri, 1998: 29). Pero esta micropolítica, más allá de usar algunas categorías sociales amplias como mujer, hombre, marginado, garantizado, etc., apunta al factor no representable del deseo, que nos recorre por debajo de todas las ideantidades construidas: aquello inatribuible es lo que podemos definir como abolicionismo molecular, en tanto movimiento que lucha contra el uso de la violencia como forma de control de la violencia (Bianchi, 1987).

Esta micropolítica abolicionista, que se traduce con éxito a partir del devenir abolicionista —abolicionismo molecular— cuenta desde hace tiempo con algunos esbozos: “Necesitamos ideas de cómo organizar alternativamente las relaciones humanas, de tal manera que los conflictos se resuelvan en nuevas formas que sean socialmente aceptables. Resumiendo, necesitamos imágenes de la sociedad o de estructuras dentro de la sociedad, formuladas como ideologías, en el buen sentido de la palabra, sobre las cuales trabajar. A mi parecer, es muy importante desarrollar las condiciones que fomenten y alimenten los elementos antiautoritarios de las relaciones humanas” (Mathiesen, 1989: 117).

38 Guattari afirmó en cierta ocasión: “Mi preocupación, desde siempre, ha sido separar la subjetividad de la individuación y trabajar de este modo en una línea de subjetivación parcial. La subjetividad es siempre parcial (...), la subjetividad está en el cruce de componentes heterogéneos (...), el individuo está al final de los componentes heterogéneos y parciales”, en Lazzarato (2006: 13).

De todo lo dicho hasta aquí queda claro que el abolicionismo, como micro-política, como devenir molecular, es una cuestión de minorías. No está destinado a dominar los discursos hegemónicos o axiomáticos, sino más bien a debilitarlos para impedir que la estupidez que entrañan llegue a límites insospechados³⁹: la cuestión fundamental no es la de la verdad o la mentira, ya que hay muchas verdades construidas en base a estupideces ciertas; allí tenemos al realismo de derechas en criminología. La estupidez no es un error del pensamiento, sino una estructura del pensamiento, que es síntoma de una manera baja de pensar. Ante esto, la acometida se emprende desde las escuelas o desde las trincheras: el abolicionismo elige a estas últimas, precisamente porque es una minoría que descrece de los tribunales, sean jurídicos o criminológicos: “Las minorías no se distinguen de las mayorías numéricamente. Una minoría puede ser más numerosa que una mayoría. Lo que define a la mayoría es un modelo al que hay que conformarse.... En cambio, las minorías carecen de modelo, son un devenir, un proceso. Podría decirse que nadie es mayoría. Todos, de un modo u otro, estamos atrapados en algún devenir minoritario que nos arrastraría hacia vías desconocidas si nos decidiéramos a seguirlo. Cuando una minoría crea sus modelos es porque quiere convertirse en mayoría, lo que sin duda es necesario para su supervivencia o su salvación (tener un Estado, ser reconocido, imponer sus derechos). Pero su potencia procede de aquello que ha sabido crear y que se integrará en mayor o menor medida en el modelo, sin depender nunca de él. El pueblo siempre es una minoría creadora que permanece como tal aun cuando alcance una mayoría: las dos cosas pueden coexistir, ya que no se experimentan en el mismo plano” (Deleuze, 199: 271-2). El abolicionismo molecular es una guerra de guerrillas contra los clichés que pretenden reconducir toda situación problemática al sendero esquemático del sistema penal, contra el conservadurismo que tiende a mostrarnos que no hay demasiado que hacer porque la suerte está echada. El gran aporte del abolicionismo molecular es confirmarnos que la capacidad de resistencia o, al contrario, la sumisión a un control, se deciden en el curso de cada tentativa.

Bibliografía

- G. Agamben, *La potencia del pensamiento*, AH editora, Bs. As., 2007
 E. Alliez, *Gilles Deleuze: una vida filosófica*, Euphorion, Medellín, 2002
 E. Álvarez Asiáin, *La imagen del pensamiento en Gilles Deleuze: Tensiones entre cine y filosofía*, 2007
 G. I. Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Bs. As., 2006
 A. Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, Bs. As., 2004

39 “La potencia de las minorías no se mide por su capacidad de entrar y de imponerse en el sistema mayoritario, ni siquiera por su capacidad de invertir el criterio necesariamente tautológico de la mayoría, si no por su capacidad de ejercer una fuerza de los conjuntos no numerables, por pequeños que sean, contra la fuerza de los conjuntos numerables, incluso infinitos, incluso invertidos o cambiados, incluso si implican nuevos axiomas o, todavía más, una nueva axiomática” (Deleuze y Guattari, 1988: 474).

- A. Baratta, *Criminología y sistema penal*, B de F, Bs. As., 2004b
- M. Barroso Ramos, *Inmanencia, virtualidad y devenir en Gilles Deleuze*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 2008
- H. Bianchi, <http://www.elpais.com/articulo/ultima/Herman/Bianchi/elpepiult/198707107elpepiult?5/Tes/>, 1987
- P. Bourdieu, *Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva* en <http://www.historiayderecho.com.ar/constitucional/bourdieu1.pdf>, 1991
- E. Castro, *El concepto de culpa y responsabilidad*, disponible en <http://www.apertura/psi/org/Texto/laplata/castroresponsabilidad.doc>, 2005
- A. Chalmers, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Siglo XXI, Madrid, 1987
- N. Christie, *Suitable enemies*, en H. Bianchi, *Abolition*, Free University Press, Ámsterdam, 1980
- N. Christie, *La imagen del hombre en el Derecho Penal moderno* en Ch. Ferrer, *El lenguaje libertario II*, Piedra Libre, Montevideo, 1991
- N. Christie, *Los conflictos como pertenencia* en VVAA, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Bs. As., 1992
- N. Christie, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993
- N. Christie, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias* en *El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993
- N. Christie, *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001
- N. Christie, *Control de la delincuencia en Norteamérica y Europa* en E. Carranza, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Siglo XXI, México, 2001
- N. Christie, *Cuatro obstáculos contra la intuición* en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, AD-HOC, Bs. As., 2006
- N. Christie, *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004
- E. D. Crespo, *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, en <http://www.defensesociale.org/revista2003/07.pdf>
- G. Deleuze, *Spinoza: Filosofía práctica*, Tusquets, Barcelona, 1984
- G. Deleuze, *Crítica y clínica*, Anagrama, Barcelona, 1996
- G. Deleuze y F. Guattari, *Kafka, por una literatura menor*, Pre-Textos, Valencia, 2002
- G. Deleuze, *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 2000
- G. Deleuze, *Proust y los signos*, Editora Nacional, Madrid, 2002
- G. Deleuze, *Spinoza y el problema de la expresión*, Editora Nacional, Madrid, 2002b
- G. Deleuze, *La imagen-tiempo. Estudios sobre cine 1*, Paidós, Barcelona, 1984
- G. Deleuze, *La imagen-tiempo. Estudios sobre cine 2*, Paidós, Barcelona, 1987
- G. Deleuze, *Foucault*, Paidós, Barcelona, 1987
- G. Deleuze, *Conversaciones*, Pre-Textos, Valencia, 1999
- G. Deleuze y C. Parnet, *Diálogos*, Pre-Textos, Valencia, 1980
- G. Deleuze y F. Guattari, *Antiedipo*, Paidós, Barcelona, 1995
- G. Deleuze y F. Guattari, *¿Qué es la filosofía?*, Anagrama, Barcelona, 2005
- G. Deleuze y F. Guattari, *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 1988

- G. Deleuze, *La isla desierta y otros textos*, Pre-Textos, Valencia, 2005
- G. Deleuze, *Lógica del sentido*, Paidós, Bs. As., 2008
- G. Deleuze, *Diferencia y repetición*, Amorrortu, Bs. As., 2002b
- G. Deleuze, *Dos regímenes de locos. Textos y entrevistas (1975-1995)*, Pre-textos, Valencia, 2007
- F. Dosse, *Gilles Deleuze y Félix Guattari: biografía cruzada*, FCE, Bs. As., 2009
- E. Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, Hyspamerica, Madrid, 1982
- E. Durkheim, *La educación moral*, Losada, Bs. As., 1997
- E. Durkheim, *Dos leyes de la evolución penal*, en Revista Delito y Sociedad, N°13, 1999, pp. 71-90
- E. Durkheim, *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004
- M. Feeley, *Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial*, en Delito y Sociedad N° 26, 2008, p. 19-36
- L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1989
- Ch. Ferrer, *Un poder central* disponible en <http://fp.chasque.net/~relacion.net//anteriores/9707/poder.htm>, XIV
- M. Foucault, *Genealogía del racismo*, Altamira, Bs. As., 1996
- M. Foucault, *Los anormales*, FCE, Bs. As., 2000
- M. Foucault, *Seguridad, territorio, población*, FCE, Bs. As., 2004
- M. Foucault, *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992
- M. Foucault, *La vida de los hombres infames*, Altamira, Bs. As., 1996
- M. Foucault, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Bs. As., 2003
- M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991
- M. Foucault, *Estética, ética y hermenéutica*, Paidós, Barcelona, 1999
- M. Foucault, *Arqueología del saber*, Siglo XXI, Bs. As., 2002
- H. Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1967
- D. Garland, *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005
- R. de Folter, *Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema penal* en Abolicionismo Penal, Ediar, Bs. As., 1989
- M. García Morente, *La filosofía de Henri Bergson*, Claudio García Editores, Montevideo, 1944
- D. Garland, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006
- D. Garland, *Las contradicciones de la sociedad punitiva*, en Delito y Sociedad. N° 22. Buenos Aires, 2006b
- F. Guattari, *Cartografías del deseo*, La Marca, Bs. As., 1995
- F. Guattari y A. Negri, *Las verdades nómadas y general intellect*, Akal, Madrid, 1999
- F. Guattari, *Prácticas ecosóficas y restauración de la ciudad subjetiva*, en Quaderns d'arquitectura i urbanismo N° 238, Ediciones Reunidas SA, Barcelona, 2003, p. 38-47
- F. Guattari, *Plan sobre el planeta: Capitalismo mundial integrado y revoluciones moleculares*, Traficantes de sueño, Madrid, 2004

- F. Guattari y S. Rolnik, *Micropolítica. Cartografías del deseo*, Traficantes de sueño, Madrid, 2006
- L. Hulsman y J. Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984
- L. Hulsman, *La criminología crítica y el concepto de delito* en Abolicionismo Penal, Ediar, Bs. As., 1989
- L. Hulsman y J. Bernat de Celis, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal* en *El lenguaje libertario II*, Piedra Libre, Montevideo, 1991
- L. Hulsman, *El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas* en *El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993
- E. Larrauri, *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo* en *Ius et Praxis* (año 4 – N° 2), Talca, 1998 (p. 27/64)
- E. Larrauri, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Bs. As., 2001
- M. Lazzarato, *Biopolítica*, IESCO, Cali, 2006
- J. Lea y J. Young, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Del puerto, Bs. As., 2008
- A. Lee Teles, *Una filosofía del porvenir*, GEA, Bs. As., 2002
- C. Lista, *Los paradigmas del análisis sociológico*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2000
- K. Marx, “*Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política*” en *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*; Siglo XXI, México, 1991
- T. Mathiesen, *La política del abolicionismo* en Abolicionismo Penal, Ediar, Bs. As., 1989
- T. Mathiesen, *Comentario sobre el poder y el abolicionismo* en Abolicionismo Penal, Ediar, Bs. As., 1989b
- T. Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Ediar, Bs. As., 2003
- T. Mathiesen, *Diez razones para no construir más cárceles*, aparecido en: *Nueva doctrina penal*, N°. 1, Buenos Aires, Argentina, págs. 3-20, 2005
- A. Messuti, *El tiempo como pena*, Ediar, Bs. As., 2008
- H. Miller, *Sexus*, Bruguera, Barcelona, 1982
- F. Nietzsche, *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 1986
- F. Nietzsche, *Más allá del bien y del mal*, Edicomunicación, Barcelona, 1999
- F. Nietzsche, *Así habló Zarathustra*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1992
- F. Nietzsche, *El origen de la tragedia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980
- F. Nietzsche, *El crepúsculo de los ídolos*, SELA, Bs. As., 1946
- F. Nietzsche, *Opiniones y sentencias*, SELA, Bs. As., 1946
- M. Pavarini, *Control y dominación*, Siglo XXI, Bs. As., 2003
- M. Pavarini, *Un arte abyecto*, AD-HOC, Bs. As., 2006
- M. Pavarini, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en *NO HAY DERECHO*, Bs. As., 1990
- J. Pratt, *Castigo y civilización*, Gedisa, Barcelona, 2006
- J. Pratt, *Lecturas contemporáneas de sociología del castigo. Castigos Ostentosos y Emotivos*, en *Delito y Sociedad*. N° 22. Buenos Aires, 2006b

- G. Rusche y O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984
- M. Serres, *Atlas*, Cátedra, Madrid, 1995
- M. Sozzo (Comp.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, AD-HOC, Bs. As., 2006
- B. de Spinoza, *Ética*, Hispamérica, Barcelona, 1980
- G. Tarde, *Filosofía penal*, tomo I, La España moderna, Madrid, 1922a
- G. Tarde, *Filosofía penal*, tomo II, La España moderna, Madrid, 1922b
- G. Tarde, *La opinión y la multitud*, Taurus, Madrid, 1986
- I. Taylor, P. Walton y J. Young, *La nueva criminología*, Amorrortu, Bs. As., 2001
- I. Tedesco, *El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland*, en *Mitologías y Discursos sobre el Castigo*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 231-249
- R. van Swaaningen, *Critical criminology: visions from Europe*, SAGE, Great Britain, 1997
- VVAA, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-hoc, Bs. As., 1992
- J. Young, *La sociedad excluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2003
- E. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Bs. As., 1989
- F. Zourabichvili, *Deleuze y lo posible (del involuntarismo en política)* en Gilles Deleuze: una vida filosófica, Euphorion, Medellín, 2002

EL ACOSO MORAL EMPRESARIAL COMO ACTO DE VIOLENCIA DEL PODER PRIVADO: BIENESTAR DE LAS EMPRESAS Y MALESTAR LABORAL EN BRASIL (CORPORATE MORAL HARASSMENT AS AN ACT OF VIOLENCE FROM PRIVATE POWERS: COMPANIES' WELL-BEING AND THE UNREST IN BRAZILIAN LABOUR)

WILSON RAMOS FILHO^{1*}

Resumen: En las relaciones de trabajo contemporáneas se constata la existencia de diversos tipos de acoso moral. La doctrina y la jurisprudencia no siempre se han dado cuenta de que el acoso moral empresarial difiere del uso arbitrario del poder directivo y del acoso moral perverso, y que para la configuración de un acoso moral empresarial no se exige ni la culpa del agente asediador, ni la prueba del daño, ni el nexo causal, una vez transcurre objetivamente de los métodos de gestión de recursos humanos implantados por el capitalismo gerencial en algunas empresas.

Palabras clave: acoso moral empresarial, psicoterrorismo, capitalismo gerencial, acoso psíquico, métodos de gestión de recursos humanos.

ABSTRACT: Different types moral harassment can be detected in contemporary work relations. Jurisprudence and doctrine have not always taken into account that corporative moral harassment differs from arbitrary exercise of directive power and from perverse moral harassment, and that, to configure moral corporative harassment, the guilt of the harasser, nor the proving of the damage or the causal connection are demanded, this because it objectively from the human resource's managerial methods implemented by capitalist management in some corporations.

KEYWORDS: Moral corporative harassment, psycoterrorism, capitalist management, psychic harassment, Methods of managerial human resources.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El derecho del trabajador y la legitimación del capitalismo; 3. Nuevas formas de gestión, legitimación del capitalismo y bienestar de las empresas; 4. El malestar laboral en el capitalismo gerencial. ; 5. El acoso moral y amoral del acoso empresarial. . Referencias bibliográficas.

Introducción.

Los operadores jurídicos, frente a la Justicia del Trabajo en Brasil, han manifestado cierto desconcierto en relación a la intrigante frecuencia de temas relacionados a las alegaciones de prácticas de acoso moral en las acciones laborales individuales. En las facultades de derecho, ya sea en el ámbito de los trabajos académicos de finalización de curso, o en los trabajos finales de pos-graduación, se verifica del mismo modo que el tema viene recibiendo atención por parte de la comunidad científica, lo que resulta en una rica y voluminosa producción editorial al respecto de temas relacionados con el acoso moral en el ámbito de las relaciones de trabajo brasileñas y su

131

¹ **Wilson Ramos Filho**, doctor en Derecho, abogado (www.declatra.adv.br), es profesor del master en derecho de la UNIBRASIL, en el Máster Oficial y en el Doctorado en Derechos Humanos, interculturalidad y desarrollo, en la Universidad Pablo de Olavide, España, y en el grado, master y doctorado en la facultad de derecho de la UFPR, en Curitiba, en las asignaturas de derecho sindical y derecho del trabajo. Actualmente realiza investigaciones en posdoctorado en la École de Hautes Études en Sciences Sociales, en París. adv.wilson@onda.com.br. Recibido el 11 de enero de 2010, aceptado ¿?

reparación, a pesar de la ausencia de regulación estatal específica (DALLEGRAVE NETO, 2007: 295). Este fenómeno es visible también en los países europeos, principalmente en España, donde existe una gran producción académica sobre el acoso psíquico en el sí de las relaciones laborales. Según nos parece, de la misma manera que “hay que acostumbrarse a ver el despido como un acto de violencia privada, un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura” (BAYLOS; PÉREZ REY, 2009: 49), los modos de gestión del capitalismo sin complejos, que caracteriza el funcionamiento del modo de producción en el cambio de siglo, debe ser visualizado también como un acto de violencia privada.

La doctrina específica confluyó en clasificar el acoso moral laboral en tres grandes clases. La primera, también llamada acoso moral estratégico, sería aquel practicado en el ámbito de la relación de trabajo que se propondría presionar al empleado para que se desligue de la empresa. La segunda clase, generalmente denominada como acoso moral perverso, sería aquel practicado como manifestación enfermiza pretendiendo destruir psicológicamente uno o varios de sus compañeros de trabajo, generalmente subordinados. La tercera clase, el acoso moral institucional, engloba dos tipos de manifestaciones abusivas del poder directivo: la primera, por ocurrir en el ámbito de relaciones de trabajo de naturaleza pública, estatutaria o contractual será denominada en este artículo como acoso moral organizacional; la segunda, por ocurrir en el ámbito de relaciones de trabajo, o en relaciones de trabajo equiparables a aquellas, será denominado como acoso moral empresarial (HIRIGOYEN, 2002: 112).

El acoso moral empresarial fundado en prácticas gerenciales volcadas en el aumento de la productividad y la capacidad de lucro de las empresas, que por sus características y por su reiteración potencialmente causan daños a la salud física o mental de los empleados, es objeto del presente artículo.

Su motivación resulta de la constatación de que la doctrina, al buscar describir científicamente las características comunes a todas las clases y tipos del género acoso moral laboral, según parece, acaba por dificultar la comprensión del fenómeno, perjudicando tanto su represión, como la reparación de los daños que de este derivan.

No se desconocen, obviamente, prácticas empresariales que pretenden inducir a los trabajadores a que se autoexcluyan de las empresas, principalmente en los países en que se asegura el empleo a los trabajadores. Incluso en Brasil, donde ese derecho fundamental de los empleados no ha sido aún regulado, en los escasos casos en que trabajadores detentan garantía de continuidad de la relación de empleo, muchas veces se verifican practicas pretendiendo forzarlos a pedir la dimisión o, sirviéndose de las garantías existentes, solicitar la finalización unilateral de sus contratos de trabajo por iniciativa del empleador. Aunque menos frecuentes, por la escasez de las situaciones de garantía del empleo en Brasil, deben ser objeto de estudio, y, evidentemente, de preocupaciones en cuanto a su reparabilidad, que en este caso, preferencialmente tendrá que configurarse como retorno al status quo ante.

Del mismo modo, a pesar de ser infinitamente menor el número de casos sometidos a la apreciación del Poder Judicial Laboral, envolviendo controversias derivadas del acoso moral perverso, tal práctica condenable por perjudicial en el medio ambiente laboral difiere bastante de aquella consistente en el acoso moral empresarial. O sea, a pesar de que ambas sean de la variedad del género de acoso moral laboral, por sus propias características, la tentativa de construcción de categorización y teorización unitarias para ambas, en vez de permitir una mayor aproximación científica al objeto de análisis, acaba volviendo más compleja su comprensión.

En la tentativa de disminuir esa complejidad, en los tópicos siguientes serán recordados algunos mecanismos de legitimación del modo de producción capitalista, se analizará la convivencia entre dos modos de gestión empresarial en el viraje del siglo actual para, por fin, analizar las principales características de la gestión capitalista contemporánea como elementos de violencia del poder privado, potencialmente causadores de acoso moral empresarial.

El derecho del trabajo y la legitimación del capitalismo.

La manera en la que el capitalismo obtenía la adhesión de los trabajadores y del conjunto de la sociedad a sus intereses, legitimando el modelo de sociedad propuesto, sufrió metamorfosis significativas a lo largo del siglo pasado.

Analizando la acumulación de riqueza esencial para la constitución del capitalismo en modo de producción dominante, Max Weber recuerda que los protestantes se pudieron enriquecer rápidamente cuando, en sustitución de la cosmovisión pre-capitalista, construyeron una nueva racionalidad, fundada en la determinación para ganar y acumular recursos. A esta nueva racionalidad, entendida como forma de justificación ideológica diferenciada, la denominó “espíritu del capitalismo”. Sus análisis demuestran que el espíritu del capitalismo fue mucho más allá de la mera justificación a la acumulación monetaria. Exigió principalmente que hubiese en la sociedad una predisposición para los negocios, con individuos disciplinados, austeros, económicos, con vocación para la acumulación. Para que el capitalismo se volviese hegemónico, fue necesaria la existencia de “trabajadores concienciados” a producir cada vez más, apuntando a “mejorar de vida”, al contrario de lo que caracterizaba al modo de producción anterior y de la ideología religiosa que le daba sustento, el catolicismo. Ese nuevo ethos, esa nueva posición frente al mundo, es lo que habría posibilitado al capitalismo convertirse en el modo de producción dominante, en contraposición a la visión anterior que priorizaba el trabajo apenas como medio de supervivencia. Para que el capitalismo se transformase en modo de producción dominante, en síntesis, habría sido necesario convencer a las personas de que éstas, y no otras, serían las mejores bases de la sociedad que se estaba construyendo.

Según esta nueva ética de la prosperidad, adoptada en sustitución a aquella característica de las sociedades anteriores, se hizo necesario el servilismo voluntario de los trabajadores al régimen del asalariado, régimen éste bastante inferior al anterior en términos de calidad de vida. Para desviar la atención de los trabajadores de

las pésimas condiciones objetivas derivadas de las relaciones capitalistas de producción, se construyó un conjunto de representaciones apto para “concienciar” a los trabajadores de que el modo de producción que se implantaba era mejor que el anterior. Tomado como un absoluto, una vocación, ese nuevo conjunto de representaciones y de legitimación, apoyado en la educación, económica y religiosa, permitió la constitución del “espíritu del capitalismo”, motivando a las personas a que quisieran ganar siempre más, producir más, en un proceso que se auto-legitimaba (WEBER, 2004).

En Brasil, este sistema de legitimación, en sustitución de la pura y dura correlación de fuerzas que caracterizó las primeras décadas del siglo XX, se vuelve hegemónico apenas en el contexto histórico instituido por la primera gran crisis capitalista que posibilitó la implantación del intervencionismo estatal por el gobierno, de 1930 a 1945. A partir de ahí, y no sin grandes resistencias iniciales, el empresariado pasa, poco a poco, a comprender la nueva funcionalidad del Estado y del Derecho para la defensa de sus intereses en el modo de producción. Consolidando tales procesos de legitimación de este primer espíritu del capitalismo, el empresariado nacional pasa a consentir la regulación estatal, exigiendo en contrapartida la consolidación del poder patronal por la vía de la subordinación.

Este sistema, fundamentado en una peculiar relación entre capital y trabajo, necesitaba de elementos justificadores que indujeran a la percepción de que sería, por un lado, superior al modelo de producción precapitalista, colonial y dependiente, que caracterizó la historia brasileña hasta el fin de la primera república; por otro lado, necesitaba convencer al conjunto de la población que el capitalismo regulado imponía era superior también a la alternativa socialista.²

Con ese fin, el capitalismo brasileño, sin renunciar a la posibilidad siempre frecuente en la historia de los países de capitalismo periférico de hacer uso de la represión estatal para imponerse como dominante, utilizó dos sistemas de representación que, diferenciados teóricamente, tenían la misma finalidad legitimadora. El primer sistema de legitimación resulta del ideario corporativista que impregnó el sistema jurídico laboral nacional dotándolo de características perennes. El segundo, resultante de la pérdida de capacidad seductora del modelo corporativista con la derrota del fascismo europeo, se presentó como un conjunto de perspectivas que, fundadas en la libertad, potenciaba valores como el mérito, el desempeño individual, la audacia, la libertad, el pluralismo, entre otros. Ese sistema, en su vertiente socialdemócrata europea, ofrecía garantías de seguridad y argumentos morales para que el modo de producción continuase existiendo, proporcionándole fundamentación. El papel desempeñado por el Derecho del Trabajo y por la Jurisdicción del Trabajo en tales sistemas de legitimación resulta evidente.

² “El espíritu del capitalismo debe responder a una exigencia de auto justificación, sobre todo para poder resistir a la crítica anticapitalista, lo que implica un recurso a convenciones de validez universal en cuanto a lo que es justo e injusto [...] El espíritu del capitalismo proporciona, al mismo tiempo, una justificación al capitalismo (que se opone a los cuestionamientos que pretenden ser radicales) y un punto de apoyo crítico, que permite denunciar la separación entre las formas concretas de acumulación y las concepciones normativas del orden social” (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002: 68)

En este sentido se puede afirmar que si la era Vargas en Brasil —como también en los demás países que sufrieron regímenes autoritarios—, fue el período necesario para que el empresariado se apercibiese de la ambivalencia peculiar del derecho del trabajo (al asegurar derechos a los empleados, consolida y legitima el poder empresarial y el propio sistema capitalista), el período subsiguiente, hasta el inicio de la segunda dictadura, de 1964 a 1988, fue el período para la institucionalización de tal sistema en la vida nacional, una vez que fue a partir de la consolidación de las leyes laborales, en 1943, que esa rama del derecho fue dotado de una organicidad apta a servir como elemento en la amalgama social entonces construida, en el sentido de lograr la adhesión de las personas al modo de vida que el capitalismo proponía.

No se trata en absoluto de una característica exclusiva de la historia del Derecho del Trabajo brasileño. En el mundo, toda esta rama del derecho basada en el sistema de garantías permitió la regulación del trabajo subordinado, imponiendo, en diversos niveles, limitaciones a la autonomía contractual. Tal intromisión en la autonomía de negociar no derivó exclusivamente ni de las reivindicaciones de los trabajadores, ni de la evolución de las ideas rumbo a niveles superiores de protección de los derechos humanos. La interferencia estatal en el contenido mínimo de los contratos de compra y venta de fuerza de trabajo en moldes capitalistas resultó fundamentalmente del temor de las elites empresariales y políticas de que el ideario comunista y socialista puesto en práctica en algunos países y objeto de grande proselitismo pudiese poner en riesgo la continuidad del modo de producción capitalista, percepción ésta sintetizada en la concepción según la cual el intervencionismo estatal y su expresión política, la socialdemocracia, habrían “cedido los anillos para no ceder los dedos”.

En los países de capitalismo central, el pacto entre las clases sociales, conocido como “compromiso socialdemócrata”,³ los temores causados por el crecimiento territorial de la Unión Soviética y por su importancia estratégica política en el planeta, posibilitaron el desarrollo del intervencionismo estatal que vino a caracterizar a las democracias occidentales, con una fuerte protección social. Siendo así, la ampliación progresiva de los derechos sociales, tanto en los países centrales como en los periféricos, principalmente en el período de la segunda posguerra, debe ser entendida como contraposición ideológica al proyecto alternativo, anticapitalista, constituyéndose en elemento ideológico de la guerra fría que entonces oponía proyectos de sociedad antagónicos.

Con la descolonización, que caracterizó los años cincuenta y sesenta, resultante de movimientos de liberación nacional principalmente en África y en Asia —algunos de ellos fuertemente influenciados por los ideales socialistas—, y con la crítica social y cultural a él dirigida en los países más desarrollados, el capitalismo se vio forzado a reforzar sus mecanismos de justificación, posibilitando el desarrollo acelerado del derecho del trabajo en este período.

3 En varios otros países de capitalismo periférico, entre estos el nuestro, los derechos sociales en general y el derecho del trabajo en particular, se inscriben dentro del llamado “compromiso populista” entre las clases sociales, considerado como respuesta de las elites al ideario redistribuidor.

Como las resultantes de las correlaciones de fuerzas entre las clases sociales no fueron las mismas en todos los países, el Derecho Positivo del Trabajo, a pesar de contener un núcleo común,⁴ adquirió características diferenciadas en cada Estado individualmente considerado, siendo más protector de los empleados en las formas históricas concretas en las que los trabajadores contaban con una baja capacidad de presión social o, al contrario, más tuitiva de los intereses de los empleados en los países con mayor potencialidad de “poner en riesgo los dedos capitalistas”, o sea, con mayor movilización obrera.

En Brasil, en las dos décadas subsiguientes a la primera redemocratización, muchos derechos laborales fueron reconocidos o ampliados por la legislación estatal, de entre los cuales la introducción de la remuneración de los descansos semanales y de los días festivos, ampliación del derecho a vacaciones, extensión a los trabajadores rurales de algunos derechos ya asegurados a los trabajadores urbanos, institución de la paga extraordinaria, entre otros. En el plano internacional, de la misma manera, de entre los diversos elementos utilizados por el modo de producción capitalista para reciclarse y fortalecer sus mecanismos de legitimación (como la salud universal, la educación pública, los regímenes de previsión social y de jubilación) figura también, sin duda, la sofisticación del Derecho del Trabajo como instrumento de disminución de las tensiones sociales y del aparato judicial de solución de conflictos laborales, individuales y colectivos.

En los países de capitalismo central, la adhesión al conjunto de valores defendido por el capitalismo era obtenida mediante la concesión de beneficios por parte del Estado, por el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, y por parte de las empresas en los procesos de negociación colectiva, con fortalecimiento de los sindicatos. Ya en la periferia capitalista, la intervención estatal no se daba en términos socialdemócratas, sino según parámetros burocrático-autoritarios (RAMOS FILHO, 1999), por los cuales las empresas no necesitaban de tal sistema de derechos y garantías para legitimar el sistema capitalista, pues aquí tenían a los Estados y a los Ejércitos a su lado para inducir a la subordinación de todos a sus intereses de clase.⁵ Esta constatación, contribuye a explicar los diferen-

4 El núcleo común del Derecho del Trabajo resulta de las relaciones de trabajo capitalistas y tiene en ellas su presupuesto, razón por la que se constituye como un derecho capitalista por definición (JEAMMAUD, 1980). Tal constatación obvia no siempre es bien comprendida, razón por la que cobra actualidad denominarla como Derecho Capitalista del Trabajo, no para diferenciarlo de un eventual derecho no capitalista, sino para enfatizar sus características esenciales.

5 El golpe militar de 1964, que desencadenó una cruel represión sobre los movimientos de izquierda, eliminó las resistencias sindicales posibilitando, aún en 1967, la primera gran flexibilización del derecho del trabajo en nuestro país, con la creación del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio, volviendo más barato para los empleadores el despido. Resumidamente: el régimen del FGTS, introducido como opcional, permitía que a los empleados “optantes” por la nueva sistemática no se les asegurase más la indemnización por tiempo de servicio prestado prevista en la CLT, consistente en un mes de salario por cada año trabajado, valor total que tendría que pagarse por doble a los trabajadores con más de diez años de contrato laboral. El nuevo sistema fue impuesto por las empresas como condición para las nuevas contrataciones de modo que, a los contratados en el nuevo régimen (o a los que optasen por migrar del antiguo sistema a este) el empleador debería apenas “liberar” los depósitos existentes en cuentas bancarias vinculadas al sistema, eximiéndose del pago de la indemnización por finalización unilateral de los contratos de trabajo.

ciados niveles del carácter tutelar del Derecho del Trabajo, siempre resultante de las relaciones que se establecen entre las clases sociales, en cada país individualmente considerado.

Con el crecimiento a la adhesión social al ideario de izquierda y con el fortalecimiento de los movimientos sociales y sindicales, se vislumbra un cambio significativo en el espíritu del capitalismo, principalmente en Europa, a partir del fin de la década de los sesenta e inicio de los años setenta, después de la crisis capitalista que se conoce como “choque del petróleo”.⁶ Tal cambio vino en el sentido de construir un nuevo sistema de justificación que resistiera mejor a la crítica anticapitalista configurando un segundo espíritu del capitalismo fundado en distintos modos de gestión empresarial articulado a políticas públicas,⁷ renovando promesas de justicia social en un marco de libertad dentro de los límites fijados por el derecho del trabajo.

Tanto este capitalismo organizado, resultante de la intervención estatal, como el comunismo entonces implantado, que en la URSS de por aquel entonces alcanzará su conformación más característica, estaban apoyados en el concepto de organización y en sus métodos de gestión, los cuales posibilitaron la emergencia de una verdadera revolución gerencial.

De hecho, si en el socialismo real surge una casta de burócratas, la *nomenklatura*, que ocupa el aparato de Estado para desarrollar políticas distributivas —aunque a costa de los derechos civiles y políticos—, también en los países que implantaron el capitalismo organizado surge una nueva categoría social, la de los administradores de empresa profesionales. Esta nueva casta profesional, que permite al capitalismo organizado resistir mejor a las críticas que le son dirigidas por el sistema rival, pasa a desempeñar un papel fundamental en los Estados, pasando a ocupar cargos y funciones importantes tanto en el sector público como en el sector privado, siendo que, algunas veces, sus miembros más destacados cambian varias veces de posición. Esta característica del capitalismo intervencionista permitió el surgimiento de un nuevo tipo de gobernanza, en las empresas y en los Estados, mediante la cual administradores profesionales, ejecutivos generalmente detentores de diplomas de curso superior, pasan a ejercer una influencia fundamental en el propio desarrollo y reciclaje del modo de producción capitalista, a finales del siglo pasado.

6 En ese periodo fueron necesarios esfuerzos de relegitimación del sistema en los países democráticos en respuesta a las críticas formuladas por los movimientos pacifistas en los EUA, por los movimientos de liberación nacional en varios países del entonces denominado como tercer mundo y por los movimientos de la juventud y de los trabajadores en el continente europeo. Para alabar las ventajas del sistema capitalista frente al sistema alternativo, y buscando demostrar que era posible atender a los derechos sociales sin perjuicio de los derechos civiles y políticos, el Derecho del Trabajo se había afirmado intencionalmente durante el periodo conocido como “los treinta gloriosos” años de desarrollo del Estado intervencionista llega a su ápice regulador en los países del centro capitalista.

7 “El segundo espíritu del capitalismo es indisoluble de los dispositivos de gestión de las posibilidades promocionales en las grandes empresas, de la puesta en marcha de la jubilación redistributiva y de la extensión, a un número cada vez mayor de situaciones, de la forma jurídica del contrato de trabajo asalariado, de tal forma que los trabajadores puedan beneficiarse de las ventajas asociadas a esta condición. Sin estos dispositivos, nadie habría podido creer realmente las promesas del segundo espíritu” (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002: 69).

Uno de los temas más característicos de esa “nueva forma de gestión” se centraba, en la época, en la crítica al nepotismo, o sea, en los procesos de sucesión empresarial por herencia, o sin otro fundamento, en las empresas de administración familiar. Las propuestas de la administración científica o profesional, más allá de eventualmente propiciar un incremento en la capacidad de lucro de las empresas, o en la eficiencia del servicio público cuando era dirigido por integrantes de esa nueva categoría social, cumplió una significativa función ideológica, al enfatizar las posibilidades de ascenso social vertical fundado en el mérito y en el esfuerzo individual. El enorme crecimiento cuantitativo del número de plazas ofertadas en educación superior en Brasil para cursos relacionados con la gestión empresarial, como administración de empresas, ciencias económicas y ciencias contables, principalmente a partir de la década de los noventa, son característicos de este momento ideológico.

La hiper-valorización de los ejecutivos profesionalizados y la defensa de nuevas formas de gestión que comprometieran a los empleados con el futuro del modo de producción configuran este capitalismo gerencial, el cual puede ser caracterizado, en resumen, (i) por la gestión racional en función de los objetivos, (ii) por la promesa de una mejora progresiva de las condiciones de trabajo y (iii) por la posibilidad de construirse una carrera en las empresas. Esos tres elementos asegurarían legitimidad a la gestión, garantizando la credibilidad en el ideario subyacente y la adhesión del conjunto de la sociedad a los valores por ésta representados. El discurso articulado en base a estos valores del nuevo capitalismo proponía asegurar las necesidades mínimas de la población por parte del Estado Proveedor en régimen de libertad y de respeto a las individualidades, siempre en oposición al sistema “rival” que, aunque más colectivista, acabaría por imponer la igualdad a costa de la libertad, lo que no sería deseable según tal fundamentación ideológica.

Este capitalismo gerencial que de modo crítico fue denominado como *capito-cadrisme*,⁸ aparece justificado en festejadas obras de la teoría de la administración de empresas, en los años sesenta, con Alfred CHANDLER que se refiere a esa nueva casta social como siendo “la mano visible del mercado”⁹ y a partir de los años setenta, en las obras de John Kenneth GALBRAITH, con la denominación de tecnoburocracia¹⁰.

8 “*A cet égard, il paraît plus pertinent d'utiliser le terme 'encadrement' plutôt que celui inhérent à tout rapport de classe, et possède l'avantage d'être construit autour de celui de 'cadre'. Pour parfaire le parallélisme, on propose d'appeler 'cadrisme' le système qui correspond au rapport d'encadrement, comme on dit 'capitalisme' à partir de 'capital'*” (BIDET, DUMÉNIL, 2007 : 105)

9 Este autor desarrolla el concepto pionero según el cual los ejecutivos serían la “mano visible del mercado”, corrigiendo distorsiones e influenciando sobre la realidad (CHANDLER, 1998), inaugurando en cierta forma la literatura normativa sobre gestión empresarial que caracterizará el período subsiguiente.

10 “Galbraith acuñó una expresión para caracterizar ese fenómeno: “simbiosis burocrática”. La tecnestructura de las grandes empresas busca influir sistemáticamente en las políticas públicas, proveyendo a los técnicos y nombrando políticos que tomarán las decisiones relevantes para el desarrollo de sus actividades privadas. Con la ‘simbiosis burocrática’ se forma un cuadro de creciente interacción entre grupos privados y funcionarios gubernamentales que acaba contaminando las políticas de gobierno y colocándolas al servicio de intereses especiales y particulares. Eso es un hecho, un fenómeno de la vida tanto de las ciudades desarrolladas como de los países en desarrollo, como el nuestro. Los cuadros técnicos se mueven de las grandes empresas para el gobierno, y viceversa, configurando una situación de captura de las palancas decisorias gubernamentales” (SUPPLY, 2002)

Este conjunto ideológico defensor del capitalismo gerencial, repercute en Brasil de un modo algo confuso y anacrónico al inicio de los años noventa cuando se discutía la implantación del capitalismo organizado, en moldes socialdemócratas por la Constitución Federal brasileña de 1988.

La inclusión de un rol considerable de derechos sociales del trabajo en aquella Carta Constitucional, como es sabido, resultó de la correlación de fuerzas sociales entonces establecida reflejando la necesidad de inducir la adhesión de todos al conjunto de valores consagrados por el Estado Capitalista de Derecho entonces restablecido, legitimándolo.

En el año siguiente, aún así, se vislumbra la reacción del empresariado nacional. Meses después de su promulgación, se intensifican las críticas a la enumeración de derechos sociales en el texto constitucional y al modelo intervencionista estatal por éste adoptado, con fundamento en la ideología neoliberal. Predicando la retirada del Estado de las relaciones económicas, el empresariado pasa a atacar el derecho del trabajo con un énfasis creciente por su anacronismo, apresurado por el contexto internacional impactado por la caída del muro de Berlín que simbolizó el fin de los regímenes socialistas en la Unión Soviética y en otros países del Este europeo.

La desaparición del modelo alternativo al capitalismo organizado durante la campaña electoral presidencial de 1989, contribuyó a la consagración electoral del candidato apoyado por el estadofóbico¹¹ empresariado brasileño, y posibilitó el crecimiento hegemónico de la ideología neoliberal que caracterizó el cambio de siglo, contemporáneo de significativas metamorfosis en la gestión empresarial,¹² como se analizará en el tema siguiente.

Nuevas formas de gestión, legitimación del capitalismo y bienestar de las empresas.

En el cambio de siglo, las relaciones de producción capitalistas sufrieron cambios significativos, incluso en cuanto a sus modos de legitimación. Pero, como es sabido, las alteraciones en el mundo del trabajo, en la producción, fueron más profundas. Las propias técnicas de gestión del segundo espíritu del capitalismo fueron alteradas.

11 Expresión utilizada para caracterizar la versión más fundamentalista de la ideología neoliberal (RAMOS FILHO, 2008).

12 “Se estructuraba, aunque de modo incipiente [en esta época], el proceso de re-ingeniería industrial y organizacional, cuyos principales determinantes fueron el resultado: (i) De las imposiciones de las empresas transnacionales, que llevaron a la adopción, por parte de sus empresas subsidiarias en Brasil, de nuevos padrones organizacionales y tecnológicos, en mayor o menor medida inspirados en el toyotismo y en las formas flexibles de acumulación; (ii) De la necesidad, en el ámbito de los capitales y de sus nuevos mecanismos de competencia, de que las empresas brasileñas se preparasen para la nueva fase, marcada por una fuerte ‘competitividad internacional’; (iii) De la necesidad de que las empresas nacionales respondiesen al avance del nuevo sindicalismo y de las formas de confrontación y rebeldía de los trabajadores que procuraban estructurarse más fuertemente en los locales de trabajo, desde las históricas huelgas del ABC paulista, en los pos-78, y también en São Paulo, donde era significativa la experiencia de organización de base en las empresas” (ANTUNES, 2006 :18)

Después del fin del modo de producción alternativo, se esparció globalmente un nuevo modo de administrar los recursos humanos, estableciéndose y consolidándose, induciendo a lealtades, sumisión y servilismo al espíritu capitalista que entonces era engendrado. Con la desaparición de la competencia ideológica, o sea, con el fin de los regímenes de socialismo real, en cierta manera los capitalistas se sintieron a gusto para “rescatar los anillos cedidos” con anterioridad: desde el inicio del intervencionismo estatal, pasando por la propia construcción del Derecho del Trabajo como rama autónoma de la ciencia jurídica, hasta las concesiones a que se vio obligado frente a la crítica social de los años 60 y 70. El capitalismo gerencial de finales del siglo anterior ya no temía la “pérdida de los dedos”, habríamos llegado al “fin de la historia” (FUKUYAMA, 1992), representada por la definitiva victoria — ideológica— del mercado y de la democracia liberal sobre los ideales igualitaristas.

En el postfordismo característico del período, los postulados socialdemócratas que singularizaban el segundo espíritu del capitalismo, dejan, progresivamente, de ser valorizados. El deseo de construir una carrera con seguridad en el empleo, tutelado por una serie de garantías por parte de Estado, es sustituido ideológicamente por el deseo de mayor autonomía, por la hipervalorización del desarrollo personal, por el crecimiento institucional, por el involucramiento laboral proyecto a proyecto, intentándose envolver los trabajadores en los objetivos estratégicos empresariales, generando la expectativa de que el nuevo modelo de gestión pudiese propiciar más felicidad en tanto que permitía una mayor retribución monetaria y espiritual.

Obviamente, estos nuevos postulados generaban una capacidad de legitimación del sistema capitalista menor que el de aquel conjunto ideológico existente en el período anterior, pero ya no existía “la alternativa”, el capitalismo no necesitaría justificarse más para legitimarse. De cualquier forma, los conjuntos ideológicos de estos dos modos de gestión, de esos dos espíritus del capitalismo, pasan a convivir en los debates académicos, y no solo en las áreas de la administración de empresas o de la economía, sino también en el campo del derecho, apareciendo en el derecho del trabajo como una oposición entre la regulación estatal y la flexibilización.

Esta oposición binaria representa el peor momento en la breve historia del derecho del trabajo, en el cual ya no se discute la amplitud de los derechos y garantías (cantidad de anillos a ser cedidos para salvaguardar los dedos, o sea, la cantidad de derechos suficiente para salvaguardar la continuidad del capitalismo, régimen injusto por naturaleza por permitir la apropiación de la plusvalía); se pasa a discutir la propia necesidad de mantener los actuales niveles de protección, no siendo pocos los que, inclusive dentro del poder judicial laboral, pasan a defender la precarización de tales derechos.

Desde la consolidación hegemónica del segundo espíritu del capitalismo, con base en la doctrina de valorización del capitalismo gerencial, se desarrollaron mecanismos de gestión basados en el planeamiento en función de los objetivos fundamentados en valores como la descentralización y la meritocracia, atendiendo a las demandas de los propios ejecutivos de una mayor autonomía en sus actividades y la

adopción de la impersonalidad y de la eficiencia como criterios para los ascensos. En el periodo subsiguiente, tal sistema de motivación de los ejecutivos y de seducción de los demás trabajadores, en el sentido de adhesión a los valores por entonces defendidos, será estructurado a partir de la teoría normativa,¹³ que, aunque siga fundada en el capitalismo gerencial, organiza la crítica a las jerarquías empresariales instituidas por el segundo espíritu del capitalismo que, según la visión actual, conducirían a la excesiva e indeseable burocratización, en detrimento de la capacidad de lucro y de la eficiencia.

El nuevo sistema de legitimación capitalista busca la eficiencia mediante la flexibilidad y la defensa de un modelo en el que empresas ligeras, dirigidas por ejecutivos, profesionales impregnados de la ideología que se configuraba hegemónica, trabajarían en red, organizadas por equipos y orientadas a satisfacer a los clientes y los accionistas. Esa satisfacción debería ser alcanzada mediante la movilización general de los trabajadores, sea a través de la motivación proveniente de sus líderes, sea a través de la precarización de las relaciones en la producción,¹⁴ que creando temor por la pérdida de los puestos de trabajo induciría a la sumisión a costa del aumento de los niveles de ansiedad en el trabajo. La nueva teoría de la administración pasa a predicar políticamente la utilización del acoso moral gerencial como estrategia empresarial. Como bien observaron Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, “gran parte de los juristas del trabajo no reconocen de manera explícita la naturaleza fundamentalmente política de la empresa, pero la presuponen al considerar ineludible una estructura organizativa definida por la autoridad y la técnica funcional a las exigencias de la producción que constituye el interés de empresa, un equivalente de la imagen política de una ‘sociedad jerárquica pero sin clases contrapuestas’. En tanto que ámbito de poder ejercitado autoritaria y represivamente, no puede configurarse como un espacio ‘neutro’ indiferente a la lógica democrática” (BAYLOS; PÉREZ REY, 2009: 47).

13 Al contrario de describir los fenómenos que observan, las teorías normativas de la economía y de la administración de empresas describen lo que “debiera de ser” una administración eficaz, introduciendo la visión de un mundo diferenciada coherente con la ideología de fondo que preside ese contexto histórico, el neoliberalismo. Bajo el manto de la neutralidad, inmanente a la concepción tradicional de ciencia, opciones políticas son presentadas como resultantes de la naturaleza de las cosas y de la racionalidad que debe presidir la gestión, sea pública o privada.

14 La globalización de la economía y las transformaciones en los sistemas productivos alteraron profundamente las relaciones en el espacio de producción en este periodo. Estas relaciones son de dos tipos: las relaciones de producción, contractualmente establecidas entre el capital y el trabajo en el marco de la regulación estatal (y que constituyen en su conjunto la relación salarial), y las relaciones en la producción, que gobiernan el trabajo concreto realizado por los empleados durante el día de trabajo, relaciones entre trabajadores, entre estos y los supervisores, con gestores, con sus normas y reglamentos - la “cultura de la empresa”. Estos dos tipos de relaciones, siendo indisociables, tienen lógicas diferentes y en cada uno de ellos recae de forma diferente el impacto de las transformaciones recientes. Así, la flexibilización de las relaciones de producción significa invariablemente la precarización de la relación salarial, en cuanto la flexibilización *en* las relaciones de producción puede significar mayor autonomía del proceso de trabajo. De cualquier forma, los cambios que el capitalismo mundial continúa experimentando afectan el relacionamiento entre las dos categorías referidas. (RAMOS FILHO, 2009).

La precarización laboral, a partir de entonces, se constituye en estrategia organizacional cuyo objetivo es, sobretudo, político, en el sentido de que comprende un incremento en la dominación, por medio de dos nuevas técnicas, complementarias entre sí, de organización del trabajo, la calidad total y la evaluación individual de desempeño, ambas dirigidas al aumento de la productividad y la capacidad de lucro.

La primera técnica gerencial, la calidad total, instituye complejos sistemas internacionales de certificación y de gestión por proyectos, acompañados de la alteración en la modulación de la estipulación salarial (pago por resultados, por productividad, innumerables modalidades atípicas de remuneración, desde variadas formas de salario in natura hasta la constitución de un complejo sistema de premios por primas o en el sistema de stock-options). De acuerdo con los cánones de estas teorías normativas las empresas deberían mantener un núcleo estratégico de trabajadores considerados como esenciales y subcontratar, terciarizar, o como prefiere la jerga de los ejecutivos “externalizar” buena parte de las actividades empresariales. Esta nueva técnica asociada a tal modelo de gestión se funda en la búsqueda de trabajadores más competentes, flexibles, creativos y autónomos, para ser dirigidos por un coordinador, no por un jefe, como en los dos espíritus del capitalismo anteriores. Ese nuevo líder es el manager, que auxiliado por coachs o team leaders¹⁵ y por experts¹⁶ referenciados en sistemas informatizados de control, introducen los mecanismos sofisticados destinados a mantener a los funcionarios en un permanente estado de ansiedad productiva, garantizada por evaluaciones individuales, que se constituyen en la otra técnica de inducción de la dominación de la precarización laboral.

La segunda técnica, la evaluación individualizada de las performances, permite la maximización de los resultados, un mayor control parcelario de los tiempos en el proceso productivo, y un compromiso, motivado por la ansiedad, con las metas y objetivos fijados teniendo en vista la satisfacción de los clientes y de los detentores de los medios de producción, preferentemente vinculados a procesos

15 “Le team work ou travail en groupe constitue le cœur du système dans l’organisation du travail. Il repose sur la responsabilité collective du groupe, la polyvalence des membres du groupe, l’invention du team leader [...] Le team leader nommé parfois moniteur, chef de groupe, responsable d’unité est un collègue, choisi par le groupe ou l’encadrement, qui assure l’interface avec le reste de l’usine ou du service, sans avoir un pouvoir hiérarchique sur ses pairs. Il répartit les tâches, assure le suivi de production et de la qualité, gère les arbitrages entre différents indicateurs de performance affichés dans l’atelier [...] Il existe également des tableaux d’indicateurs communs à différents groupes d’un même process.” (ROCHEFORT, 2007: 56-57).

16 La visión de los líderes posee “las mismas virtudes que el espíritu del capitalismo, porque garantiza la adhesión de los trabajadores sin tener que recurrir a la fuerza, y otorga un sentido al trabajo de cada cual.” El término ejecutivo cae en desgracia, vinculado a burocracia, substituido por manager, designando “todos aquellos (con) gran capacidad para la animación de un equipo y el manejo de las personas, en contraposición con los ingenieros, más centrados en la técnica”, preparados para las incertidumbres y para la complejidad de los tiempos actuales. “Extraen la autoridad que hace de ellos unos ‘líderes’ de sus cualidades personales y no de una posición estatutaria. (...) Los managers son intuitivos, humanistas, inspirados, visionarios, generalistas y creativos.” Existen aún los coachs – que desarrollan los potenciales del personal de la organización – y los experts – que cuidan de saberes muy especializados e imprescindibles (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002: 125).

de remuneración variable como porcentajes de participación en los lucros y resultados.¹⁷

Este sistema, más allá de secuestrar la subjetividad de los trabajadores vinculando sus intereses a los intereses de la propia empresa, permite la substitución de empleados más experimentados y con salarios más altos por trabajadores más jóvenes, recién salidos de las escuelas técnicas o de las universidades, que no detentan el conocimiento general de la producción y, en consecuencia, son más fácilmente controlables.¹⁸ Las competencias y habilidades que cada trabajador consiga demostrar en esta evaluación individualizada pasan a ser más importantes que los diplomas universitarios específicos, surgiendo el concepto de empleabilidad¹⁹ como atributo personal, a ser individualmente buscado, sea por trabajadores menos cualificados, sea por aquellos con mayores responsabilidades en la estructura funcional de las empresas, ampliando el malestar en el trabajo, aunque propiciando el bienestar de los dueños del capital.

La estandarización de los procesos y su formalización, que caracterizaban el segundo espíritu, pasan a sufrir innumerables críticas, incluso por posibilitar la existencia inconveniente de un contrapoder sindical capaz de influir en los ritmos de la producción y por haber conducido a las empresas a una indeseable estructuración burocrática y jerarquizada en la cual todo debería ser planeado, nada relegado al acaso. La transparencia empresarial, el establecimiento de reglas impersonales en los reglamentos internos de las empresas, el combate a la discriminación por la introducción de mecanismos de combate a la discriminación (igualdad salarial, trato igualitario) y de solución democrática de las inevitables controversias derivadas de las relaciones de trabajo, de trato sucesivo y continuado, con base en el Derecho del Trabajo, pasan a ser percibidas por los teóricos del capitalismo globalizado

17 En Brasil, la participación en los lucros y resultados, bajo el nombre de PLR, “se introdujo definitivamente en los sectores más dinámicos de la economía brasileña. En las montadoras de automóviles es un ítem recurrente en las negociaciones sindicales, capaz de rivalizar en importancia con la fijación de reajustes salariales en la respectiva data-base. Tanto los órganos de representación de los trabajadores (sindicatos y comisiones de fábrica), como las empresas analizadas, son unánimes en señalar sus beneficios, aunque muchas veces por razones diversas. Para los primeros, la PLR es una oportunidad de ganancia extra, capaz de compensar en cierta medida las dificultades de un aumento salarial, más allá de propiciar una mayor aproximación por parte del sindicato de las cuestiones internas a las empresas, bien como de los propios trabajadores. Para las empresas es la oportunidad de reducir costes, de flexibilización del sistema remuneratorio y, también, de articulación de la forma de retribución del trabajo con los mecanismos de gestión típicos de las empresas modernas” (CAMPINHO, 2008: 154).

18 “*Pour les mettre en place, il faut se débarrasser de la conception traditionnelle de la qualité que est indissociable de la compétence et de l'expérience de métier. Le gens de métier seront donc 'mis au placard' pour neutraliser leur pouvoir critique et remplaces par des gestionnaires sans connaissances techniques, jeunes e malléables, de niveaux bac+2, censés contrôler chez les sous-traitants une qualité ... dont ils ne connaissent pourtant pas les ressorts techniques*” (DEJOURS, 2006 : 60).

19 “*Ainsi, surgit e se développe la notion de compétence en tant qu'outil de GRH. Le concept de compétence apparaît comme une combinaison dynamique et complexe de savoirs (connaissances théoriques) de savoir-faire (connaissances pratiques) et de savoir-être (comportements) concentrés dans une action et adaptés aux exigences d'une situation. C'est la possibilité pour un sujet de mobiliser ce qu'il sait et sait faire pour agir dans un contexte donné. De plus, les compétences professionnelles propres d'un individu doivent être transférables dans divers contextes d'emploi*” (GUERFEL-HENDA, 2007 : 146)

inspirado por el neoliberalismo como anacronismos perjudiciales (PERROT, PAS-QUIER, 2007)

En substitución del modelo de estructuración y de gestión empresarial característico de la época en la que el capitalismo tenía la necesidad de justificarse, la doctrina normativa que instaura el tercer espíritu del capitalismo propone una visión adhocrática (gobernanza ad hoc de los processus) que pueda integrar lo aleatorio y la incertidumbre en los procesos decisorios. El orden preestablecido, fundado en el Derecho, es substituido por un orden sometido a las perturbaciones internas y externas probables, en el cual a aquella división vertical del trabajo se superponen el trabajo en equipo y la sobrevalorización de la polivalencia como atributos individuales de la empleabilidad y de la deseada "organización procesal".

La gestión por resultados, característica de la primera fase capitalista, y la gestión por objetivos, esencial al segundo espíritu del capitalismo, procesos para los cuales el derecho laboral cumple la funcionalidad de definir claramente los papeles, prerrogativas y deberes de las partes de los contratos de trabajo, pasan a ser cuestionadas en su eficiencia. En la ideología que preside el tercer espíritu capitalista ambas pierden prestigio enfrente de la gerencia por proyectos presentada como técnica más eficiente en la racionalidad de la satisfacción del cliente subordinada a una lógica de satisfacción del accionista, del dueño del capital.²⁰ En esta nueva forma de planeamiento el gerente del proyecto no necesita necesariamente ser empleado de la empresa, función muchas veces delegada a consultorías externas y, por eso mismo, ajenas a la tutela del derecho del trabajo.

El referencial de competencia de cada puesto de trabajo pasa a ser mediado por su contribución a la respuesta a la expectativa de los clientes²¹ y de los accionistas, dentro de procesos de creación de valor. Tal competencia, como gesto mental, se inscribe, mucho más como una perspectiva organizacional procesal que funcional. La satisfacción de las expectativas, tanto la de los accionistas como la de los clientes, guardan relación con el modelo de organización, aunque cada una induzca a actitudes mentales y comportamientos diferentes, puesto que la primera incide sobre los procesos productivos y sus resultados, mientras que la segunda lo hace sobre las funciones y los órganos dentro de la empresa, componiendo un nuevo sistema de producción, también denominado como acumulación flexible, caracterizado por la lean production.

20 "Il s'agit de 'désautocentrer' les actions individuelles (effet de la bureaucratie) pour les auto-eco-centrer en une action collective destinée à répondre au mieux aux attentes des actionnaires en répondant au mieux à celles des clients. A cet effet les postes de travail ont été revisités et réécrits en termes de signes de compétence distribués en niveaux selon les domaines d'activité requis par le poste, ce qui permet d'évaluer la manière dont le titulaire du post répond, à son poste, aux attentes des clients et au-delà des actionnaires" (BRICE, MARCQ, 2007 : 135)

21 Para los efectos aquí pretendidos, reténgase que la *corporate governance* que, con el postfordismo viene a caracterizar el tercer espíritu del capitalismo, se proponía controlar apenas los altos dirigentes, ya no en la base de sanciones o recompensas, sino con la motivación e implicación de las personas, en un proceso de movilización permanente en una de las variaciones posibles del llamado "foco en el cliente".

Estas nuevas formas de gestión y los deseos de mayor autonomía y responsabilidades, de forma ambivalente, poseen alguna capacidad seductora, ya que el aumento de autonomía significa una disminución en la subordinación, si no al nivel de la realidad, por lo menos al nivel de la percepción que el trabajador tiene respecto de su realidad. Pero incluso así, tal aumento de autonomía y de responsabilidad a pesar de que puedan permitir una idea del trabajo más interesante en comparación con el trabajo totalmente normativizado del espíritu del capitalismo anterior, vienen acompañados de altos niveles de estrés y de trastornos psico-sociales (CHAUVIÈRE, 2008), resultantes de verdaderos procesos de acoso moral empresarial como consecuencia de la frenética necesidad de que sean alcanzadas las metas y las expectativas de la empresa y de sus accionistas (ROCHEFORT, 2007: 57).

Cuando el neoliberalismo se vuelve ideología dominante, por lo tanto antes de la crisis capitalista de 2008 que desnuda sus inconsistencias, el proceso de legitimación del capitalismo se encontraba ya bastante modificado. Aquellos derechos y garantías que habían sido asegurados por los pactos populista y socialdemócrata pasan a ser considerados como superfluos. Los derechos sociales, entre los cuales se encuentra el Derecho del Trabajo, que resultaron ampliados como respuesta a las críticas anticapitalistas y a los movimientos sociales contestatarios de los años sesenta y setenta pasan a ser considerados innecesarios, y no pocas veces, hasta abusivos. Ahora, no existiendo alternativa, el empresariado pasa a defender abiertamente la necesidad de pasar del bienestar social al bienestar empresarial, al argumento ideológico de que el primero y más importante derecho a ser asegurado sería el derecho al trabajo y, para eso, sería necesario un fortalecimiento de las empresas. En todo el mundo se asiste a procesos de regresión en el Estado del Bienestar Social para la construcción de un acelerado proceso de competitividad entre las naciones en el sentido de “atraer inversiones” extranjeras, y dentro de cada país entre las ciudades que recibirían tales inversiones (LARROUTOUROU, 2009: 70-125).

Aprovechando ese movimiento de reestructuración productiva que implicaba procesos de deslocalizaciones empresariales, eufemismo mediante el que se dieron a conocer los movimientos de cierre de fábricas en el centro capitalista y transferencia de unidades productivas para países de capitalismo periférico, en busca de lugares con costes de mano de obra más baratos, los países pasaron a precarizar aún más los derechos de los trabajadores, para hacer frente a la competitividad internacional. Con este fundamento, en Europa se han producido sucesivas reformas laborales, que han resultado en la creación de innumerables formas de contratos precarios, produciendo una importante dualización salarial, e influenciando la doctrina laboral en los países de economía periférica.

Este proceso de precarización de los derechos laborales, vislumbrable incluso en el Brasil no sólo en el plano legislativo (COUTINHO, 2009), sino principalmente en el plano de la jurisprudencia laboral, con el fin de ampliar el bienestar empresarial (RAMOS FILHO; NEGRISOLI: 2009) terminó por ampliar el malestar en el trabajo, multiplicando procesos de acoso moral empresarial, derivado de los métodos de gestión característicos del actual espíritu del capitalismo.

El malestar laboral en el capitalismo gerencial

Al tiempo en que se consideraba aconsejable justificar el capitalismo, en la búsqueda de legitimación de la legitimación permanente de este sistema, las relaciones entre las clases sociales posibilitaron la discusión ampliada de las condiciones de trabajo, en ellas incluidas no solamente las preocupaciones sobre la prevención de accidentes laborales y de los eventuales prejuicios a la salud frente de agentes insalubres, sino también preocupaciones sobre la salud mental de los trabajadores, aunque de modo restringido a los países del centro capitalista o a los polos capitalistas más desarrollados de cada país periférico individualmente considerado.

El malestar causado por los sistemas de vigilancia permanente del proceso productivo y de las conductas individuales de los trabajadores, el cual daba cadencia al ritmo de la producción característico de las relaciones capitalistas de trabajo hasta casi el final del siglo pasado, se vio ampliado por las nuevas formas de gestión peculiares del capitalismo gerencial.

Aquel malestar inherente a las relaciones de subordinación, resultantes de la compleja red de control de los empleados por parte de jefaturas y supervisiones superpuestas que caracterizaba la jerarquía empresarial fordista, se incrementó en el cambio de siglo en la medida en que agrega a tales factores nocivos a la salud de los trabajadores nuevos elementos, vinculados principalmente a su salud mental, resultante de la superposición de ansiedades, consistente en la fijación de metas individuales²² y colectivas a ser alcanzadas en cada unidad organizacional, siempre de modo competitivo, cobrando de los demás el cumplimiento de objetivos y padrones de calidad, todos vinculados a la satisfacción de los accionistas y de los clientes, preferentemente en este orden, como fue detallado en el tema anterior.

El control parcelar del tiempo y el acompañar las rutinas en la producción aliados al sistema de premios por productividad tenía la intención, en las fases anteriores del capitalismo, de mantener niveles controlados de ansiedad en los empleados para mantener el ritmo de producción.

Estimulados por la remuneración variable,²³ instrumento de manipulación subjetiva productor de ansiedad²⁴ introducido por el segundo espíritu del capitalis-

22 “*Capté par une ‘liberté d’action’ entièrement vectorisée par l’entreprise, poussé para l’idéologie de croissance à toujours aller au-delà de résultats personnels mécaniquement et froidement mesurés sur des échelles arbitraires, et ainsi forcément débordé à terme dans ses capacités maximales, éventuellement surveillé dans son moindre clic par l’ordinateur incontournable que ‘isole de ses collègues, avec lesquels il se trouve en compétition de gré ou de force, le travailleur est enfermé dans sa solitude existentielle par la ‘guerre de tous contre tous’ ... C’est ainsi que le stress étend son empire, poussant déjà certains salariés au suicide*” (MONESTIER, 2009 : 140).

23 Se cambia, por tanto, la propia forma de ser de la subordinación, que pasa a contar cada vez más con el de cada obrero o, en el nuevo léxico, colaborador. Las técnicas y los factores que impulsan esa mutación son diversas, pudiéndose incluir desde coacciones tradicionales relacionadas al amplio ejército industrial de reserva, hasta avances tecnológicos mas recientes ligados a la microelectrónica, que posibilitan nuevas formas de control. Ahora, el énfasis mayor de este trabajo se relacionará con un aspecto específico: el cambio en el rígido padrón de remuneración fordista con la reciente regulación de una forma más flexible de pago, ligado principalmente al cumplimiento de metas por parte de los trabajadores (CAMPINHO, 2006: 61).

24 “La ansiedad responde entonces a los ritmos de trabajo, de producción, a la velocidad y, a través de

mo, se esperaba que los empleados superasen el agotamiento y continuasen produciendo, al ritmo y en las condiciones que les habían sido determinados. Ese modo de gestión aliado a la red de protección social de la cual el derecho del trabajo es una de las manifestaciones, caracterizaron a lo largo del siglo XX el modelo fordista de producción fundado en la intensificación, en la productividad y en la economicidad.²⁵

En los nuevos modos de gestión implementados en el cambio de siglo persiste la repetitividad del trabajo taylorista-fordista, pero de forma “desespecializada” por la adopción del principio de la polivalencia de los empleados, capturando la subjetividad de los trabajadores, por el compromiso de éstos con los objetivos empresariales,²⁶ y no apenas en los ambientes fabriles, sino en todos los sectores económicos, incluso en los sectores de prestación de servicios, induciendo lealtades mediante un sistema sofisticado de coacciones diversas.²⁷

Aunque continúen provocando ansiedad por la posibilidad de pérdida de los empleos en caso de que las expectativas de los empleadores no sean alcanzadas, como en las fases capitalistas anteriores, los modernos sistemas de control amplifican tal ansiedad fundamentalmente por dos motivos, ambos configurando acoso moral institucional. Primero a razón del aumento de la intensidad del trabajo.²⁸ Después, en función de las posibilidades de control difusas por la introducción de nuevas tecnologías y de sistemas informatizados de gestión.

esos aspectos, al salario, a los premios, a las bonificaciones. La situación del trabajo por producción es completamente impregnada por el riesgo de no acompañar el ritmo impuesto” (DEJOURS, 1992: 73)

25 “La intensificación consistía en reducir el tiempo de producción, con la utilización rápida de los componentes y materias primas y la inmediata disponibilización de la mercadería para la compra. La productividad se traducía en la optimización de la capacidad productiva de cada trabajador, o sea, principalmente acelerar el trabajo con la imposición del ritmo por la cinta. Y la economicidad pretendía reducir el volumen de la materia en curso, con la oferta y venta de mercadería antes del pago de los salarios y de las materias primas” (ARAÚJO, 2006: 49).

26 El postfordismo utiliza nuevas técnicas de sumisión, entre las cuales se encuentran los programas de incentivos a la creatividad de los empleados y a las sugerencias para el aumento de la productividad, dando la idea de que el trabajador está insertado en la empresa, formando parte del proceso productivo y con “conocimiento” de la producción, configurándose en “nuevo nivel de apropiación gratuita de las fuerzas naturales de trabajo social, sin ningún coste para el capital” (ALVES, 2000: 35).

27 La nueva economía provoca un alto grado de competitividad y de inseguridad en la empresa. Entretanto, por la uniformidad que demanda, genera una intolerancia hacia la diferencia, como aquel que se aleja del patrón esperado por la empresa, que discuerda, contesta, denuncia, pues es del nuevo estado de las cosas la sumisión y la obediencia. Por otro lado, hay una acumulación de atribuciones, de nuevas tareas, a un mismo empleado, del que se espera polivalencia; fuente de economía de costes, a la vez que evita la contratación de otros obreros para que cumplan la actividad por él desarrollada (MENEZES, 2003: 293)

28 “En effet, depuis le début des années 1980, à la suite d’innovations dans les organisations de travail, les pénibilités déclarées par les salariés sont en augmentation très nette, tant sur le plan des efforts physiques (port de charges lourdes, mouvements répétitifs, expositions à des nuisances, etc.) qu’en termes de charge mentale (vigilance constante, polyvalence imposée, situations de tensions avec les collègues ou le public...). Contrairement à une représentation du travail moderne comme ‘dématérialisé’ et allégé grâce aux progrès technologiques, ces résultats rappellent que les pénibilités sont loin d’avoir disparu. Dans nombre de secteurs, elles s’accroissent même, sous l’effet de la règle d’urgence et du resserrement drastique des contraintes de temps (raccourcissement des délais, fréquentes interruptions des tâches, obligations de toujours se dépêcher, exigence de réponse immédiate à la demande du marché)” (HÉLARDOT, 2009 : 22).

Al privilegiar la contratación de trabajadores polivalentes, volcados a la atención de los intereses de los propietarios de los medios de producción y de los clientes, las condiciones de la prestación laboral implican unas tasas de ansiedad más altas en comparación al periodo anterior, por la intensificación del trabajo implícita en tal sistema. De hecho, más allá del cliente externo y sus protocolos de calidad, auditores y controllers, nuevos métodos de gestión construyeron el concepto de cliente interno, por lo que cada unidad productiva es considerada como proveedora de la siguiente, de modo que eventuales atrasos o imperfecciones en el trabajo perjudican el cliente interno y, algunas veces, al sistema de remuneración de los integrantes de aquella unidad productiva consumidora del resultado del trabajo de la unidad productiva proveedora.²⁹ Teniendo en cuenta que cada unidad productiva es al mismo tiempo cliente interno y proveedora de varias otras unidades productivas, queda amplificado el sistema interno de cobro de resultados, intensificando no solamente el trabajo de cada empleado y de su equipo, sino también los niveles de estrés y de ansiedad difusos en todo el proceso productivo.

El aumento de la ansiedad en el trabajo es garantizado también por la instalación de sistemas integrados de gestión, como las varias versiones de los llamados enterprise resource plannings, más conocidos por la sigla ERP,³⁰ y también por innumerables formas sofisticadas de contraste de la productividad, desde la individual, pasando por la medición de la productividad de los sectores, de las unidades productivas hasta el nivel más general de la rentabilidad a los accionistas. Estas herramientas de gestión acaban induciendo decisiones empresariales bajo el manto de la racionalidad científica, como si “el sistema” estuviese imponiendo comportamientos y deliberaciones, de entre las cuales las relativas a la “violencia del poder privado” (BAYLOS; PÉREZ REY, 2009 : 44), al despedir trabajadores en nombre de los intereses de la empresa, amplificando la ansiedad de los empleados, los niveles de estrés (CATALDI, 2002) y el malestar laboral.

El acoso moral y la moral del acoso empresarial.

El conjunto de consecuencias para la salud mental de los trabajadores derivadas de las nuevas prácticas que caracterizan este capitalismo gerencial que prescinde de legitimación, ha recibido y recibe variados apodos, como mobbing, acoso moral organizacional, síndrome de burn-out,³¹ acoso psíquico empresarial, bossing, bullying,

29 “*Chaque unité de production devient ‘fournisseur’ de la suivante qui est son ‘client’ et qui manifeste donc ses exigences, impose ses contraintes et formule ses récriminations*” (DANIELLOU, 2006 : 30).

30 ERP es la denominación genérica de programas que permiten la integración de los diversos sistemas informáticos de varias unidades productivas en un banco de datos común, permitiendo un rápido intercambio de informaciones con el objetivo de ampliar el retorno financiero. Cada sector se transforma en cliente interno y proveedor de otros sectores, generando rutinas preestablecidas no solo para acelerar los procesos productivos, disminuyendo la burocracia, traza de mensajes, procesos decisorios sin importancia estratégica, pero también para controlar la calidad de los trabajos prestados http://wnews.nol.com.br/site/noticias/materia_especial.php?id_secao=17&id_conteudo=452

31 “Burn Out”, expresión inglesa: aquello que dejó de funcionar; derivado del argot, significa aquél que se estropeó por el uso. Esta enfermedad se caracteriza por el agotamiento físico, psíquico y emocional, resultante de trabajo en condiciones muy estresantes, provoca disturbios mentales y psíquicos que tienen como efecto consecuencias como: estrés, hipertensión arterial, pérdida de memoria, aumento de peso y

Siendo así, tampoco tiene mucho sentido buscar elementos psicológicos que permitiesen un estudio victimológico³² en el acoso moral empresarial. Aunque tuviese algún sentido inquirir sobre una eventual posibilidad de la víctima de sufrir algún tipo de manía persecutoria en los casos de acoso moral perverso, tal investigación no tendría sentido en el acoso moral empresarial principalmente por tres razones. Primeramente, porque si el acoso moral empresarial resultara de características enfermizas de las víctimas, como esquizofrenia o depresión, se haría necesario concluir la existencia de una epidemia de esas enfermedades en la sociedad capitalista contemporánea. Después, aunque hubiese tal epidemia de esquizofrenia no bastaría simplemente con constatarla, manteniéndose la necesidad de buscar sus causas. Finalmente, porque de la misma forma que no se puede culpabilizar a las víctimas de otros tipos de violación de derechos fundamentales vinculados al trabajo (como la neo-esclavitud³³ y el constreñimiento sexual³⁴), por sus eventuales conductas permisivas, tampoco se puede atribuir a las víctimas de acoso psíquico empresarial la culpa por haber sido molestadas. La violencia en el caso del acoso moral empresarial es estructural, resulta no sólo del poder directivo de los empleadores, sino sobre todo, deriva de los modos de gestión característicos del capitalismo contemporáneo.

Estas nuevas formas de gestión implican prácticas institucionales reiteradas y la ampliación de los niveles de ansiedad en los empleados, sea en cuanto al establecimiento de metas, sea en cuanto a la intensidad impuesta en la prestación laboral y sus consecuentes mecanismos de control, que terminan por causar serios trastornos de salud de los subordinados. En este sentido, el propio modo de gestión, caracterizado por micro-traumatismos a lo largo de un determinado período,³⁵ configura la reiteración inherente al concepto de esas prácticas empresariales antijurídicas, aquí denominadas como acoso moral empresarial.

Tampoco contribuye a la comprensión del carácter casi universalizado de los procesos de acoso moral empresarial, en la actualidad de las relaciones de trabajo fundadas en los modernos métodos de gestión, la tentativa de diluir su existencia en la historia, como siendo algo que siempre existió en el capitalismo. Es evidente que

depresión, entre otros problemas.

32 En Francia, la victimología pasó a ser una especialidad en el área médica, y consiste en analizar las razones que llevan un individuo a volverse víctima, los procesos de victimización, las consecuencias a las que inducen y los derechos que pueden pretender (PAMPLONA FILHO, 2003).

33 BRASIL CÓDIGO PENAL: Art. 149. Reducir a alguien a condición análoga a la de esclavo, sea sometiéndole a trabajos forzados o a jornada exhaustiva, sea sometiéndole a condiciones degradantes de trabajo, sea restringiendo, por cualquier medio, su locomoción a razón de la deuda contraída con el empleador o precosto: Pena-reclusión, de dos a ocho años, y multa, además de la pena correspondiente a la violencia.

34 BRASIL CÓDIGO PENAL: Art. 216-A. Constreñir a alguien con el objetivo de obtener ventaja o favoritismo sexual, prevaleciéndose el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función: Pena – detención, de 1 (un) a 2 (dos) años.

35 “Cualquiera que sea la definición adoptada, el acoso es una violencia subrepticia, no señalable, pero que, aún así, es muy destructiva. Cada ataque tomado de forma aislada no es realmente grave; el efecto cumulativo de los micro traumatismos frecuentes y repetidos es lo que constituye la agresión” (HIRIGOYEN, 2002: 17).

las relaciones de trabajo capitalistas, fundadas en el poder directivo derivado de la violencia económica, desde siempre causaron ansiedad, estrés, y desaliento a aquellos que se veían en la contingencia de necesitar vender la fuerza de trabajo para sobrevivir. Todavía, en los actuales métodos de gestión empresarial, esta violencia psíquica se reviste de características muy diferentes, por constituirse en estrategia empresarial fundada en el miedo³⁶ para inducir la sumisión de los empleados a los objetivos de la empresa, con el objetivo de maximizar lucros.

Por otro lado, si en las demás clases de acoso moral la intencionalidad es fundamental, no ocurre lo mismo en el acoso moral empresarial. De hecho, en las hipótesis de acoso moral estratégico, resulta razonable la exigencia de la comprobación del dolo del sujeto activo del acoso, en el sentido de constreñir a la víctima a solicitar su autoexclusión de la empresa. Del mismo modo, en el caso del acoso moral perverso, parece natural que la víctima deba comprobar que la actitud del pretensor asediador pretendiese causarle trastornos psíquicos, destruyendo o proponiéndose destruir su salud mental. Ya en el acoso moral empresarial esa discusión sobre la intencionalidad carece de importancia. Lo que causa el daño físico no es ni la perversión del agente, ni una estrategia patronal que pretenda excluir el empleado de la empresa, sino la manera mediante la cual la empresa es dirigida. No se está sustentando que los empleadores no tengan derecho al lucro en el ámbito de relaciones de trabajo capitalistas. Esto sería una incongruencia una vez que tales relaciones se basan exactamente en la autorización concedida por el derecho del trabajo para que la mayor parte del resultado del trabajo del empleado sea apropiada de modo gratuito por el empleador, bajo la forma de plusvalía. Lo que se pretende subrayar es que el aumento de la intensidad del trabajo y de los niveles de ansiedad que de él resultan, en las condiciones preconizadas por los métodos de gestión contemporáneos del neoliberalismo y del capitalismo que prescinde de justificación, por su reiteración, genera circunstancias de acoso moral empresarial. Siendo así, no tiene sentido indagar sobre la eventual intencionalidad de causar el daño. El daño es objetivo, resultante del capitalismo gerencial, cuya moral se configura por la búsqueda del aumento de la productividad y la rentabilidad. Estas nuevas formas de gestión permitieron que, en los últimos treinta años, el incremento de la productividad de las empresas fuese mayor que el de los doscientos años anteriores, periodo durante el cual la participación de los salarios en el PIB de los países fuese significativamente reducida, a merced de innumerables precarizaciones (LARROUTOURO, 2009: 102 e segs.) y del aumento del malestar laboral, con graves consecuencias para la salud de los trabajadores.

36 “En muchas empresas reina un clima de indiferencia o sospechas recíprocas, cuando no de miedo [...] aún cuando las direcciones se esfuerzan para crear una atmósfera de colaboración, casi siempre la convivencia tiene un aire artificial, forzado; fiestas de trabajo y reuniones son siempre un poco patéticas. Los grupos, las alianzas, el bando de lameculos, son siempre grupos minados por la desconfianza, la transitoriedad y la pretensión de hacer carrera. Muchos colaboradores pasan toda la vida como uña y carne con los jefes y compañeros de trabajo, sin abdicar del trato formal solo por una cuestión de compostura exigida por la jerarquía y por el clima de impersonalidad impuestos por la empresa. No son raros los casos en que alguien se vuelve el blanco de persecuciones, chivo expiatorio, objeto de mobbing” (DE MASI, 2000: 210).

Un esfuerzo significativo es desarrollado por parte de la doctrina para sustentar que el ejercicio arbitrario del poder directivo sería algo esencialmente distinto del acoso psíquico empresarial. Según esta línea de argumentación, aunque ambos puedan causar daño al empleado, no caracterizarían acoso moral empresarial las prácticas empresariales arbitrarias, aunque se reconozca que las mismas “tienen un papel preponderante en la salud psicológica del ambiente de trabajo, y ya está científicamente probado que un ambiente de trabajo donde reina la denominada ‘administración por estrés’ es laboratorio de prácticas éticamente nefastas, creadores de chivos expiatorios para desahogo de las frustraciones colectivas e individuales (GUEDES, 2003: 163), por considerar distinta y diversa la motivación de la violencia practicada. Al pretender construir una teorización unitaria para las varias clases de acoso moral, tales esfuerzos doctrinarios acaban invisibilizando ciertas prácticas patronales que atentan a la salud mental de los empleados confundiendo dos clases diferentes del género acoso moral. El acoso moral perverso, consistente en la administración por injuria, agrediendo verbalmente a los subordinados jerárquicos, creando un ambiente de trabajo hostil y tenso, difiere bastante del acoso moral empresarial. En este, los métodos de gestión implantados pretenden un mayor aprovechamiento de la mano de obra, imponiendo condiciones de trabajo más favorables a los intereses de la empresa y de sus accionistas o controladores. En la otra clase, en el acoso moral perverso, el abuso de poder directivo aunque también pretenda, por medio de insultos, aumentar la intensidad del trabajo, resulta no de los métodos de gestión, sino del ejercicio arbitrario del poder directivo.

Las perspectivas teóricas que confunden las dos primeras clases de acoso moral con el acoso moral empresarial, no entienden que en aquellas el objetivo del acoso sería “molestar a la víctima”, sea para obligarla a desligarse de la empresa (estratégico), sea para destruirla psíquicamente (perverso) practicando violencia psíquica.³⁷ En el caso de acoso moral empresarial, el objetivo sería otro: sólo aumentar la productividad de los negocios, en beneficio de los detentores de los medios de producción y de los clientes, a costa del aumento del malestar laboral. Esa sería “la moral del capitalismo gerencial” (GAULEJAC, 2009: 236).

Siendo así, tanto la intencionalidad de causar daño como la motivación del agresor al practicar los actos que alcanzan la esfera de la salud mental de los empleados no son significativos para la materialización del acoso moral empresarial o del derecho a la reparación derivada. El acto es antijurídico cualquiera que sea la motivación de la empresa que practica o permite que se practique en su nombre el

37 “La violencia psíquica en el trabajo puede ser descrita como un conjunto de comportamientos que ofende y humilla, una vez que es constituida de actos o procesos agresivos, los cuales transgreden las reglas que garantizan la armonía y la convivencia social en el contexto del trabajo, en determinada cultura. Se origina en una relación social de imposición, con uso del poder, en forma de amenaza, o como hecho concreto, en la práctica de acciones abusivas o omisiones en el ámbito de las relaciones de trabajo [...] La violencia psicológica en el trabajo se caracteriza mediante instrumentos coercitivos (explícitos y sutiles) o por hechos y situaciones de uso intenso y desproporcionado de fuerza, permeadas de exageraciones, abusos, malos tratos, aislamiento, persecución, humillación, intimidación, manipulación, amenazas, constreñimientos y presiones exageradas” (SOBOLL, 2008: 141-142)

acoso moral empresarial, o sea, aunque esté “solamente” pretenda el aumento de su eficiencia o de su capacidad de lucro, a diferencia de lo que ocurre en las otras modalidades de acoso moral. Tanto en el acoso estratégico que busca forzar a la víctima a auto-desligarse de la empresa, como en el acoso perverso, por intermedio del cual se busca destruir psicológicamente a la víctima, el derecho a la reparación resulta de la motivación y de la intencionalidad en el acto agresor y de su comprobación. En el acoso moral empresarial la intención y la motivación son irrelevantes. Lo que importa es el resultado, el ambiente laboral con potencialidad de crear y desarrollar enfermedades psíquicas por el incremento en los niveles de ansiedad, de frustración y de estrés, resultante de los modos de gestión empleados.

En consecuencia, en el caso del acoso moral empresarial, la prueba del daño efectivo tampoco es esencial, o sea, no es la existencia efectiva del daño lo que transforma un acto lícito de gestión en práctica ilícita de acoso psíquico empresarial.

Lo que caracteriza el acoso moral empresarial es la propia práctica de métodos de gestión que se configuran como acoso por parte del empleador o de sus prepuestos, aunque por mediación de prácticas empresariales impersonales. Así, es la conducta concreta de la empresa que configura el acoso empresarial y no el efecto de tales prácticas en la subjetividad de los empleados,³⁸ de modo que, aunque ineficiente para destruir psíquicamente algunos de entre sus empleados, el acoso psíquico empresarial será siempre antijurídico.

Finalmente, parte de la doctrina pretendiendo dificultar o invisibilizar la reparación de los daños causados por los “modernos” métodos de gestión pasa a sustentar la necesidad de comprobación por parte de la víctima de la relación entre el efecto y la causa, entre las conductas de acoso moral empresarial y el resultado generado en cada empleado individualmente considerado,³⁹ de modo a verificar si de la acción del empleador derivan las consecuencias para la esfera psíquica del empleado. Aunque para las demás clases de acoso moral el nexo causal y la compro-

38 En cuanto al último elemento (daño psíquico), nosotros lo consideramos indispensable, con la venia de innumerables posiciones contrarias. El concepto de acoso moral deberá ser definido por el comportamiento del asediador, y no por los resultados dañinos. Además, la Constitución vigente protege no sólo la integridad psíquica, sino también moral. Al exigirse el elemento alusivo al daño psíquico como indispensable al concepto de acoso moral, tendríamos un mismo comportamiento caracterizando o no la figura ilícita, conforme al grado de resistencia de la víctima, quedando sin punición las agresiones que no hayan conseguido doblar psicológicamente a la persona. Y más, al admitirse el daño psíquico como elemento del acoso moral, el terror psicológico se convertiría en un ilícito sujeto a la mente y a la subjetividad del ofendido (BARROS, 2006: 890).

39 Según esta línea de pensamiento, para que se configurase el nexo causal entre los trastornos de salud del trabajador y los métodos de gestión empresarial, además del examen clínico (físico y mental) y los exámenes complementarios, cuando fueran necesarios, el médico que actuase como perito judicial debería considerar aspectos como “la historia clínica y ocupacional, decisiva en cualquier diagnóstico y/o investigación de nexo causal; el estudio del local de trabajo; el estudio de la organización del trabajo; los datos epidemiológicos; la literatura actualizada; la ocurrencia de un cuadro clínico o subclínico en el trabajador expuesto a condiciones agresivas; la identificación de riesgos físicos, químicos, biológicos, mecánicos, estresantes y otros; la declaración y experiencia de los trabajadores; los conocimientos y las prácticas de otras disciplinas y de sus profesionales, sean o no del área de la salud” (DARCANCHY, 2006: 24).

bación de las consecuencias en la esfera psicológica de la víctima tengan algún sentido, en el caso del acoso moral empresarial tales exigencias son inadmisibles, puesto que no es la existencia del daño efectivo en todas las víctimas lo que caracteriza el psicoterrorismo empresarial, sino la mera existencia de prácticas de gestión volcadas al incremento de los niveles de estrés y ansiedad lesivos a la salud mental de los empleados. En este tipo de acoso moral institucional, las prácticas impuestas por el capitalismo gerencial endosadas a los empleados sujetos a aquellas directrices podrán tener impactos e intensidades distintas en cada trabajador, individualmente considerado, causando no solo enfermedades emocionales, como el estrés, la depresión o el síndrome de burnout, sino también enfermedades de otra naturaleza, como problemas glandulares, digestivos o de alimentación, como la anorexia o la obesidad.⁴⁰

En resumen, aunque el acoso moral empresarial sea una de las clases de acoso moral que viene caracterizando las relaciones capitalistas de trabajo en el inicio del siglo presente, por resultar de las prácticas gerenciales unilaterales de amplitud colectiva, con naturaleza jurídica de regulación de empresa y como manifestación de la violencia del poder privado, no contribuye a la disminución de la complejidad de su análisis la tentativa de construcción de una dogmática unitaria para todas sus manifestaciones concretas. Las demás clases de acoso moral laboral, sea el estratégico, sea el perverso, objetivan interferir en la salud psíquica del empleado o de un número restringido de personas, en el ámbito laboral. En lo que se refiere al acoso moral empresarial, analizado a lo largo de este artículo, por resultar de métodos de gestión fundamentados en la ideología neoliberal e instrumentalizados por el capitalismo gerencial, su dogmática implica consideraciones de orden diverso, comprendiendo el fenómeno en su dimensión colectiva, para explicar la intrigante cantidad de denuncias de prácticas de acoso moral empresarial en la contemporaneidad.

Referencias Bibliográficas

ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho : reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo. A Era da Informatização e a época da informalização. In ANTUNES, Ricardo (org). Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. São Paulo: Ed. Boitempo, 2006;

ARAÚJO, Adriana Reis de. Assédio Moral Organizacional. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br/>>. Acesso em: 10.05.2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho . 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

BIDET, Jacques et DUMÉNIL, Gérard. Altermarxisme: un autre marxisme pour un autre monde. Paris : Ed. PUF, 2007.

40 “El terror psicológico provoca en la víctima daños emocionales y enfermedades psicosomáticas, como alteraciones del sueño, trastornos alimentarios, disminución de la lívido, aumento de la presión arterial, desánimo, inseguridad, entre otros, pudiendo acarrear cuadros de pánico y de depresión. En casos extremos, tales cuadros mórbidos pueden llevar a la muerte o al suicidio” (CAIXETA, 2002: 65).

BOLTANSKI, Luc. y CHIAPELLO, Ève. “El Nuevo Espíritu del capitalismo”. Madri : Ed. Akal, 2002

BRICE, Hélène et MARCQ, Joël. Une passage difficile vers logique compétence : cas Enercop. In: LE ROUX, Serge et MARCQ, Joël. LE TRAVAIL, Formes récentes et nouvelles questions. Dunkerque: L’Harmattan, 2007, pp.125-143).

CAIXETA, Sebastião Vieira. O assédio moral nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10. Região . Brasília, DF, v.11, n.11, p.-60-70, (jan./dez. 2001 a jan./dez. 2002);

CAMPINHO, Fábio de Almeida Rego. Participação nos lucros ou resultados: subordinação e gestão da subjetividade, dissertação de mestrado, UFPR: 2006, <http://dspace.c3sl.ufpr.br:808/dspace/bitstream/1884/4803/1/Disserta%C3%A7%C3%A3oF%C3%A1bioCampinjo.doc.pdf>

CATALDI, Maria José Giannella. O stress no meio ambiente de trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

CHANDLER, Alfred. Ensaios para uma teoria histórica da grande empresa. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

CHAUVIÈRE, Michel. Trop de gestion tue le social. Paris: Desclée de Brouwer, 2008.

COUTINHO, Grijalbo. O Direito do Trabalho flexibilizado por FHC e Lula. São Paulo: LTr, 2009 ;

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade civil no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DANIELLOU, François. Les mondes du travail, in Théry, Laurence. Le travail intenable. Paris : La Découverte, 2006, pp. 19-82 ;

DARCANCHY, Mara Vidigal. Assédio moral no meio ambiente do trabalho. Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v.22, n.262, p. 24-33, out. 2005.

DE MASI, Domenico. O ócio criativo. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEJOURS, Chistophe. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho . 5. ed. ampliada São Paulo: Cortez, 1992.

_____. La flexibilité, ou l’autre nom de la servitude. In : HUSSON, Michel. Travail flexible, salariés jetables. Paris: Ed. La Découverte, 2006, pp. 53-63 ;

DRUCKER, Peter F. O Melhor de Peter Drucker: o Homem, a Administração e a Sociedade. São Paulo: Ed. Nobel, 2001.

FUKUYAMA, Francis. O fim da história e o último homem. Rio de Janeiro: Ed. Rocco 1992;

GALBRAITH, John Kenneth. O novo estado industrial. São Paulo: Editora Pioneira, 1983, 2º edição.

GAULEJAC, Vincent de. La société malade de la gestion: ideologia gestionnaire, pouvoir managérial et harcèlement social. Paris, Éditions du Seuil, 2009.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

GUERFEL-HENDA, Sana. Validation des acquis d’expérience: source de

développement des compétences et d'innovation au niveau de la gestion des ressources humaines (GRH). In: LE ROUX, Serge et MARCQ, Joël. LE TRAVAIL, Formes récentes et nouvelles questions. Dunkerque: L'Harmattan, 2007, pp.145-164;

HÉLARDOT, Valentine. Les salariés face à la dialectique santé-travail précarisé, Paris: Revue Mouvements, numéro 58, abril-junho, 2009, pp. 21-28 ;

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000

_____. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JEAMMAUD, Antoine. Les Fonctions du Droit du Travail, in Droit Capitaliste du Travail, Grenoble, 1980

LARROUTOUROU, Pierre. Crise: la solution interdite. Paris: Desclée de Brouwer, 2009.

MENEZES, Claudio Armando Couce de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. Revista LTr - legislação do trabalho . São Paulo, v.67, n.3 (março/2003), p.291-294;

MONESTIER, Jean. Aux racines de tous les stress. Paris: Revue Mouvements, numéro 58, abril-junho, 2009, pp. 136-144 ;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho. Revista LTr, São Paulo, a.67, maio 2003.

PERROT, Marie-Dominique; PASQUIER, Jean- Noël du. Ordres et Désordres de l'esprit gestionnaire. Lousanne: Realités Sociales Ed., 2007;

RAMOS FILHO, Wilson. O Fim do Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Arbitragem. São Paulo: Ltr, 1999;

_____. Direito, economia, democracia e o seqüestro da subjetividade dos juslaboralistas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, páginas 147 a 166, 2001;

_____. Delinquência patronal, repressão e reparação. Revista Trabalhista Direito e Processo, ano 7, número 28, outubro a dezembro, 2008, pp. 129 a 148;

_____. Crise capitalista, duração do trabalho e gestão empresarial. Revista Direitos Fundamentais et Justiça, Programa de mestrado e doutorado em Direito da PUCRS, Ano 3, número 6, janeiro a março de 2009, pp. 177 a 205;

RAMOS FILHO, Wilson e NEGRISOLI, Fabiano. Monitoramento e rastreamento do e-mail do empregado pelo empregador: precarização judicial aos direitos fundamentais de privacidade e de sigilo de correspondência. São Paulo: 2009;

ROCHEFORT, Thierry. Nouveau modèle productif et crise du travail: une approche sociologique en terme de configurations productives conflictuelles. In : LE ROUX, Serge et MARCQ, Joël. LE TRAVAIL, Formes récentes et nouvelles questions. Dunkerque: L'Harmattan, 2007, pp. 43-76;

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. Assédio moral no âmbito da empresa. Paulo: LTr, 2006.

EL ACOSO MORAL EMPRESARIAL COMO ACTO DE VIOLENCIA DEL PODER PRIVADO: BIENESTAR
EN LAS EMPRESAS Y MALESTAR LABORAL EN BRASIL

SIMM, Zeno. Acoso psíquico no ambiente de trabalho. Manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral/organizacional. São Paulo: Casa do Psicólogo Livraria e Editora, 2008.

SUPLICY, Eduardo Matarazo. Sobre o legado de John Kenneth Galbraith. Revista de Economia Política, vol.26, no.4, São Paulo: 2006;

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

EL CRIMEN Y EL CONTROL DEL DELITO: LA IRRACIONALIDAD DECLARADA Y LA RACIONALIDAD MATERIAL DE LAS POLÍTICAS EN MATERIA CRIMINAL (CRIME AND ITS CONTROL: THE DECLARED IRRATIONALITY AND THE MATERIAL RATIONALITY CRIMINAL POLICIES)

FERNANDO TENORIO TAGLE¹

RESUMEN: La política criminal dominante en las sociedades modernas contemporáneas observa líneas de homogeneidad, sin que éstas hayan ayudado a disminuir o prevenir el aumento de la criminalidad. Por otro lado, esta misma política criminal tiene características etnocéntricas, a través de la cuales, las clases dominantes criminalizan a lo otro, a la pobreza. En estas circunstancias, un replanteamiento y una emergencia de un política criminal alternativa, que resignifique la dignidad humana y permita un plano de verdadera universalización de lo humano.

PALABRAS CLAVES: Securitismo global, política criminal alternativa, Derecho penal moderno y etnocentrismo, criminalización de la pobreza, capitalismo avanzado

ABSTRACT: The dominant criminal policy in contemporary modern societies shows signs of homogeneity, nevertheless this homogeneity has not help to reduce or prevent the raise of criminality. On the other hand, this same criminal policy has ethnocentric characteristics, through which, the dominant classes criminalize the other, poverty. In these circumstances, the need of reconsideration towards an alternative criminal policy, that redefines human dignity and allows the emergence of a new and true human universal.

KEY-WORDS: Global securitism, alternative criminal policy, Modern criminal law and ethnocentrism, criminalization of poverty, advanced capitalism

Introducción.

Las manifestaciones del fenómeno criminal, como aquellas otras de las instancias formales que las enfrentan, van modificándose conforme las sociedades sufren transformaciones estructurales y, en consecuencia, las interpretaciones de la realidad van modificándose también debido a esas transformaciones². Así las cosas, las antiguas categorías que diferenciaban entre criminalidad convencional y no convencional³, por ejemplo, no parecen hacer inteligible estas nuevas manifestaciones de la cuestión criminal. Por otra parte y a este mismo respecto, puede afirmarse que la actual emergencia de la seguridad frente al delito que en buena medida ha sido construida por las instancias oficiales y los medios masivos de comunicación, es una cuestión no

1 Profesor investigador Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, ftenorio2010@hotmail.com. Recibido el 8 de marzo de 2010, aceptado el 21 de mayo de 2010.

2 Las transformaciones en cuestión no se presentan de manera “natural”, sino que éstas obedecen a las actividades intelectuales (avances de la ciencia y de la tecnología) que, incidiendo en la realidad la transforman y con ello, modifican, es decir, construyen, nuevas prácticas sociales. Un ejemplo didáctico a este respecto lo proporciona Beck al hablar del arado, el ferrocarril y el chip, cuya presencia propició nuevas relaciones sociales. (Beck, Ulrich: 1998). En cuanto al control del delito, considérese, entre otros, a Melossi D. y Pavarini M.: 1989)

3 Semejantes categorías hicieron eco a la criminalidad de “cuello blanco”, definición de Edwing Sutherland, después identificada por Frank Pearce como la criminalidad de los poderosos (1975). Prácticamente la criminalidad convencional es aquella sobre la cual recae el control del delito, esto es, en términos generales, los pobres.

identificable en un país o en una región sino de manera mundial. Considérese en este sentido, que semejante emergencia viene a ser encarada intelectualmente de manera inicial en países de la Unión Europea como en los Estados Unidos. Y justo por ello, es que estas nuevas manifestaciones no son privativas de una realidad nacional o regional específica, sino de la que por ello es llamada así, la nueva “aldea global”.⁴

Ciertamente existen diferencias cualitativas respecto del fenómeno criminal, según nos ubiquemos en uno u otro de los hemisferios de Occidente, que es la única realidad aquí analizada, pero no parecen presentarse diferencias cuantitativas, estadísticamente significativas. En cuanto al fenómeno del control del delito, las variables se intercambian, apreciándose diferencias cuantitativas en ciertos aspectos, pero sin verificarse variaciones cualitativas. En este sentido, la criminalidad se evidencia cuantitativamente homogénea, mundialmente hablando, y su control se muestra igualmente homogéneo, cualitativamente hablando. Las diferencias en cuestión obedecen, en efecto, a las variables estructurales, no de los países en particular, sino de la propia ya estructurada aldea global.

A su vez, dado que el control del delito se muestra cualitativamente homogéneo, las políticas públicas que pretenden enfrentarlo han dado buena muestra de incapacidad para conjurar, aún de manera endeble, la frecuencia delictiva, manteniéndose tan utópicas las políticas garantistas liberales y más próximas a la izquierda (aunque ciertamente no implementadas en el ideal y nunca concretado estado de derecho) (Ferrajoli L: 1989), como aquellas otras antigarantistas en donde la razón jurídica se sustituye por la emotividad de una violencia que genera más violencia (Zaffaroni R. 2004). Tan utópicas aún como las apuestas del abolicionismo (Hulsman L y Bernat de Celis. 1984), que si, profundamente humanistas, no por ello ingenuas y, además, inconscientes de una postmodernidad que las rebasa (Pavarini M. 2006; Zaffaroni R. 2004).

En este sentido, los presentes escritos tienden a mostrar el estado actual de la cuestión y a formular los requisitos mínimos para una política criminal alternativa, cuyo objetivo se centra en reducir las experiencias del dolor que se involucran en la cuestión criminal.

1. El estado de la cuestión criminal.

No es dudable en modo alguno, que el delito se ha redimensionalizado en las últimas dos décadas (en la clausura de un siglo y en el inicio de otro). Fechas artificiales pero no por ello carentes del simbolismo de la clausura de una época que motiva a la reflexión y a hacer cuentas de aquello que debe permanecer y de aquello otro que deberá ser conjurado; como también del simbolismo de una nueva época que

4 Semejantes emergencias han existido siempre de manera intermitente y pueden desde luego acreditar que el crimen ha ido aumentando constantemente. No obstante, a cada emergencia se suscita una reforma legislativa, no necesariamente dirigida a enfrentar al crimen, el cual es sólo su justificación (véase para estos fines las exposiciones de motivos de los códigos penales federales de México y de sus reformas, en las que siempre se hablará del aumento de la criminalidad que es necesario reducir, prevenir y, en su caso, eliminar a los incorregibles).

ilumina o pretende proyectar esperanza. Las reflexiones sobre la clausura tienden a ser melancólicas (Pavarini: 1999), en tanto que las reflexiones sobre el *por-venir*, no alcanzan sino a exhibir un efímero entusiasmo pacientemente derrumbado.

En el caso mexicano, además, estas fechas coinciden con la alternancia política: de “la dictadura perfecta” enunciada así por Vargas Llosa, refiriéndose a las décadas de gobiernos federales del PRI, a la inicial administración gubernamental federal de la explícita derecha mexicana del PAN. No hay tampoco duda de que estos hechos avivaron aún más el entusiasmo del ciudadano común en nuestro país, que por primera vez (y hasta hoy me parece que ha sido la única) experimentaba el valor de la soberanía popular de la que hablan las constituciones. La desilusión y, entonces la melancolía, regresaron rápidamente ante la agudización de los problemas que debieron conjurarse: aumento del desempleo y con ello, aumento de la pobreza y de la pobreza extrema, inferior crecimiento económico, intervenciones ilegales en los procesos electorales, reducción de las políticas sociales, criminalización de la protesta social, y, en efecto, aumento de la criminalidad y especialmente de la violencia. Si se evalúa a la actual administración que ha culminado el 50 % de su mandato, las consecuencias negativas son aún más graves, especialmente en cuanto al delito y su control, que es el tema aquí encarado.

Al final, no importa la opción política, ni nacional ni internacionalmente hablando (la derecha es la derecha, el centro es también la derecha, la izquierda es una tenue derecha y la tercera vía sigue siendo la derecha), el crimen y su control han continuado un curso homogéneo. Así, no importa si una entidad federativa es gobernada por el PRD (Zacatecas o Michoacán), por el PRI (Sinaloa, Nuevo León o Chihuahua) o por el PAN (Baja California o Guanajuato), en cualquier caso la criminalidad va avanzando invadiendo territorios sociales inimaginables. Igual sucede en Italia con o sin Berlusconi, en España con el PP o con el PSOE; en Brasil con Lula o en Venezuela con Chávez, no se diga en Colombia con Uribe y las intervenciones estadounidenses, etc. En este sentido, las políticas en materia criminal, globalmente hablando, no parecen ser exitosas y la intelectualidad progresista, distante entonces de aquella otra que avala las apuestas políticas oficiales, no deja de denunciar el deplorable estado de la cuestión. Considérese, como ejemplo, algunas de las narraciones de Pierre Bourdieu que relatan la miseria del mundo, como el caso de un ministerio público parisino que en sus guardias espera que haya algunos homicidios porque éste tiene convenio con la empresa funeraria (Bourdieu: 2000).

A este respecto, los datos son aleccionadores. En el Distrito Federal, cuyas denuncias se redujeron de 252 mil (cima de la última administración priista) a un promedio de 180 mil al año, mantiene, sin embargo, una impunidad del 96,4 %. Empero, a pesar de que algunas ciudades como París o Londres muestren una mayor eficiencia en la resolución de casos, la media mundial de impunidad es del 95 % (Pavarini: 2006). En el entendido de que las denuncias sólo muestran la llamada criminalidad aparente, dado que múltiples casos no se denuncian, si se considera esta cifra, denominada oscura por los especialistas, la impunidad crece en un 99.5 %. Y esto

es así, dado que al contrastar los datos de algunos países y/o ciudades de diferente cultura y región (México, Costa Rica, Italia, Málaga, D.F., Tlaxcala, Querétaro y Campeche), es posible hipotetizar que, dejando fuera los tráficos de drogas, personas y armas, la criminalidad real, denunciase o no ésta, su número es equivalente entre el 20 y el 25 % de su población (Tenorio Tagle F: 2002 y 2009; Pavarini: 2006). La cuestión se torna más grave si se toman en cuenta los tráficos señalados. Sólo en Italia, por ejemplo, las transacciones ilegales de narcóticos ascienden al mínimo de 1 millón diariamente, en un país de aproximadamente 60 millones de habitantes. Agregando únicamente este tráfico, la impunidad arriba a un 99.999 % (Pavarini: 2006). No obstante, las diferencias cualitativas son también importantes. En nuestra región, Latinoamérica, un importante margen de violencia acompaña a las prácticas delictivas, no así en los países de la Unión Europea, en donde la violencia se ha reducido considerablemente.

Aunado a estas imágenes muy homogéneas, cuantitativamente hablando, el control del delito se exhibe cuantitativamente distinto al considerar la tasa de aprisionamiento de las personas. Todavía en la década de los años 70 y primera mitad de los 80s, tanto Latinoamérica como lo que hoy es la Unión Europea, se mantenían muy homogéneas (1 sujeto aprisionado por cada 1000 en libertad), siempre distanciándose de la antigua Unión Soviética y de los Estados Unidos que entonces, como hoy en el caso de Rusia, mantienen tasas muy superiores de cerca de 10 por cada 1000 habitantes en libertad. Empero, desde los años 90, mientras la Unión Europea va manteniendo una tasa semejante, los países latinoamericanos han iniciado una poderosa actividad represiva duplicándose la tasa en México y quintuplicándola en Brasil (Christie N: 1993; Batista N <coordinador> En prensa; Young J: 2003). Empero, aunque los habitantes de la cárcel sigan siendo los narrados por Víctor Hugo como los miserables, desde los años 90 parecen tener un perfil muy homogéneo dentro de Occidente. Tómese en cuenta que en la Unión Americana, a la cuenta del año 2002 concentraba un total de 2.5 millones de aprisionados siendo el 90 % de éstos personas negras y/o hispanoamericanas (Young J: 2003; Pavarini: 2006). Cuestión muy semejante al incremento carcelario en los países de la Unión Europea, cuando se aprecia que la población mayormente remitida a la disciplina del encierro la van conformando, en la nueva Europa, extracomunitarios (Melossi D: 2000). Esto indica que el perfil de los sujetos objeto de disciplina punitiva comienza a ser, de manera evidente, “los otros”, sea en Europa, en los Estados Unidos o en la misma Latinoamérica. Si se asume una actitud sospechosa respecto de estos datos, es decir, una actitud crítica que sigue caracterizando a la verdad de nuestro tiempo (Paz O: 1974), el sistema punitivo pretexto el crimen para concretar otras finalidades (Melossi D y Pavarini M: 1989; Foucault M: 1990; Zaffaroni R: 2004).

2. Nuevas condiciones de existencia, modernidad avanzada y las desilusiones de una sociedad ambivalente.

Los datos apuntados dan una buena muestra de que el sistema de justicia penal no da para más a pesar de la amplia eficiencia que se pregonaba en la Unión Americana, la cual resulta igualmente sospechosa ante minorías que prefieren “confesar” culpabilidad para recibir una pena atenuada y no arriesgarse ante un tribunal que se muestra decididamente adverso. Y aún así, los datos estadísticos evidencian que, a pesar de esas políticas duras de amplia represión, la criminalidad sigue avanzando conforme a los datos arriba señalados, dibujando el fracaso de lo que Jock Young denomina el experimento carcelario norteamericano (Young J: 2003).

Lo anterior ha dado lugar a nuevas fases de falta de credibilidad y, consiguientemente, de falta de consenso respecto de las instituciones formalmente establecidas para enfrentar el delito, sea previniéndolo o reprimiéndolo, o lo que sea, al final de cuentas. Sin embargo, esta falta de credibilidad ha existido siempre y el propio paso del tiempo alcanza a conjurar o minar las voluntades emergentes de la sociedad que exigen resolución a sus problemas. De este modo, en variadas ocasiones alguna parte de la sociedad organizada llega a ser capturada por el propio sistema, produciendo lo que ya desde Marcuse se vivencia como el hombre unidimensional (Marcuse H: 1981). Otras tantas habrán de nacer bajo esa estrategia; recuérdese en el caso mexicano a la sociedad metodófila o a las publicaciones del diario La libertad, durante los gobiernos científicos de finales del siglo XIX e inicios del XX, avaladores de un positivismo que pugnaba, sobre la base de los saberes de Spencer, Darwing y Comte, la eliminación de toda política social para mitigar los malestares de los pobres, a fin de evitar la herencia de un pueblo débil: “sólo los más fuertes económica o intelectualmente deben sobrevivir”, era la consigna, la misma que, en Europa décadas después, el nazismo (y no sólo éste), reivindicaría para producir lo que hoy se conoce con el nombre del Holocausto (Zea L: 1990; Bauman Z. : 1998; Muñoz Conde F: 2003; Zaffaroni R: 2004).

Sobre la base de no tan distantes argumentos, las actuales políticas y las corrientes de opinión que las avalan, han dado inicio a estrategias, básicamente etnocéntricas, que visualizan a ese “otro”, como sujeto sacrificable: el “*pharmakos*” de la modernidad avanzada, objeto de la disciplina punitiva que vendrá a relajar las ansiedades sociales que se experimenten en la aldea global⁵. No es casual que ante

5 *Pharmakos* es el nombre dado al chivo expiatorio en la Grecia sacrificial y el nombre obedece a que ésta, la práctica del sacrificio, era la práctica terapéutica más importante en ese momento para conjurar las epidemias, la escasez, en suma, la penuria social (Szasz T: 1977). Esta apreciación es afín en variados aspectos, aunque distante de los puntos conclusivos sobre el relato que hace Valeria Verdolini (2006) siguiendo los trabajos de Giorgio Agamben, tematizando el fenómeno del terrorismo en Italia y Alemania Occidental en la década de los años 70, me parece que la caracterización de *homo sacer* (santo y maledetto) que significa asumir al desviado como persona no sujeta a la práctica del sacrificio y, consiguientemente, un sujeto expuesto a la soberanía de cualquiera (cualquiera lo puede matar sin que haya represalias por ello), se distancia del sincretismo cultural (sacrificio humano y jurisdicción penal) relatado en el proceso en contra de Jesús de Nazaret, en el cual el mismo hijo de dios hecho hombre afirma, según el relato, *que se sacrifica para la salvación de la humanidad*. No es casual que a la confiscación de la víctima del delito desde el Renacimiento europeo, los procesos inicien con la proposición: “el pueblo y

las crisis contemporáneas (especialmente económicas), la tasa de aprisionamiento se incrementa y ésta se reduce en los tiempos de abundancia económica. Hoy enfrentamos no sólo las crisis económicas particulares de cada región o país, sino la crisis global que, generada en la misma cuna de Occidente, arrastra a los súbditos a estadios de mayor vulnerabilidad y, consecuente con ello, al necesario incremento de los *pharmakos* contemporáneos.

Ciertamente las actuales condiciones de existencia difieren en razón de los avances de la ciencia y de la tecnología verificadas durante la segunda Guerra mundial y que acompañaron a la Guerra fría. Tales avances, especialmente en el ámbito de las comunicaciones, independientemente de sus derivaciones en el campo militar, dieron lugar a nuevas estrategias en la economía que vino a madurar como capitalismo avanzado, produciendo nuevas prácticas sociales que dibujan a las sociedades individualizadas y de consumo, cuya nota distintiva es el alejamiento u obvedad de los referentes éticos que cristalizaban épocas precedentes, las que no dejaron de causar quizás iguales consecuencias negativas: persecución de herejes; persecución de comunistas; etc., esto es, la persecución de “los otros” en esas épocas (Zaffaroni R: 2004; Jameson F: 1995; Bauman Z: 2001).

En nuestro tiempo, llámesele neoliberalismo, capitalismo avanzado, condición postmoderna o modernidad avanzada, las prácticas sociales han sido suficientemente permeadas por las ambiciones de un horizonte competitivo que elimina toda posibilidad de solidaridad frente aquellos que, como en otros tiempos, se mostraban débiles en las contiendas por la sobrevivencia. Afin al positivismo filosófico y criminológico, bajo el aval de una extraviada ciencia (es decir, ideologizada), fundamentarán la necesidad de la opresión sobre los débiles. Nada más ilustrativo que las aportaciones del Instituto Manhattan, para cuyos protagonistas los pobres son proclives a delinquir y son pobres por tener *baja capacidad cognitiva* (Críticamente: Wacquant L: 2000). De este modo, ante una precaria sociedad que disimula sus intolerancias adoptando este tipo de saberes abiertamente disparatados, la exigencia de reducir el crimen se encamina a la necesidad de reducir o eliminar a los pobres ya estigmatizados como miembros de clases peligrosas, esto es, nuevamente, a “los otros”. Cuestión que no se presenta sólo en el imaginario de los ricos sino también entre los mismos pobres; recuérdese la célebre frase que afirma: la diferencia entre ricos y pobres es que el rico sabe quien es su enemigo y el pobre no. No es casual que se aprecie, especialmente en nuestra región, que los sujetos inscritos en la disciplina punitiva, pertenecen a la misma clase de aquellos otros a los que se les encomienda su custodia.

Pero el capitalismo avanzado exige aún más. Haciendo eco al liberalismo del siglo XVIII, a las consecuencias de la declaración de Virginia o de la declaración de 1879, el neoliberalismo, en la aldea global, implanta nuevamente el control de las prácticas sociales en la informalidad: un nuevo dejar hacer, dejar pasar, globalmente hablando. De este modo, la tendencia inaugurada por los Estados Uni-

el estado en contra de . . .”. Esto es, el sacrificio en el campo punitivo de un insacrificable o, como afirma Verdolini, el momento en el cual *todos los hombres actúan como soberanos*. (Tenorio Tagle F: 1997).

dos (Donde se verificaron los avances de la ciencia y de la tecnología, donde nace el capitalismo avanzado y donde nacería aún la cultura postmoderna (Jameson F: 1995), implica dejar en el privado las potestades de un nuevo control social que mina no únicamente al estado social, sino a los principios del estado nacional (Bauman Z: 1999). Así las cosas, de la privatización de las guarderías del IMSS en México y las ambiciones de privatizar PEMEX, se ha pasado a la privatización del mismo sistema de justicia penal. Piénsese que si en el Distrito Federal la policía privada representa el 82 %, es de intuirse que esta proporción se generalice en todo el país. Nada más alarmante a este respecto, que el reciente anuncio del establecimiento de cárceles privadas, que da cuenta de un nuevo control del delito en manos de la tradición burguesa, mundialmente hablando, y que representan no únicamente el encierro, sino una más grave violación a los derechos fundamentales de las personas, especialmente hablando de su dignidad, que ya desde hoy puede apreciarse derogada. No por otras razones, Christie aprecia este fenómeno comercial al que denomina la industria del control del delito, como las posibilidades de un nuevo Holocausto (Christie N: 1993). Sólo falta la privatización de las universidades públicas para cancelar toda posibilidad de crítica y reflexión y con ello, abrogar la vida cotidiana, que no es otra sino la abrogación de la condición humana (Heller A: 2000; Tenorio Tagle F: 2006).

Así las cosas, el crimen y su control tienden a hacerse inteligibles en términos estrictamente económicos, sin importar, por ejemplo, los reducidos casos de motivaciones conscientes o inconscientes de amantes celosos que privan de la vida a sus parejas. El crimen que hoy avanza invadiendo los territorios y que produce el miedo casi por todos experimentado, es una práctica social guiada, como sucede también con el control del delito, por intereses estrictamente económicos: acumulación de capital. Y justo estos mismos intereses, son los que develan a las sociedades contemporáneas como sociedades ambivalentes: se marcha para exigir seguridad, a sabiendas de la adquisición de bienes de procedencia ilícita que resultan ser más económicos. En este sentido, se roba de manera por demás racional, porque se sabe que los objetos robados serán comprados por miembros de la misma sociedad.

O más aún, se exige acabar con el crimen organizado vinculado a las drogas, pero éstas no dejan de ser adquiridas por los mismos miembros de esa sociedad civil exigente. Más allá de evaluar desde una óptica humanista las inconsistencias de una política injustificada de criminalización de las drogas, si realmente se pretende reducir o erradicar el tráfico de éstas o los asaltos, las acciones debieran dirigirse a la prevención, esto es, a proporcionar información suficiente a los usuarios de esas drogas, como de generar conciencia de que la adquisición de bienes de procedencia ilícita es la causa fundamental de los robos. En consecuencia, estos delitos son exitosos (además de los ámbitos de corrupción que siempre los acompañan, en donde están involucrados partícipes de las instituciones que los enfrentan), porque miembros de la sociedad adquieren ilícitamente estas mercancías. La política de represión, en lo que hace al tráfico de drogas, semeja la reificación de una cruzada más bien moral que política que, como en todas las cruzadas de este tipo, se vienen

produciendo más problemas que los que se declara eliminar. De manera muy reciente el presidente Obama de la Unión Americana identificó a Felipe Calderón con Eliot Ness. Más allá de las aclaraciones que sobre esta identificación se puedan dar, es evidente que la empeñada cruzada de Ness contra el alcohol fracasó, tanto como la emprendida por Calderón aún sirviéndose de las fuerzas armadas. A este respecto, debiera recordarse que en el renacimiento europeo se sancionaba con la pena capital al fumador de tabaco y ni con semejante espíritu punitivo la nueva mercancía dejó de venderse (Tenorio Tagle F: 1989; Tenorio Tagle F: 1991).

3. Las políticas en materia criminal: una cruzada etnocéntrica.

Ciertamente, como lo desprende Raúl Zaffaroni (2004), las teorías positivas de la pena (cuando se refiere a los productos intelectuales, básicamente de sociólogos, que examinan lo que la pena produce en los hechos), confirman hipótesis muy diversas: eliminar del tejido social a “indeseables” o a aquellos que han perdido cobertura, a disidentes, etc. No obstante, todas estas hipótesis, me parece, tienen en común reproducir las relaciones sociales de producción, cuestión que va más allá de la buena o mala fe de los protagonistas. No se entiende de otro modo que la clientela preferida del sistema punitivo lo sean miembros de las clases inferiores de la sociedad, los únicos que estarían en posibilidades subjetivas de subvertir el orden que les es adverso. Y lo anterior va más allá también, de cuestiones cuantitativas: las funciones latentes de la pena se desenvuelven más en el ámbito de lo simbólico que siempre trae cuestiones pragmáticas importantes (Sandoval Huertas E: 1998).

Estas cuestiones pragmáticas apreciables en cualquier realidad cultural pueden sintetizarse en el rubro de la exclusión, que en nuestros días se muestra más que evidente (Young J: 2003). Y semejante exclusión, no es producto sólo del control punitivo sino que se extiende al amplio rubro del control social (Cohen S: 1988; Pitch T: 1989), en el cual sus actores, sean promotores del orden o receptores de éste, actúan en atención a los paradigmas interpretativos y normativos que la propia promoción del orden va produciendo, acorde a las condiciones materiales de existencia que las exige: de la exigencia de la sangre aristocrática, por ejemplo, a la exigencia de la igualdad formal de una burguesía carente de esa sangre.

En algunos de mis últimos trabajos he llegado a diversas conclusiones que, me parece, hacen inteligible la exclusión y pueden dar la pauta para una política alternativa que sea capaz de abrogarla. En principio, *la exclusión*, que indudablemente se evalúa negativamente, es consecuencia irremediable de la búsqueda y constitución de *identidades*: una vez que se construye una identidad, la que se evalúa siempre en forma positiva al darle a un grupo o a un pueblo el sentido de ser en este mundo, se excluye a quien no la satisface o la agote: “nosotros – los otros” (Tenorio Tagle F: 2003). Así, de las dilucidaciones freudianas, especialmente en Tótem y Tabú (1994), a las respectivas de Erving Goffman (1986), se aprecia que los sincretismos culturales de todo el mosaico que conforma el Occidente contemporáneo, no se han verificado en forma pacífica y su desiderátum como conciencia de un único pueblo

(Elias N: 1982), atiende a la existencia de otras identidades con las que se interactúa de igual manera: nosotros y los otros. Piénsese en el mismo Occidente frente a los pueblos capturados por el Islam (Todorov S: 2003) .

En segundo lugar, esa fórmula lógica (identidad – exclusión), que ha guiado las guerras como las contiendas políticas y que parecen dejar al ser humano en una trampa sin escapatoria, obedece a que los grupos contendientes han aspirado a satisfacer sus propios intereses desde el origen mismo de las sociedades, intereses que no únicamente se concentran en el campo económico que es, ciertamente, el decisivo. De este modo, como lo devela Todorov (2003), en las contiendas políticas no hay universales porque la contienda se desarrolla entre grupos que mantienen intereses diversos. De ahí, que todo indica que las indagaciones debieran ir a la búsqueda de un posible universal que, con el suficiente consenso, sea capaz de capturar a identidades hasta hoy en conflicto.

Me parece que semejante universal no puede ser otro sino aquel que reivindique al ser humano como tal y, por ello, distanciándose de toda premisa ius-naturalista, por ejemplo, se construya sobre la base de las violencias que han atentado contra el sentido de la humanidad, de su cuerpo, de su conciencia. Los saltos cualitativos en el proceso civilizatorio que en buena medida se han forjado con amplios márgenes de violencia, no han logrado, sin embargo, sino encubrir las ambiciones de erigirse en “especie dominante del planeta”, en ocasiones decididamente explicitadas como sucedió en el caso del nacional socialismo o del fascismo de cuño occidental, que vinieron a mostrar el límite de una modernidad rota e insostenible. El Holocausto, por ejemplo, podría ser apreciado como el último intento del asalto de la experiencia de la libertad kantiana, para la sujeción y, en consecuencia, restricción de derechos, de quienes no satisfagan el ideal masculino del hombre occidental. El mismo cuestionamiento puede ser desarrollado para la diversidad de identidades asentadas en el planeta construidas a partir de sus propios códigos culturales que dibujan a esa identidad como la única plausible, entonces, la única digna del dominio de los “otros”.

De los 4 tipos de indígenas mesoamericanos que se actualizan en el contacto con Occidente: el que muere en defensa de su cultura; el que, ya vencido, mata a sus dioses para preservar la propia entregándose a la nueva cultura y el que siguió en la clandestinidad, hoy prácticamente ausente, el último, aquel que decide suicidarse porque sus dioses han muerto (Tenorio Tagle F: 1989), no se distancia de aquellos miembros del nazismo quienes igualmente se suicidan porque no tiene sentido vivir sin nacional socialismo (Fullat: 2002). Esta misma imagen, a siglos de distancia, prueba que los mesianismos mantienen el alto peso simbólico de una sacralidad intolerante que al relato de la muerte de dios, sigue éste habitándonos en su ausencia. Piénsese en la argumentación de Bush al declarar la Guerra (¿contra Afganistán? O ¿contra terroristas asentados en Afganistán?), después del 11 de septiembre: “Esta no es una guerra santa, pero dios nos protege”.

Esta cuestión, sucintamente mostrada en el ámbito internacional o global, como quiera que se designe (sea moderna o postmodernamente hablando), se aviva igualmente en el interior de las mismas culturas. Se piense en los múltiples movimientos sociales, especialmente experimentados en Occidente, respecto de la mujer, de la infancia, de la senectud, etc., que en buena medida han cristalizado en el llamado derecho internacional de los derechos humanos, que paulatinamente comienza a minimizar, aunque todavía endeblemente, diversos campos de poder del adulto maduro masculino. Más, en una realidad como la nuestra, que ha tenido la experiencia de la colonización, el otro lo configura también el indígena y sus herederos sociales, de cuyos estratos se extraen a los *pharmakos* para la experiencia punitiva y cuyo perfil no se distancia de aquel que sufre esta experiencia, sea en la Unión Americana como en Europa y que acontece también, y quizás en mayor medida, con la población negra africana, más duramente colonizada, la que, inclusive, arribará a América en calidad de esclava (Para el caso mexicano Aguirre Beltrán G: 1989). Apartheid, la necesidad de la pureza de sangre, tan abolida internacionalmente hablando, como la tortura, continua escenificándose sea ésta legal o ilegal. Baste señalar que todo etnocentrismo se aviva en la intimidad, esto es, en el dominio que de hecho se ejerce en la intimidad.

De ahí que, ante esta sumaria constatación, la única posibilidad de encaminharse hacia una posible política inclusiva, sea resignificar al único universal igualmente posible y a su vez, motivo central de la política en nuestro tiempo, que es la dignidad humana. En principio, y sólo con el ánimo de alentar la investigación a este respecto, me parece indispensable que, *in primis*, una resignificación semejante puede encontrarse en las voces de las víctimas sobrevivientes de las violencias que han atentado precisamente contra la dignidad, como ha sido el caso de las víctimas sobrevivientes del Holocausto (Lefranc Wegan F: 2009). En todo caso, resulta necesario conjurar todo tecnicismo jurídico que ubique simbólicamente “al otro” como es el caso de la categoría de patria potestad. En este sentido, la libertad no puede seguir siendo identificada con la dignidad o como su contenido, como lo fue en todo el proyecto de modernidad que insiste en sujetar las historias, sino más bien, apreciar a ésta como condición de la dignidad. Si esto no fuese así, ¿tendría dignidad la persona psiquiátricamente calificada como inimputable?

Atendiendo a ello, me parece conveniente apelar al concepto de violencia estructural de Galtung (1981), una de las violencias invisibles que puede definirse como obstáculo al desarrollo de potencialidades del ser humano. Quizás uno de los ejemplos más difundidos por su versatilidad para hacer paradójicamente visible esta violencia, sea la explotación de la periferia por parte del centro. Aceptando este concepto, nuestras propias concepciones sobre las libertades también alcanzan a resignificarse, es decir, se mina la libertad cuando se obstaculiza el desarrollo de la persona. Se piense no sólo a la amplia franja mundial del hambre, de la pobreza extrema, de la desnutrición, etc., sino de todas las limitaciones a las que se somete a esa población, como es el caso de una posible educación en tiempos de sobrevivencia.

De este modo, a partir de esas resignificaciones de libertad y dignidad, es posible que los pactos políticos se verifiquen entre miembros de identidades diferentes a los que se les reconoce la misma dignidad. En consecuencia, la dignidad no puede ser negociada ni puede aceptar excepción alguna. Así las cosas, el reconocimiento del otro como diferente, significa que ese otro tiene la misma dignidad que tengo yo, esto es, que ese otro tiene los mismos derechos que tengo yo.

Es de reconocerse que las más de las constituciones dibujan en alguna forma este principio, como es el reciente caso de México, empero, puede develarse que, mundialmente hablando, en todas las constituciones se prescribe una excepción, precisamente: la excepción punitiva. A este respecto, las justificaciones de la pena proporcionadas en la modernidad se evidencian, todas, como justificaciones etnocéntricas que sitúan al delincuente como un otro carente de los derechos que otorga el pacto político, porque la pena misma los suspende (Tenorio Tagle F: 2006). O más bien, este recurso y su actualización en la praxis del sistema punitivo, explicita que las consecuencias del pacto están dirigidas estrictamente “al otro”. Así, sea prevención general negativa o positiva, como los científicismos de la prevención especial positiva o negativa, relatan una política de exclusión, no se diga, en la renovada tentación alemana del derecho penal del enemigo (Jakobs G. y Cancio Meliá M. 2003), el cual, siempre ha existido (Zaffaroni R: 2007). En efecto, con independencia de que todas las estrategias de legitimación de la pena (entonces del derecho penal) si se analizan acuciosamente se muestran etnocéntricas, la sola apuesta política de la prevención general positiva (prevención – integración) del mismo Jakobs (1997), lo exhibe de manera radical: la unión para luchar contra el “otro”, entonces contra el enemigo: las clases peligrosas, los estereotipados como delincuentes, en suma: los habituales clientes del sistema punitivo. De ahí que, la puesta en marcha de un “nuevo” derecho penal del enemigo que mina ampliamente los límites al sistema punitivo por considerar a los posibles receptores de su violencia como no personas, siga la misma estrategia etnocéntrica de la exclusión en su forma más grave a saber: la relativa a la eliminación de los indeseables.

En este mismo sentido, Luis Gracia Martín (2003) exhibe al derecho penal del enemigo como un derecho decididamente persecutor de quienes el relato ha considerado “no personas” y por ello, los fines declarados (que en mi opinión son los latentes en cualquier idea de justificación de la pena), no son otros que la exclusión e inocuización de esas personas vistas como “subhumanos”. Pero Luis Gracia va más allá al develar que el discurso crítico hasta ahora verificado, ciertamente más en el campo de la dogmática penal, discurso que Gracia denomina de resistencia, se exhibe igualmente ingenuo al apelar semejante discurso a un regreso al derecho penal liberal, el cual, como demuestra Gracia, significaría regresar al derecho penal que ha mantenido y reproducido la exclusión de los segmentos inferiores de la sociedad y que, me parece, en nuestro tiempo se perfila explícitamente en modo etnocéntrico.

4. La praxis de las políticas en materia criminal en México.

No hay duda sobre el avance de la criminalidad que es en nuestro tiempo consonante con el capitalismo avanzado. Tampoco es dudable la incapacidad del sistema de justicia penal para enfrentarlo y tampoco es dudable el amplio margen de corrupción que ha posibilitado en parte importante el éxito del crimen, una especie de economía informal, ciertamente criminal, como puede también caracterizarse a algunas formas de la economía formal, como los rescates bancarios (México, Argentina, Estados Unidos). Pero en cada realidad se presentan ciertas tipicidades que pueden hacer inteligible el fenómeno, a pesar de las generalidades arriba descritas.

México, que en poco más de una década cumplirá 200 años de vida artificialmente independiente, ha sido escenario de múltiples guerras internas e internacionales y en variados momentos la violencia en tiempos de paz formal se ha exacerbado, en ocasiones institucionalmente como en los años 60 del siglo XX, en ocasiones por la propia violencia criminal, como parece dibujarse en la presente década. No ha dejado de haber movimientos sociales que han roto con el pacto político, como es el caso del EPR y otros que, sin romper con el pacto, son abiertamente reprimidos como en Oaxaca con la APPO, en San Salvador Atenco con comerciantes o la matanza de Acteal, los cuales van dibujando una justicia que llanamente no parece ser “justa”. De este modo, puede decirse que mientras Joaquín Loera sigue prófugo, las víctimas de Atenco son sancionadas con penas inusitadas y se construyen procesos penales en contra de indígenas para efectos, me parece, sólo de disciplina. El conflicto de las administraciones del Distrito Federal frente al gobierno federal, ha dado una buena muestra de la utilización del sistema penal para eliminar enemigos en tiempos electorales, como fueron los casos del pretendido desafuero en contra de López Obrador (Félix: 2005) o el caso del linchamiento de policías federales preventivos en la Delegación de Tláhuac, donde se pretendió imputar responsabilidad penal a Ebrard Casaubon., entonces Secretario de seguridad pública del D.F. (Tenorio Tagle F: 2006). Finalmente, la actual administración federal arriba al ejecutivo en un clima de franca desconfianza sobre la legalidad de las elecciones que menoscaba día a día su legitimidad, en el año de las celebraciones del bicentenario de la guerra de independencia y centenario de la última revolución, en condiciones de pobreza muy semejantes.

Bajo este sucinto contexto, la actual administración federal, ávida de consenso, activa la más radical política en materia criminal en contra del crimen organizado vinculado al tráfico de drogas, una cruzada moral sin resultados que figura con el término de guerra. Ciertamente la guerra, aún aquellas antiguas que escenificaron las iniciales sociedades sin estado, tienden a convertirse en el instrumento simbólico más importante de cohesión social, porque propicia la unión para luchar en contra del otro, en contra del enemigo. Ello no significa que esta apuesta política se haya desarrollado con ese ánimo, nada más, sino también con un franco espíritu de disciplina, exhibiendo a las fuerzas que sostienen al pacto político. Al involucrar

ilegalmente a las fuerzas armadas a labores de policía, se ha establecido en diferentes regiones del país un estado de sitio de facto, en donde las fuerzas del orden (policía federal y especialmente las fuerzas armadas), actúan con una abierta ilegalidad.

Nuevamente los datos arrojan luz sobre estos problemas. De acuerdo a lo que algunos medios masivos de comunicación difunden, se han incrementado en un 600 % las violaciones de derechos humanos por parte del ejército y éstas no sólo se refieren a casos graves como detenciones arbitrarias y cateos inconstitucionales, sino también a gravísimas violaciones como robos, homicidios, o violaciones de personas, que, cuando no es posible hacer otra cosa, sus autores materiales son encausados, también ilegalmente, por tribunales militares.

Sin embargo, la cuestión más importante se refiere a develar que las llamadas ejecuciones han pasado de 1000 al año en todo el país durante la administración Fox, a 4000 al año durante los dos primeros años del mandato actual. Sólo en ciudad Juárez, Chihuahua, se cuentan ya 2500 ejecuciones, es decir, en un solo municipio se aumentó estos homicidios en un 150 % respecto de los que se verificaban en todo el país en un año durante la administración precedente. En el tercer año, a mitad de la administración, se alcanzó la cifra de 12 mil ejecuciones en todo el país, es decir, el triple de lo alcanzado en los dos primeros años. Así las cosas, la única variable que ha cambiado, entonces la causa de esta exacerbación de la violencia, es la incursión militar.

Más allá de los informes rendidos por la administración sobre detenidos o decomisos de drogas ilegales, debería tomarse en cuenta, tal como previamente se señaló, que las drogas continúan traficándose ilegalmente y consumiéndose por miembros de la sociedad, tal como sucede en Estados Unidos, en Europa, pero con muy reducidos márgenes de violencia. Países que no han tenido necesidad de militarizar esta cruzada. En la actualidad sólo se conoce el caso colombiano, ¿porqué resistirse a hablar de una colombianización en México? Colombia, que durante el siglo XX parece que la regla que regía fue el estado de excepción, incrementó igualmente la violencia por las incursiones de las fuerzas armadas. Ahí también el pretexto fue el narcotráfico, pero existían las FARC, como antes el M19. Esta modernidad avanzada o condición postmoderna, tropicalmente implantada en nuestra región, provoca reavivar la desilusión y, entonces, la melancolía, en el año de las más importantes celebraciones patrias.

Bibliografía.

- Gonzalo Aguirre Beltrán, "La población negra de México. Estudio etnohistórico", México tercera edición. FCE. 1989
- Zigmunt Bauman, "Modernidad y Holocausto", Madrid, primera reimpresión, Sequitur, 1998.
- Zigmunt Bauman, "Globalización: consecuencias humanas", México, FCE, 1999.
- Zigmunt Bauman, "La sociedad individualizada", Madrid, Cátedra, 2001.
- Ulrich Beck, "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Barcelona, Paidós Básica, 1998.

- Nilo Batista y Vera Malaguti (coordinadores), "Dopoio do grande encarceramento", Rio de Janeiro, Ministerio de Justicia-Instituto carioca de criminología, (en prensa).
- Pierre Bourdieu, "La miseria del mundo", Buenos Aires, FCE, 1999.
- Nils Christie, "La industria del control del delito: ¿la nueva forma del Holocausto?", Buenos Aires, Editores del puerto, 1993.
- Stanley Cohen, "Visiones del control social", Barcelona, PPU, 1988.
- Norvert Elias, "La civiltà delle buone maniere", Bologna, Il Mulino, 1982.
- Rodolfo Félix Cárdenas (coordinador) "Caso el encino ¿delito?", México, Porrúa, 2005.
- Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón: teoría del galantismo penal", Barcelona, Trotta, 1995.
- Michel Foucault, "Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión", México, Décimotercera edición, Siglo XXI editores, 1990.
- Sigmund Freud, "Tótem y Tabú", México, octava edición, Alianza Editorial, 1994.
- Octavi Fullat, "El siglo postmoderno", Barcelona, Crítica, 2002.
- Johan Galtung "Contribución específica de la iredología al estudio de la violencia: tipologías", en La violencia y sus causas, París, UNESCO, 1981.
- Luis Gracia Martín. "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia". España, Tirant lo Blanch, 2003.
- Erving Goffman, "Stigma. Notes on the Management of spoiled identity", New York, Touchstone, 1986.
- Agnes Heller, "Historia y Futuro", Barcelona, Península, 2000.
- Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, "Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa", Barcelona, Ariel, 1984.
- Gunter Jakobs. "Estudios de derecho penal" España, Civitas, 1997.
- Gunter Jakobs y Manuel Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo". España, Civitas, 2003.
- Fredrick Jameson, "El postmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", Barcelona, Primera reimpresión, Paidós, 1995.
- Federico Lefranc Wegan, "Holocausto y dignidad. Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", México, Ubijus, 2009.
- Marcuse Herbert, "El hombre unidimensional", México, séptima reimpresión, Joaquín Mórtil, 1981.
- Dario Melossi y Massimo Pavarini, "Cárcel y fábrica", México, siglo XXI editores, 1989.
- Dario Melossi, "The other in the new Europe: Migrations, deviance, social control", en Criminal policy in transition, Oñati International series in law and society, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- Francisco Muñoz Conde, "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo", Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- Massimo Pavarini, "Nuevos modelos explicativos en criminología. La visión de la criminología crítica", en *Iter criminis*, Revista de derecho y ciencias sociales, núm. 3, México, INACIPE, 1999.
- Massimo Pavarini, "Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad", en *Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán-Conacyt-Flasud, 2006.
- Octavio Paz, "Los hijos del limo", Barcelona, segunda edición, Seix Barral, 1974.
- Frank Pearce, "Los crímenes de los poderosos", México, Siglo XXI editores, 1975.
- Tamar Pitch, "Responsabilità limitate", Roma, Einaudi, 1989.
- Luis Ramón Ruiz (coordinador), "Sistema penal y exclusión de extranjeros", Alicante, Editorial Bomarzo, 2006.
- Emiro Sandoval Huertas, "Penología partes general y especial", Santa fe de Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Thomas Szasz, "El mito Della droga", Milán, Feltrinelli, 1977.
- Fernando Tenorio Tagle, "Ideas contemporáneas en torno a las drogas y sus consecuencias en materia legislativa", México, INACIPE, 1989.
- Fernando Tenorio Tagle, "El control social de las drogas en México", México, INACIPE, 1991.
- Fernando Tenorio Tagle, "Las ritualidades del ajusticiamiento: de la terapéutica premoderna a la pena medicinal de la modernidad", en *Alter; revista internacional de teoría, filosofía y sociología del derecho*, año I núm. 2, Campeche, 1997.
- Fernando Tenorio Tagle, "Exclusión y sistema penal en la condición postmoderna", en *Delito y Sociedad*, Revista de ciencias sociales, año 12, núms. 18 y 19, Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral y Universidad de Buenos Aires, 2003.
- Fernando Tenorio Tagle, "Dictamen en criminología y ciencias sociales", en Rodolfo Félix Cárdenas (coordinador) "Caso Tlahuac ¿responsabilidad penal por omisión en funciones directivas de policía?", México, Porrúa, 2006.
- Fernando Tenorio Tagle, "Elementos para una política inclusiva en el campo penal", en *Seguridad Pública: tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán-Conacyt-Flasud, 2006.
- Fernando Tenorio Tagle, "Estado de derecho y sistema penal: el dilema inclusión-exclusión", en Luis Ramón Ruiz (coordinador) *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Valencia, Tirant lo blanch, 2009.
- Tzvetan Todorov, "Nosotros y los otros", México, tercera edición, Siglo XXI editores, 2003.
- Valeria Verdolini, "Profanazioni: la nuda vita. Tra violenza simbolica e violenza del simbolo nel terrorismo politico", en *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di Dei delitti e delle pene*, año I núm. 3, Bologna, 2006.
- Löic Wacquant, "Las cárceles de la miseria", Madrid, Alianza editorial, 2000.
- Jock Young, "La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía", Madrid, Marcial Pons, 2003.

EL CRIMEN Y EL CONTROL DEL DELITO: LA IRRACIONALIDAD DECLARADA Y LA RACIONALIDAD
MATERIAL DE LAS POLÍTICAS EN MATERIA CRIMINAL

Eugenio Raúl Zaffaroni, “Manual de derecho penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2004.

Eugenio Raúl Zaffaroni, “El enemigo en el derecho penal”, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2007.

Leopoldo Zea, “El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia”, México, sexta reimpresión, FCE, 1990.

LOS DERECHOS HUMANOS, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LOS MECANISMOS SOCIALES DE GARANTÍAS. NOTAS PARA UNA REFLEXIÓN (HUMAN RIGHTS, REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE SOCIAL MECHANISMS OF WARRANTY. NOTES FOR A REFLECTION)

LUIS DANIEL VÁZQUEZ VALENCIA¹

Abstract.- El principal objetivo del reconocimiento y protección de los derechos humanos es concretar la dignidad humana, construir al sujeto de derechos capaz de autodeterminarse en torno a lo que él considera la vida digna. Uno de los elementos centrales en este proceso de autodeterminación, elemento constitutivo de la democracia, es la participación en la toma de decisiones políticas vinculantes. Cuando la persona participa directamente en la decisión, o indirectamente a través de la elección de sus representantes, ¿se tiene derecho a ejercer mecanismos extra-institucionales o sociales de garantía de los derechos humanos? Sostendré que los mecanismos extra-institucionales de protección a los derechos humanos, conocidos también como mecanismos de autotutela, son elementales en las democracias representativas debido a las múltiples disrupciones en la construcción del lazo representativo.

Palabras claves.- Derechos humanos, democracia, mecanismos de garantía, participación, liberalismo.

Abstract.- The main object of the recognition and protection of human rights is to concrete human dignity, and to construct the subject of rights capable of self-determination in reference to what he considers a good life. One of the central elements in this process of self-determination, also an element constitutive of democracy, is the binding participation in the political decision-making processes. When a person participates directly in those processes, or indirectly through the election of his representatives, ¿does it exist a right to deploy extra-institutional or social mechanisms for the protection of human rights? I will argue that these extra-institutional mechanisms of human rights' protection, also known as self-protection mechanisms, are fundamental in representative democracies because of the multiple disruptions in the construction of the representative bond.

Key Words: Human Rights, democracy, mechanisms of protection, participation, liberalism

Sumario: 1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos? 2. Las garantías sociales en un régimen democrático. 3. Conceptos básicos del liberalismo político: el nacimiento del sujeto de derechos 4. La democracia del siglo XVIII y el gobierno representativo 5. Conclusión

1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos?

¿Qué es un derecho humano (DH)? El objetivo de iniciar con esta pregunta no es hacer una larga disertación en torno a las distintas formas de pensar el derecho y sus consecuencias, la teoría desarrollada por Wesley Newcomb Hohfeld (2001) y aplicada a los derechos humanos tanto por Robert Alexy (2002) como por Liborio Hierro (2000) son buenas referencias para tratar este punto. No me detendré en él porque no es importante para el argumento central que pretendo abordar. Tampoco me detendré a analizar la naturaleza jurídica de los derechos humanos, o determinar si se trata de derechos naturales, positivos, históricos o morales².

¹ Profesor-investigador de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México, lvazquez@flacso.edu.mx y espirituabsoluto@yahoo.com.mx. Recibido el 8 de mayo de 2010, aceptado el 12 de noviembre de 2010.

² Desde la teoría jurídica ya hay un acuerdo en torno a que los derechos humanos son derechos morales,

Menos aún intentaré seguir la huella de la más reciente propuesta del derecho dúctil generada por Gustavo Zagrebelsky (2003) para identificar en qué casos el corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) funciona como principio y cuando estamos frente a una regla, ni los límites del positivismo para identificar y aplicar principios y la propuesta dúctil para vivificarlos mediante procesos previos de interiorización a la aplicación de las reglas. Vaya, la construcción argumentativa de los derechos humanos que distingue la lógica formal de la lógica jurídica, donde el silogismo jurídico es insuficiente para construir un argumento de derechos humanos, junto con el estudio de los diversos mecanismos de incorporación (cláusulas abiertas, complementarias, interpretación conforme, y progresiva constitucionalización del DIDH), el análisis de auto-ejecutividad y el establecimiento de directrices por medio de los principios básicos del DIDH (en particular por el principio pro persona)³ no forman parte de los objetivos de esta sección inicial.

Sin duda, cada uno de los puntos anteriores generaría reflexiones individualizadas que dan para escribir varios libros. En cambio, la complejidad de la pregunta que abre este acápite tiene un objetivo bastante más sencillo: ¿cómo se presentan los derechos humanos en situaciones concretas? Y, en esas mismas situaciones y en un régimen democrático, ¿podemos garantizar derechos humanos a través de los repertorios modulares de la acción colectiva o únicamente se les puede garantizar a través de los mecanismos institucionales? De aquí que tenga sentido traer a colación un conocido concepto jurídico: derecho subjetivo. En inglés existen dos palabras para referirse al derecho: right y law. En castellano no tenemos esas dos opciones, por lo que creamos dos acepciones: derecho objetivo y derecho subjetivo. El primero se refiere normalmente a las normas jurídicas que tienen el respaldo coactivo del Estado: los códigos, las leyes, las constituciones, los reglamentos, etc.⁴; el segundo son las expectativas de acción y omisión que un sujeto de derechos tiene con respecto a otro sujeto obligado. Haré un par de anotaciones más sobre lo último.

como se observa en los textos de Eusebio Ruvalcaba (1982), Alfonso Ruiz Miguel (1990) y Carlos Santiago Nino (1989). Más interesante aún es la demostración que hace Neil MacCormick (1990) de las limitaciones de las teorías que fundamentan el derecho en la voluntad (y construyen la moral por acuerdo como principio de justicia fundante), por lo que se requiere construir argumentos sobre intereses justificados. En cambio, es desde la filosofía política y la antropología jurídica que se requiere una forma distinta de pensar los derechos humanos, debido a un concepto que resulta problemático en estas materias: la universalidad. Desde estas dos disciplinas, el nacimiento y consolidación de un derecho es siempre contingente y contextual, por lo que la fundamentación histórica parece más adecuada. Sin duda, la decisión que se tome en torno a la naturaleza jurídica que guardan los derechos humanos tendrá pros y contras, pero, de nuevo, este no es el objetivo de este ensayo ni la disertación al respecto es útil para el argumento central.

3 Sobre argumentación con perspectiva de derechos humanos, métodos de incorporación, auto-ejecutividad, principios y directrices véase: Vázquez, 2010. Sin duda, los textos coordinador por Víctor Abramovich, Christian Courtis y Martín Abregú y publicados por el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina son de mucha utilidad.

4 Sin duda la construcción del derecho objetivo puede ser mucho más compleja, como mencionaba antes, este no es el objetivo ni es útil para el argumento central, los interesados pueden acudir a Hohfeld, Alexy o Hierro.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, un derecho subjetivo es “toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)” (Ferrajoli, 2006: 33). Un derecho subjetivo es una expectativa formada en una persona con respecto a la acción u omisión de otra. Esta concepción básica nos lleva a dos conceptos básicos del derecho: “derecho” y “deber”. Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas con respecto a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana.

Hay muchos derechos subjetivos, pero no todos ellos califican como derechos humanos, los derechos fundamentales son “aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar” (Ferrajoli, 2006: 30). No se trata de cualquier tipo de pretensión, sino de aquellas constitutivas de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana. Nos referimos al conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales incluyendo las características de indivisibilidad, integralidad e interdependencia. No obstante, no paso por alto que sobre estos bienes, y desde la filosofía política, no hay un acuerdo, son determinados como primarios para Rawls, principios para Dworkin, capacidades para Amartya Sen y Martha Nussbaum, e incluso elementos constitutivos de la agencia y la ciudadanía de alta intensidad para Guillermo O’Donnell. Para tomar la ruta más corta (que no la más sencilla), diré que las pretensiones constitutivas de los derechos humanos son las que se encuentran fundamentadas por el DIDH.

Un hecho elemental a reconocer es que hoy los derechos humanos son una promesa para buena parte de las personas. Sin embargo, no hay que cometer el error de confundir la eficacia con la existencia del derecho. El derecho puede existir, pero ser ineficaz. Ni la existencia ni la universalidad de los DH depende de su efectividad, sino que proviene del reconocimiento del sujeto de derechos como persona que debe ser valorada como fin en sí mismo, como ente capaz de autodeterminarse, como identidad con dignidad (Blanc, 2001; Peces-Barba, 1994). Incluso los cuestionamientos más elaborados de la antropología y la sociología jurídica no cuestionan el concepto de universalidad en sí mismo, sino las distintas formas de construir la vida buena. Si el objetivo de los derechos humanos es la vida digna, el contenido y significado de ello pueden ser cosas muy distintas para personas que pertenecen a contextos diferentes. Frente a esto, la respuesta no es la desaparición de la universalidad, sino la construcción de diálogos interculturales a partir de los “topoi” fundacionales en los términos de Boaventura de Sousa Santos (1998), es decir, crear los consensos traslapados que suponen la estructura de los principios básicos de la sociedad y que permiten equilibrios reflexivos en las incommensurables dimensiones identitarias de las personas, en los términos de Rawls (1978, 1996 y 1996^a). Igual que la democracia para el posmodernismo de Derrida, los derechos humanos siempre son los derechos por venir, de aquí su principal potencial emancipatorio.

A partir de todo lo anterior, puedo establecer como punto de partida que los derechos humanos son exigencias éticas justificadas especialmente importantes por lo que deben ser protegidas eficazmente a través del aparato jurídico⁵. Que se trate de exigencias éticas justificadas se refiere a la necesaria existencia de una relación correlativa, a todo derecho no siempre recae una obligación, en cambio, éste es un requisito necesario en el campo de los derechos humanos. El carácter de especialmente importante proviene de los adjetivos de los derechos humanos: la universalidad, el carácter de absolutos y la irrenunciabilidad. Las características de justificación ética y especial relevancia conllevan a la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico. De lo contrario, sólo tendrían la fuerza moral proveniente del orden normativo moral pero no habría una eficaz garantía de los mismos (Ruiz, 1990; Fernández, 1982).

Los derechos humanos como derechos subjetivos y como exigencias éticas justificadas, junto con su subyacente promesa de futuro, nos permiten entender la fuerza emancipatoria de esta articulación: cuando una persona presenta un discurso en términos de derechos, lo que está exponiendo es una demanda⁶ que considera legítima. Los derechos humanos como derechos subjetivos son demandas moralmente sustentadas y con pretensiones de legitimidad. El punto de disputa en este ensayo es: cuando la demanda se presenta en un régimen democrático ¿el discurso también puede ser auto-realizable o requiere procesos de intermediación estatal? En otros términos: ¿son válidos los mecanismos sociales de defensa de los derechos humanos en los regímenes democráticos?

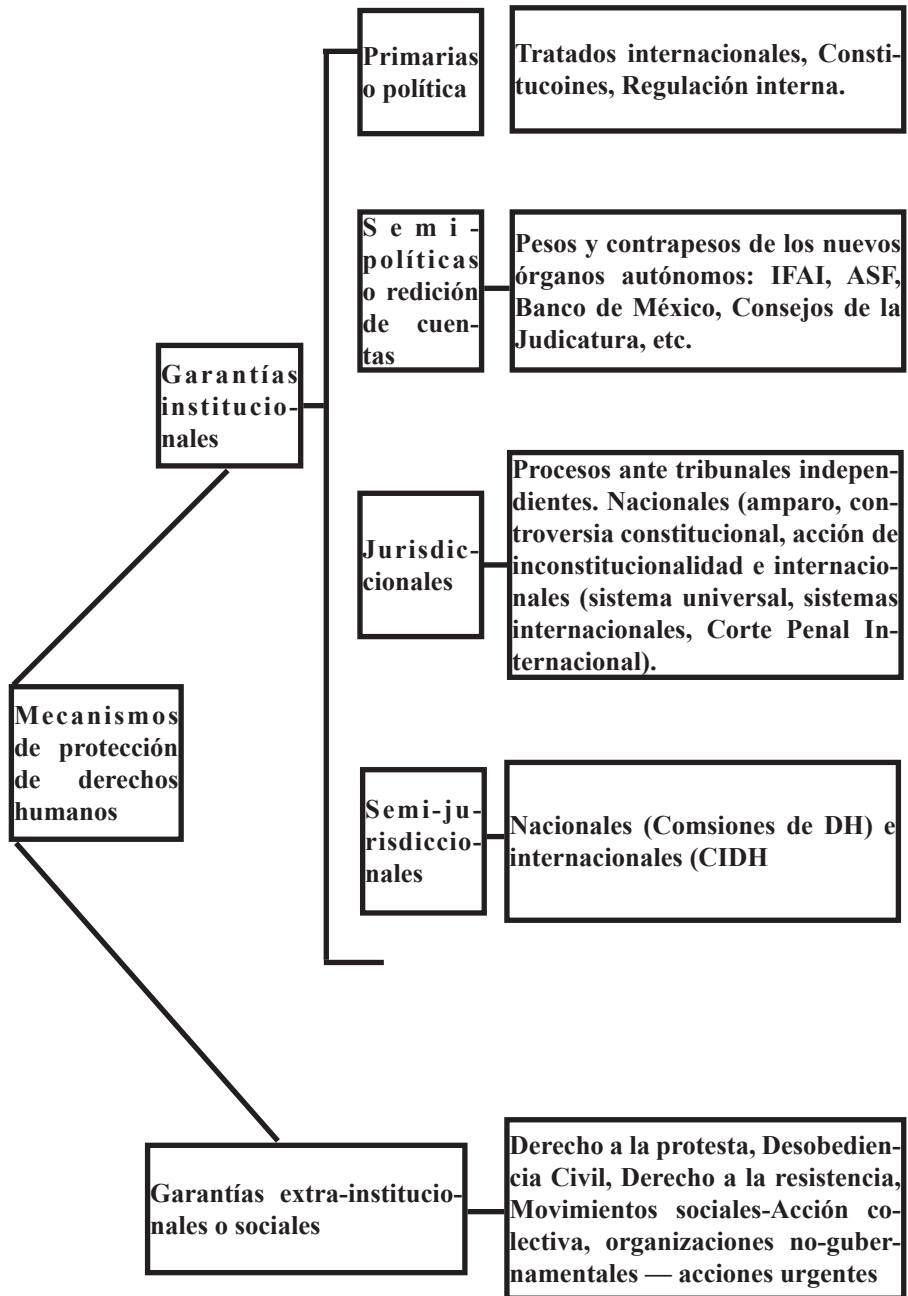
2. Las garantías sociales en un régimen democrático

Hasta hace poco tiempo solía confundirse el concepto de derecho con el de garantía, se manejaban como sinónimos. La principal aportación para la distinción de estos dos conceptos la debemos a la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli. Para él una “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (Ferrajoli, 2006: 29). De acuerdo con Ferrajoli, las garantías son las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, posibilitando la eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 1999: 25).

Existen distintos tipos de garantías y, por ende, diversas posibilidades de clasificación. Una taxonomía útil es la elaborada por Gerardo Pisarello quien amplía la diseñada por Luigi Ferrajoli. En esta clasificación, Pisarello observa que existen garantías institucionales y extra-institucionales o sociales (ver cuadro 1). Las primeras son aquellas que se realizan a través de los diversos órganos estatales. En su interior podemos encontrar mecanismos de protección como las garantías primarias o políticas, es decir la serie de legislaciones nacionales e internacionales necesarias para positivizar un derecho; las semipolíticas o de rendición de cuentas, que se ejercen a través de todos los mecanismos de pesos y contrapesos que se han

5 No sólo el sistema jurídico normativo sino también las instituciones formales e informales que constituyen el “hacer del derecho”.

6 No en términos jurídicos, sino en términos socio-políticos.



venido generando por medio de órganos autónomos y a través del ejercicio de derechos básicos como la información y transparencia. Existen también las semi-jurisdiccionales a cargo de las comisiones de derechos humanos o defensorías del pueblo. Y, finalmente, tenemos las garantías jurisdiccionales (o secundarias en términos de Ferrajoli), es decir, la exigencia del cumplimiento de un derecho acudiendo a poderes judiciales a través de procesos jurisdiccionales.

En este ensayo me concentraré en las garantías extrainstitucionales o sociales. Para ello, es importante distinguir entre justiciabilidad y exigibilidad de los derechos humanos. Hay más de una forma de hacer exigibles los derechos humanos, la justiciabilidad es una, pero no es la única forma de hacer efectivo un derecho, la rendición de cuentas, las garantías primarias, las recomendaciones de comisiones nacionales e internacionales de DH es otra y, finalmente, las garantías extrainstitucionales son otra forma de hacer exigible un derecho.

Las garantías extrainstitucionales se caracterizan porque la defensa de los derechos se lleva en los escenarios políticos de forma directa por el titular o los titulares del derecho transgredido. Todo el set de recursos políticos o de repertorios modulares de la acción colectiva en el proceso de internalización y re-significación del derecho forma parte de este proceso de garantía extra-institucional. La sociología política y jurídica así como la antropología social son las principales disciplinas que han dado cuenta de estos procesos. Sin negar el papel esencial de las garantías institucionales para dotar de eficacia a los derechos, este esquema resulta incompleto sin la existencia de múltiples espacios de presión popular, más allá del Estado y llegado el caso, incluso en su contra (Pisarello, 2007: 122-123). Dicho de otra manera, los mecanismos políticos no descartan las garantías primarias y secundarias, sino que se plantean como una vía adicional para la salvaguarda de los derechos.

Entre las cualidades que tienen los mecanismos extra-institucionales o sociales para la defensa de los derechos humanos se cuentan:

- 1.- Son directamente los titulares de estos derechos quienes los reivindican: deja de haber intermediarios en la demanda de satisfacción del derecho y la relación se vuelve directa entre el Estado (o cualquier otro ente obligado por el derecho)⁷ y los sujetos sin derecho.
- 2.- Hay una apropiación vivificada del derecho a partir de su conquista, que se aleja de la falsa mirada paternalista que se dio a los derechos económicos y sociales bajo políticas sociales clientelistas⁸.

⁷ Existe todo un debate sobre si se pueden establecer relaciones de derechos humanos entre particulares. El desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva 18/03) e incluso de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (amparo en revisión 2/2000) nos permiten afirmar que cada vez es más aceptado que sí hay relaciones de derechos humanos entre particulares. Sin duda, el principal movimiento que permitió observar este tipo de relaciones fue el movimiento feminista bajo el slogan “lo íntimo también es político” que cambió la relación de la esfera pública y privada y estableció posibles violaciones a derechos humanos entre particulares en el ámbito familiar. Sin embargo, aún hay un importante debate al respecto para determinar si efectivamente las violaciones directas donde el transgresor es un ente privado, o de violaciones mediadas donde el responsable es el Estado por la falta de cumplimiento de la obligación de proteger los derechos humanos. La doctrina más acabada al respecto es la *Drittwirkung der Grundrechte* alemana.

⁸ Lo cierto es que la historia política de los derechos, desde la Carta Magna de 1215 para pensar en los

- 3.- Conlleva a la configuración de sujetos participativos⁹ en las esferas social y política, más allá de los canales típicos de participación.
- 4.- Coloca la problemática más allá de los tribunales o del ámbito estrictamente jurídico-institucional.
- 5.- Potencializa la creatividad de los movimientos para innovar en formas de exigencia de los derechos.
- 6.- Puede convertirse en un mecanismo de presión que, sin duda, de mucha fuerza a la demanda del derecho.

Sin embargo, hay una interesante impugnación que se ha hecho a este mecanismo de protección a los derechos humanos. Es claro que frente a una dictadura o frente a una monarquía absoluta, se tiene derecho a resistir las decisiones políticas-gubernamentales, ya que estas provienen de un ente externo a nosotros, hay una violación a uno de los elementos esenciales del orden político actual: la autodeterminación. Pero, cuando la persona participa directamente en la decisión o indirectamente a través de la elección de sus representantes, ¿se tiene derecho a resistir la decisión política-gubernamental? ¿Se puede ejercer el derecho a la resistencia como mecanismo de exigibilidad de los derechos humanos en un régimen democrático-representativo? La piedra fundacional de la modernidad política proviene de la generación voluntaria del orden político-social, éste ya no era dado por una externalidad como el derecho divino o el destino manifiesto (en términos de la Moira inexorable y no de la política estadounidense del siglo XIX proveniente del protestantismo), provenía de la voluntad de cada uno de los sujetos de derecho que lo constituían a través de un contrato. Esta fundación social se repite en la democracia donde el símbolo de la autolegislación por medio de la ficción electoral supone un proceso de autodeterminación política. Sobre la pregunta mencionada unas líneas arriba y este andamiaje esbozaré las siguientes notas.

3. Conceptos básicos del liberalismo político: el nacimiento del sujeto de derechos

Se puede buscar la construcción del sujeto de derechos en la historia del constitucionalismo que dará forma al liberalismo político, un concepto se convertirá en el principal pilar de la legitimidad del orden político-social: la autodeterminación. Lo que se observa en este proceso es el paso de sociedades constituidas de forma orgánica a sociedades individualistas. Se pasa de una estructura donde el todo es más importante que la parte, donde la función social del individuo es más importante que el individuo mismo, a sociedades óntica, ética y metodológicamente individualistas donde la persona es el punto de partida y motivo de la construcción social.

documentos constitucionales modernos, es una historia de luchas sociales y de conquistas políticas.

9 Supone lógicas de participación distintas a las aceptadas por el modelo hegemónico de democracia liberal-procedimental-representativa. Esto implica no sólo la participación directa en las decisiones políticas mediante procesos de deliberación cara a cara, como en los presupuestos participativos o en los consejos comunales, sino incluso participación en el repertorio modular de la acción colectiva para generar influencia en las decisiones políticas. Para mayores referencias véase Vázquez 2010^a, 2008 y 2007.

Este largo proceso constitucional pasa por movimientos político-sociales que tuvieron como resultado la generación de las constituciones modernas, la Carta Magna de 1215¹⁰, la Petition of Rights de 1628¹¹ y la Bill of Rights de 1689¹². Si bien la historia inglesa es el principal ejemplo de la construcción del liberalismo político, los movimientos constitucionales del siglo XVIII en Francia y Estados Unidos de América lo complementan. Detrás de cada uno de estos documentos hay conflictos sociales que involucran tanto a movimientos más radicales que provienen de las clases sociales bajas (como el movimiento jacobino-radical en Francia) y apuntemientos de la naciente burguesía (por ejemplo, la reacción thermidoriana también en Francia). Más allá de este complejo constructo histórico-político, el elemento central que quiero destacar es el mensaje que se manda: el rey ya no es dueño de mi persona ni de mis bienes, yo soy propietario de mí mismo, tengo derechos sobre mí y sobre los productos de mi trabajo, se construye histórica y políticamente al sujeto de derechos y, con él, se abre una nueva lógica constitutiva del poder político.

La otra fuente de donde se abreva para entender la construcción del sujeto de derechos es la filosofía política liberal. Cuatro conceptos son fundamentales: la autodeterminación, el iusnaturalismo, el pacto fundacional y el derecho a la resistencia. Independientemente de que Hugo Grocio y Samuel Puffendorf sean los más claros elaboradores del derecho natural, prefiero regresar a Inglaterra, en particular al Leviatán de Thomas Hobbes. Me intereso por la particularidad de este texto ya que si bien Hobbes sigue siendo un realista y ferviente defensor de la monarquía absoluta, a diferencia de quienes sustentan la legitimidad de esta forma de gobierno en el derecho y descendencia divina, Hobbes lo hace en la autodeterminación de los súbditos a partir de dos herramientas analíticas de la filosofía política: el contrato social o pacto fundacional y el Estado de naturaleza.

10 El rey sometió al Concilio Común, integrado por la nobleza y los altos eclesiásticos, la posibilidad de aumentar o establecer nuevos impuestos; se descentraliza la justicia; condena las multas y castigos impuestos en transgresión a la ley; el rey se compromete a consultar sistemáticamente al Concilio Común para tomar decisiones que involucren a todo el reino; otorga un fuero especial a los condes y barones; se establece la obligación de presentar testigos frente a un cargo penal; se limitan los tiempos de detención y presentación ante los jueces; se cancela la posibilidad de comprar la justicia; se establece la proporcionalidad de la pena y se excluye de la misma a las mercancías de los mercaderes y las pertenencias personales de los villanos; se establecen una serie de protecciones especiales para las viudas y los menores de edad; se prohíbe a los nobles para disponer de los bienes personales de sus vasallos; y se prohíbe a los oficiales de tomar caballos y carros de los súbditos, excepto en tiempos de guerra (González, 2002: 35).

11 Ante el sistemático aumento de impuestos de Carlos I para solventar los gastos de la corte y las guerras contra Francia y España (acompañados de penas a quien no paga impuestos y de encarcelamiento para los jueces que se nieguen a sentenciar a los súbditos deudores), y la negativa del parlamento para otorgar dichos aumentos, el rey decide echar a andar su política impositiva sin el visto bueno del parlamento. Ante ello, Edward Coke, miembro de la cámara de los comunes, preparó la Petition of Right que es aprobada tanto por los comunes como por los lores. En este documento se recuperan, con un mayor andamiaje, todas las garantías establecidas 300 años atrás.

12 Se establecen las siguientes garantías: las elecciones de los miembros del parlamento serán libres, los parlamentarios tienen libertad de expresión dentro y fuera del parlamento, el rey no puede suspender una ley que haya sido votada por el parlamento, el rey no puede crear ejércitos propios, el rey no puede levantar impuestos por su cuenta, la proporcionalidad de los castigos en los juicios y la obligación de dar a conocer los nombres de los miembros de jurados.

El nuevo fundamento de la construcción política es la autodeterminación del individuo. Esta autodeterminación se expresa por medio de un pacto, uno en donde todos los hombres deciden ceder algo de libertad (en unos pactos más, en otros menos) a fin de salvaguardar ciertos bienes primarios, quien decide la construcción de la sociedad política es el ciudadano y no una voluntad externa a él. El rey ahora casi-todo-poderoso no lo es por derecho divino, sino por decisión de todos y cada uno de sus súbditos para salvaguardar, en el caso de Hobbes, un bien primario: la vida. La existencia de estos bienes primarios mantiene latente el derecho a recuperar la libertad natural cuando alguna de las partes rompe el pacto fundacional, se constituye el derecho a la resistencia.

El debate posterior en esta materia se daría en torno a cuáles son los bienes primarios constitutivos del pacto fundacional, cuáles serían los derechos naturales que el Estado no puede transgredir o cuáles serían los derechos que las personas no delegarían en la constitución del pacto. Por ejemplo, mientras que para Hobbes el único derecho primario es la vida, para Locke es la vida, la libertad y la propiedad, y para Rousseau es la igualdad política y económica y la libertad civil. De aquí también que sea importante determinar que tipo de contrato se firma, uno donde se ceden todos los derechos naturales o uno donde sólo se ceden algunos. En el primer caso, son pocos los derechos que se conservarían para la persona, en cambio, el régimen sería mucho más cercano a un gobierno totalitario. Por el contrario, si son pocos los derechos que se ceden en el contrato y más los que se conservan, estaremos frente a Estados más limitados. De aquí los diferentes contratos, regímenes políticos y consecuencias que se encuentran en Hobbes, Locke y Rousseau. Hacia el siglo XIX los derechos naturales caerán en desuso (repito que incluso hoy se considera que los derechos humanos son derechos morales), esta discusión se convertirá en las distintas formas de pensar la libertad (positiva o negativa) y la igualdad (moral, política, ante la ley, en capacidades o en resultados). Los bienes primarios provenientes de las distintas concepciones de libertad e igualdad se convertirán en los derechos morales subjetivos constitutivos de los derechos humanos.

Durante el siglo XVII y XVIII la construcción del sujeto de derechos pasó por la idea de libertad negativa,¹³ de poner límites al Estado para evitar interferencias en la esfera privada del sujeto y en su capacidad de acción. Dos fueron los principales mecanismos: límites de los poderes o Estado de Derecho (seguridad y certidumbre) y límites de las funciones o Estado mínimo (Bobbio, 1985). La libertad negativa está relacionada con determinado tipo de igualdad: la igualdad moral, la igualdad política y la igualdad ante la ley. En todos los casos se trata de igualdades abstractas a las que todos, independientemente del lugar social en el que se encuentren, debieran tener acceso, sin importar sexo, estatus económico, social o cultural.

13 Vale la pena distinguir la libertad negativa liberal de la republicana. La primera busca evitar la interferencia, la segunda la dominación (no ser sometido involuntariamente a la voluntad de otro). Esto tiene consecuencias importantes, por ejemplo, en el liberalismo los individuos toman decisiones a partir de sus preferencias con un interés egoísta, en el republicanismo las decisiones provienen de un proceso de juicio orientado en torno a un bien común; en consecuencia, para los liberales la ley es un mal necesario, en cambio, para los republicanos la ley es un instrumento que les permite garantizar la libertad.

Sin embargo, el principal problema con la igualdad abstracta es que mantiene en un punto ciego las desigualdades concretas, aquellas que ponen en duda la capacidad de acción, de agencia del individuo (O'Donnell, 2004).

La historia del siglo XIX junto con el desarrollo del socialismo hizo patente que la libertad negativa era insuficiente. Más que la inacción del Estado o un Estado reducido, lo que hacía falta era su acción decidida y ágil para garantizar determinados derechos económicos y sociales a los ciudadanos, sin los cuales difícilmente podría hablarse de “libertad” pensada como autodeterminación; hacía falta renovar la idea de libertad, pensar en una libertad positiva. Hicieron su aparición las teorías de las capacidades, de los bienes primarios como parte de una teoría de la justicia y de la agencia; de la mano de la ciudadanía social y el derecho a no ser pobre. Junto con la idea de libertad positiva vino la igualdad de capacidades que sustenta la teoría del desarrollo y la igualdad material que sostiene la exigibilidad de los derechos humanos. Sólo con una libertad positiva y una igualdad que visibilice las desigualdades concretas y las diferencias se puede permitir que una persona efectivamente decida qué es la vida buena y modifique su entorno rumbo a ella.

La idea de autodeterminación también está vinculada a otros tres conceptos: la racionalidad, la autorrealización y la autonomía. La racionalidad conlleva la autoconsciencia de existencia de la persona. A partir de esa conciencia, el individuo es capaz de elegir su propio camino, es decir, no está predeterminado ni natural ni teológicamente. Además, puede perfeccionarse conforme decide la serie de pasos que lo llevan a la vida buena. Finalmente, el ser humano es autónomo porque genera una autolegislación moral y define qué actos lo constriñen (Rojas, 2009). Con esta idea de dignidad humana el ser humano se adscribe con una superioridad moral frente al resto de las cosas y animales que están a su alrededor. De aquí que cobre sentido una de las máximas kantianas: ningún hombre puede ser visto como un medio para alcanzar un objetivo, cada uno es un fin en sí mismo (Rojas, 2009). El elemento que se encuentra en el centro de los derechos humanos es justamente esta dignidad humana, todo el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales no tienen valor en sí mismos, cuentan sólo con un valor instrumental tan pronto auxilian la concreción de esa vida digna.

Los derechos humanos se han desarrollado paralelamente a la conformación de esta ideología, el objetivo final de los derechos humanos es la vida digna, por lo que una de sus metas es la limitación del poder político (estatal o privado) rumbo a la concreción de lo que para cada una de las personas es una vida digna. La libertad positiva y negativa, la igualdad moral, política, jurídica y material de las personas son los elementos constitutivos del discurso de derechos humanos para conformar al sujeto de derechos, a la persona capaz de definir e ir en pos de lo que ella considera la vida buena.

De esta forma, el discurso sobre los derechos humanos, tal como hoy lo conocemos, es un producto del liberalismo político del siglo XVII. Se le puede ras-
trear tanto desde los sucesos históricos como desde la generación teórica del

liberalismo político. Pensando en los sucesos históricos, la historia inglesa es clave para entender la construcción del discurso sobre DH. El punto de partida es la Carta Magna de 1215, documento constitucional a través del cual los nobles disputan y arrancan una serie de derechos a la corona donde la propiedad es un elemento central, pero también comienzan a figurar las primeras garantías para los derechos civiles y el reconocimiento de ciertos grupos vulnerables (las viudas) que involucran tanto a los nobles como al resto de los gobernados. Uno de los elementos centrales tanto de los DH como del liberalismo se hace evidente en la disputa y en la generación del documento: la construcción del sujeto de derechos. No es casualidad que en los siguientes 200 años la Carta Magna reciba 44 confirmaciones que implican la continua y sistemática restricción del poder de los reyes ingleses. Bajo esta lógica —disputa política por la soberanía y construcción histórica del sujeto de derechos— se encuentran las principales declaraciones liberales: la *Petition of Right* de 1628, la *Bill of Rights* de 1689, la Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En cambio, desde la teoría política y siguiendo aún la ruta del liberalismo, no se trata de un proceso histórico de confrontación sino de un acto único e instantáneo de carácter fundacional integrado por cuatro conceptos clave: la libertad como autodeterminación, el iusnaturalismo, el contrato o pacto fundacional y el derecho a la resistencia. A estos elementos se suma otro que permitirá legitimar de forma continua a los gobiernos: la autolegislación, es decir, el sometimiento voluntario a las leyes en las que yo participo en su elaboración. Las primeras concordancias del liberalismo con la democracia provienen de la necesidad de formar una teoría sólida que permita la salida del Estado absolutista. El elemento primordial es que el discurso sobre derechos humanos nace tanto con la modernidad como con el liberalismo político.

Pese a la importancia de la construcción del sujeto de derechos en esta perspectiva, lo cierto es que ha sido poco desarrollada. La mayor elaboración proviene de los análisis del derecho a no ser pobre y la relación entre el empoderamiento y superación de la pobreza¹⁴. Hasta aquí, las principales premisas en la construcción del sujeto son:¹⁵

14 Esto parece normal si tomamos en cuenta que la pobreza implica la privación de múltiples elementos, de varios derechos que en su conjunto limitan la capacidad de autodeterminación del sujeto, la posibilidad de ejercer potestad. Es importante dejar claro que esta capacidad de autodeterminación depende de elementos económicos, pero también de factores culturales, sociales y políticos. Por ende, las limitaciones a la autodeterminación no son sólo económicas, también hay múltiples privaciones que se estructuran a partir de elementos culturales, sociales y políticos; la falta de autodeterminación, de potestad del sujeto es multicausal, no hay una explicación única y, por ende, una salida sencilla. Sobre esta relación son útiles: Grove, 2006; y OACNUDH, 2004.

15 El objetivo de este acápite es identificar al sujeto de derechos en la constitución de la modernidad política. Es por esta razón que se construye el argumento desde la teoría política, y no desde la teoría jurídica. También por esta razón se abreva de Hobbes como el principal autor que fundamenta la construcción del orden social en la voluntad, aunque su propuesta concluye de forma iliberal. El otro elemento a destacar es la construcción de ese nuevo orden político en los procesos históricos fundamentales, sin duda los movimientos revolucionarios que concluyeron con nuevas declaraciones constitucionales que retaban la soberanía política del rey.

1.- Se considera a los derechos humanos como derechos morales subjetivos positivizados (recupérese todo lo escrito en el primer acápite de este ensayo), por ende, frente a este derecho siempre hay un obligado, lo que existen no son clientes o sectores sociales necesitados, sino personas que exigen el cumplimiento de sus derechos

2.- La consecuencia inmediata de la existencia de estas obligaciones jurídicas es el establecimiento de diversos mecanismos de exigibilidad de los derechos que pueden ser tanto jurisdiccionales nacionales e internacionales, como semi-jurisdiccionales nacionales e internacionales y extrainstitucionales o sociales.

3.- La participación del ciudadano se da en la toma de decisiones, como una forma de autodeterminación, siempre a partir de la idea de construcción de un destino común. Por ende, la participación no es sólo un medio, es un fin en sí misma y es, a la vez, un mecanismo de control social sobre el poder político.

4.- En general, todo el set de derechos considerados fundamentales, tanto civiles, como políticos, económicos, sociales y culturales, de forma integral, indivisible e interdependiente, se consideran instrumentos que tienen por objeto capacitar al sujeto en el ejercicio de su autodeterminación que, en términos generales, es la identificación y ejercicio de lo que cada uno considera la vida buena. Esto supone una amplia capacidad de discernimiento y libertad de acción y opción.

Sin embargo, esta elaboración teórica conlleva dos presupuestos que es necesario explicitar: la política se constituye como construcción de consensos y el Estado tiene como objetivo la defensa de los bienes primarios y, a partir de ello, la construcción del bien común. Este es un problema porque deja de lado el conflicto en la política a la par que oscurece los procesos de dominación institucionalizados al interior del propio Estado. Por ello, es mejor pensar al Estado como una estructura en tensión constante, una promesa (no inocua) de bienestar general (O'Donnell, 2004) y, al mismo tiempo, un proceso de dominación institucionalizada. Esto nos lleva a pensar la política de forma dicotómica, como un proceso de consensos y conflictos. Sólo si miramos la política como una tensión entre el conflicto y el consenso, podemos entender la urgencia de las garantías extrainstitucionales de protección de los derechos humanos, incluso en las democracias representativas— procedimentales.

4. La democracia del siglo XVIII y el gobierno representativo

En los movimientos constitucionales del siglo XVIII y XIX comenzaron a ponerse en duda las bondades de la democracia directa. Cabe mencionar que en este momento, cuando se pensaba en democracia, se pensaba en el modelo directo ateniense, en sujetos tomando decisiones de forma directa en asambleas. Si bien no se quería seguir bajo el yugo de un rey, tampoco se querían poner ciertos derechos en manos de una mayoría capaz de vulnerarlos. Lo mismo Sieyes y Benjamin Constant en Francia que

Jay, Hamilton y Madison en EUA y John Stuart Mill en Inglaterra conformaban lo que posteriormente fue conocido como “el miedo a las mayorías”, que se gesta desde dos ángulos: el miedo ante una masa pauperizada que ponga en peligro uno de los principios centrales del orden político jurídico en ese momento: la propiedad; y el miedo a una masa dogmática que ponga en peligro el otro valor esencial: la libertad¹⁶ (en especial la religiosa). Frente a esta idea de democracia directa por medio de asambleas se creó lo que denominaron gobierno representativo.

La principal diferencia entre la democracia directa y el gobierno representativo será la división política del trabajo para profesionalizar a la clase política e independizarla del “pueblo”. En términos tanto de Joseph Schumpeter (1942) como de Bernard Mannin (1995), ni el pueblo gobierna en ninguno de los sentidos de la palabra pueblo y gobernar, ni los gobernantes pueden iniciar una ley con la frase “Nosotros el pueblo...”. De esta forma, el pueblo no decide, simplemente nombra a quien debe tomar decisiones. Ante la pregunta ¿Cómo sostener un gobierno en un mundo marcado por la persecución legítima y razonable de los intereses personales y qué forma debe adoptar el gobierno? las elecciones regulares, el voto secreto, la competencia entre facciones, líderes potenciales o partidos y el gobierno de la mayoría son las bases institucionales para establecer la responsabilidad de los que gobiernan. Mientras los representantes se especializarán en la política y no estarán sometidos a “los deseos momentáneos del pueblo”, los ciudadanos podrán dedicar el tiempo necesario a la política para consagrar el grueso de su ocupación al desarrollo de su vida privada, a hacer efectiva su capacidad de autodeterminación mediante la concreción de lo que para cada uno sea la vida buena... en la esfera privada.

Consecuencia de lo anterior, la discusión pasa de la pregunta ¿quién gobierna? a las interrogantes ¿cuáles son los mecanismos de control más eficientes sobre los representantes? ¿cómo se construye el lazo representativo? Para garantizar que los representantes no se comportarán como una minoría que violenta los derechos naturales (que no hay un nuevo rey más numeroso) operan los principios constitutivos del Estado de derecho: el gobierno sólo puede hacer lo que la ley le permite, los ciudadanos podemos hacer todo lo que la ley no nos prohíbe, y el gobierno sólo puede actuar a través de actos generales, abstractos y no retroactivos. En conclusión, el gobierno hace sólo lo que la ley le permite y actúa sólo a través de leyes. Además, las actividades del Estado deben ser las mínimas necesarias, aquellas que, por conflictos de cooperación, los ciudadanos no podemos desarrollar. Con estos dos puntos se busca garantizar que el Estado no interfiera en la conformación de mi autodeter-

16 Esta perspectiva es hábilmente defendida en un documento clave de John Stuart Mill, *Sobre la libertad*. En este ensayo la defensa de la libertad no es sólo en relación con la acción gubernamental, es especialmente con respecto a la estructuración social -a la tiranía de las opiniones y de las pasiones dominantes-, que inhibe la capacidad de innovación humana. “El hombre que permite al mundo, o al menos a su mundo, elegir por él su plan de vida, no tiene más necesidad que la facultad de imitación de los simios. Pero aquel que lo escoge por sí mismo, pone en juego todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el raciocinio y el juicio para prever, la actividad para reunir los elementos de la decisión, el discernimiento para decidir, y, una vez que se haya decidido, la firmeza y el dominio de sí mismo para mantenerse en su ya deliberada decisión.” (Mill, 1977).

minación, con el gobierno representativo se constituye una clase política profesional que se dedica a gobernar; el ciudadano común puede dedicarse a la búsqueda de la vida buena en el ámbito privado, a la autodeterminación en la esfera privada, el objetivo central es que el Estado no interfiera en esta búsqueda. Se consolida una división política del trabajo entre los gobernantes y los gobernados.

Además de estas dos herramientas, el paradigma liberal crea otros elementos para controlar a los gobiernos: las elecciones a intervalos regulares (accountability vertical), la división de poderes ahora consolidada con nuevos organismos autónomos (accountability horizontal), el respeto de ciertos derechos instrumentales para perfeccionar las elecciones, como el derecho de asociación y de libre manifestación (democracia constitucional) y la formación de una sociedad civil fuerte y diversificada que tenga impacto en la formación de la opinión pública (pluralismo). Los problemas comienzan cuando nos preguntamos: ¿son suficientes el voto ciudadano, por un lado, y el control mediante pesos y contrapesos, por el otro, para evitar los excesos del grupo político-económico gobernante? Más importante aún, cuando el individuo sólo participa en la elección, pero no en la decisión ¿se está autodeterminando?

Parece claro que en la democracia de los antiguos, en aquella donde yo participo de forma directa en la conformación de la decisión política y en la confección de la ley, quedaría poco espacio para el derecho a la resistencia, incluso cuando mis preferencias se encuentran alejadas de la decisión mayoritaria, pero ¿sería igual en los gobiernos representativos? No, no funcionaría igual. El principal problema es que, pese a las distintas herramientas establecidas por el liberalismo político para controlar a los gobiernos, estos también han generado un repertorio de recursos políticos a la par que los poderes fácticos logran influir en la toma de decisiones políticas y presentar intereses particulares como bien común. Lo que se gesta es una serie de disrupciones en el lazo pueblo-gobierno o en los términos de la representación.

Los ciudadanos contamos con el voto como un recurso político para generar influencia en la toma de decisiones políticas vinculantes, pero existen otros poderes fácticos que también tienen recursos políticos para generar influencia.¹⁷ Por ejemplo, los empresarios cuentan con la entrada, no entrada y salida de capitales para determinar cuál es una buena política y cuál no lo es, aquella que no sea adecuada a mis intereses, será vetada a través de una corrida financiera o una disminución en el flujo de la inversión, generando desequilibrios económicos esenciales para cualquier gobierno.

Además, los empresarios también pueden participar en la formación de la opinión pública y en el financiamiento de las campañas electorales y pueden utilizar estas participaciones como recursos políticos.¹⁸ Asimismo, los movimientos sociales cuentan con todo un repertorio modular de la acción colectiva como son las manifestaciones, ocupaciones, mítines, retenciones de servidores públicos, para influir en

17 Para analizar lo que son los recursos políticos y su uso en las democracias representativas – procedimentales es útil Vázquez, 2007.

18 Para analizar los recursos político-económicos del mercado y su influencia en las democracias representativas- procedimentales son útiles: Vázquez, 2009 y 2008^a.

la toma de decisiones políticas vinculantes¹⁹.

Por su parte, el movimiento de derechos humanos cuenta con su propio repertorio como son la construcción de redes nacionales e internacionales, el litigio estratégico, la elaboración de informes, y las medidas urgentes también para generar tendencias en las decisiones políticas²⁰. Una interesante pregunta es: ¿cuáles de estos recursos políticos son más eficientes para generar influencia en la toma de decisiones políticas vinculantes? Sin embargo, no daremos respuesta a esta pregunta, lo único que nos interesa subrayar es que el lazo representativo se conforma por mediaciones que van más allá de las elecciones, de la simple emisión de votos²¹.

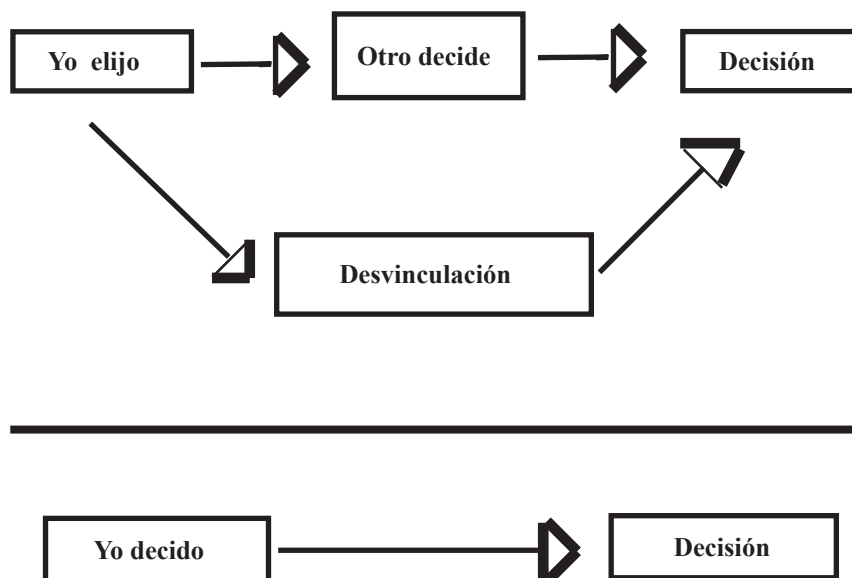
Por otro lado, los gobiernos no son sólo una máquina que reacciona a impulsos provenientes del exterior, son también actores, con intereses, creencias e ideologías propias, con agendas y finalidades. De aquí que el lazo representativo no sólo puede generar disrupciones por la intervención de poderes fácticos a través de sus recursos políticos, también puede generar disrupciones por intereses específicos generados al interior del gobierno que sean contrarios a las preferencias de los ciudadanos. En estos casos, los gobiernos no sólo reaccionan a las preferencias de los votantes, sino que accionan en la posible formación de dichas preferencias y lo hacen por medio de todo el instrumental estatal que tienen a su cargo así como de una inmensa asimetría informativa entre el gobierno y los ciudadanos. Vemos que la relación de poder no es de tipo unidireccional, del votante hacia el gobierno o viceversa, sino bidireccional, en la serie de intercambios sociales cotidianos.

A partir de lo anterior, el miedo a las mayorías, conjugado con el establecimiento de un gobierno representativo no vinculante y las posibles disrupciones del lazo representativo pone en duda uno de los principales pilares del liberalismo político: la libertad entendida como autodeterminación. Si el pueblo no gobierna sino que sólo elige a sus gobernantes y los gobernantes no son el pueblo: ¿el ciudadano logra autodeterminarse a través de las decisiones de sus gobernantes? En este punto se debe tener mucha claridad, una decisión gubernamental en un gobierno representativo no necesariamente es una decisión mayoritaria en, al menos, dos sentidos: 1) que el grueso de los ciudadanos, que no participan en la decisión, estén de acuerdo con ella, es decir, puede haber decisiones gubernamentales que tengan un amplio rechazo social; y 2) que dicha decisión efectivamente genere un bienestar para la mayoría de los ciudadanos, en este caso estaremos frente a decisiones que si bien son aceptadas por la mayoría, generarán un perjuicio a esa mayoría. Estas dos rupturas son dos de las principales consecuencias del gobierno representativo. Lo que vemos son posibles disrupciones del lazo representativo.

¹⁹ Para analizar los recursos políticos de los movimientos sociales es útil Vázquez, 2008.

²⁰ Este tipo de recursos políticos ha sido denominado *accountability* social. Un texto en el cual se puede profundizar este andamiaje institucional y sus posibilidades es Smulovitz y Peruzzotti, 2002 y por supuesto los textos elaborados por Keck y Sikkink así como por Alejandro Anaya en el caso de México.

²¹ Para un acercamiento a la posible respuesta es útil Vázquez 2009 y 2008^a.



En estos casos, los mecanismos extra-institucionales de protección de los derechos humanos, los mecanismos de autotutela cobran más importancia que nunca, en especial porque recuperan el objetivo inicial pensado desde el cimiento del liberalismo político: resistir una decisión minoritaria de gobiernos externos que transgreden los bienes primarios constitutivos del contrato social.

5. Conclusión

En las páginas que anteceden hemos dado paso a una pregunta propia de la teoría política: en un régimen democrático ¿tenemos derecho a ejercer mecanismos extra-institucionales para garantizar nuestros derechos? Cuando se trata de un orden político-social proveniente de una fuente ajena a mi persona, parecería lógico tener capacidad de ejercer estos mecanismos sociales, ya que su origen de legitimación no es la autodeterminación, su germen es heterónomo, pero ¿qué hacer cuando se trata de un derecho democráticamente legislado y de acciones tomadas por gobiernos democráticamente electos?

Existen diversos mecanismos de protección de los derechos humanos, insti-

tucionales como las garantías primarias, la rendición de cuentas, los semipolíticos y la justiciabilidad de los derechos humanos, pero también extra-institucionales donde el titular del derecho, por medio del repertorio modular de la acción colectiva o a través de las acciones del movimiento de derechos humanos, busca la exigibilidad de un derecho que considera violentado o transgredido. La pregunta es: ¿es válido usar este repertorio frente a medidas tomadas por un gobierno democráticamente electo?

El objetivo principal de los derechos humanos es la dignidad humana, la posibilidad de tener una vida digna. Uno de los elementos centrales en este objetivo es la autodeterminación, la persona es, y debe ser, capaz de autodeterminarse, todo el set de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales tienen este fin principal: la autodeterminación en torno a la vida digna. Uno de los elementos centrales en este proceso es la autodeterminación política, que en los siglos XVII y XVIII se pensaba como la participación directa en la toma de decisiones políticas vinculantes, que no fuera una fuerza externa (el rey por derecho divino) quien tomara las decisiones que me incumben. La aparición del gobierno representativo generó un andamiaje institucional distinto y, con él, muchas dudas en la idea de autodeterminación política y disrupciones en la conformación del lazo representativo.

Cuando los gobiernos representativos logran aislarse de sus representados, presentan intereses particulares como bien común y toman decisiones abiertamente contramayoritarias que violentan derechos humanos, los mecanismos extrainstitucionales de protección, la autotutela, no sólo son un recurso político legítimo, sino incluso necesario frente a las disrupciones y límites de esta forma de democracia.

Fuentes de información citadas

- Alexy, Robert (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Blanc Altemir, Antonio. (2001) “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. España: Universitat de Lleida / Tecnos / ANUE. Pág. 13-35.
- De Sousa, Boaventura. (1998) *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Uniandes / Siglo del Hombre Editores.
- Bobbio, Norberto. (2005), *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, Norberto. (2006). *Liberalismo y Democracia*. México: FCE.
- Dahl, Robert. (1993). *La democracia y sus críticos*. España: Paidós.
- Dahl, Robert. (2006). *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. México: Taurus.
- Fernández, Eusebio (1982) “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. España: Editores

- rial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- González, Nazario. (2002). *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.
- Hierro, Liborio L. (2000a). “Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, en *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, n° 3, pag. 139-173
- Hobbes, Thomas. (1994) *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: FCE.
- Hohfeld, Wesley N. (2001) *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n° 2, México: Distribuciones Fontamara.
- Locke, John. (1997). Ensayo sobre el gobierno civil. México: FCE.
- MacCormik, Neil (1990) “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en *Derecho legal y socialdemocracia*. Madrid: Tecnos. pp. 154-166.
- Macpherson, C.B. (primera edición en inglés 1977). (1981). *La democracia liberal y su época*. España: Alianza editorial.
- Manin, Bernard. (1995). “La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo.” en revista *Sociedad*. Abril. No. 6. FCS-UBA. p. 13-38.
- Nino, Carlos Santiago (1989) *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.
- O'Donnell, Guillermo. (2001). “El impacto de la globalización económica en las estrategias de reforma institucional y normativa.” en Fernando Carrillo Flórez (editor). *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- O'Donnell, Guillermo. (2003). “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos.” en Guillermo O'Donnell, Osvaldo Lazzetta y Jorge Vargas Cullell (comp.). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*. Argentina: Homosapiens ediciones / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. p. 25 – 149.
- O'Donnell, Guillermo. (2004). “Notas sobre la democracia en América Latina” (SOLO LOS PUNTOS I-VIII) en Guillermo O'Donnell. *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*. Argentina: PNUD.
- Peces-Barba, Gregorio. (1994). “La Universalidad de los Derechos Humanos.” en Rafael Nieto (Editor). *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: CoIDH. Pp. 399 – 420.
- Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz (2002), “Accountability social: la otra cara del control”, en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*. Temas grupo editorial, Buenos Aires. pp 23 - 52.

- Pisarello, Gerardo. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Rawls, John. (1978). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 654 p.
- Rawls, John. (1996) “La justicia como equidad: política no metafísica.” en La política. *Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. Barcelona: Paidós. No 1, primer semestre. p. 23 – 46.
- Rawls, J. (1996^a), “Ideas Fundamentales”, en *Liberalismo político*, ed. J. Rawls, Segunda edn, México, Fondo de Cultura Económica.
- Rojas, Víctor Manuel. (2009). “La dignidad humana ante nuevos desafíos” en José Luis Caballero, *La declaración universal de los DH. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, pp. 23-42.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1990). “Los derechos humanos como derechos morales”, en *Anuario de Derechos Humanos*. número 6, pp. 149-160.
- Schumpeter, Joseph. (primera edición en inglés 1942), (1983), *Capitalismo socialismo y democracia. Tomo I*, Barcelona, Ediciones Orbis.
- Vázquez, Daniel. (2010), “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Tribunales Locales: una propuesta de interpretación y articulación de normas”, en *Aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno*, México, TSJDF. En prensa.
- Vázquez, Daniel. (2010^a), “Los derechos humanos y la teoría y estudios empíricos de democracia: una relación accidental” en Ariadna Estévez y Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: construyendo una agenda de investigación multidisciplinaria*, México, FLACSO / Cisan-UNAM. En prensa.
- Vázquez, Daniel. (2009), *Democracia y mercado: viejas disputas, ¿nuevas soluciones? Análisis y lecciones del caso argentino (1989-2008)*, México, Flacso-México.
- Vázquez, Daniel. (2008). “Democracia liberal procedimental y movimientos sociales. Temas pendientes en la democracia mexicana luego del conflicto en Oaxaca” en Julio Aíbar y Daniel Vázquez (coord.), *Política y Sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*, México, FLACSO.
- Vázquez, Daniel. (2008a). “La negociación de la deuda argentina 2003-2005: navegando entre poderosos” en Dante Avaro y Daniel Vázquez (coord.), *Derrumbando un mito. Instituciones exitosas en Latinoamérica contemporánea*, México: Distribuum / FLACSO-Uruguay. P. 82-150.
- Vázquez, Daniel. (2007). “La democracia, el populismo y los recursos políticos del mercado: déficits democráticos y neopopulismo” en *Vox Populi. Populismo y democracia en América Latina*.
- Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho por principios” en *El derecho dúctil*, Trad. Mariana Gascón. Madrid, Trotta, 2003. pp. 109-122.

Entrevista

“...una música lejana, para colmo, nada culta”

Diálogo con el Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo. Profesor Titular de la Universidad de la Habana y Presidente del Tribunal Nacional Permanente de Grados Científicos para las Ciencias Jurídicas (Cuba).

Yoel Carrillo García.¹

Dr. Yoel Carrillo García: *Distinguido profesor, de antemano le agradezco su disposición a responder algunas preguntas para Crítica Jurídica; más que una sesión de preguntas y respuestas me gustaría sostener un diálogo en el que ilustre a los lectores sobre algunas cuestiones básicas e torno al Derecho en Cuba después de 1959.*

Lo primero que conviene señalar en ese sentido es que la teoría y las prácticas jurídicas desarrolladas en Cuba son desconocidas o mal conocidas en el extranjero; y entre lo que se conoce a través de publicaciones generadas fuera de país hay gran confusión, seguramente vinculadas a un fenómeno más general de desconocimiento y tergiversación sobre la propia Revolución Cubana y su proceso histórico.

Dentro de ese proceso ha ocupado un lugar importante el Derecho en sus diferentes manifestaciones: desde lo que se llamó en las primeras décadas la “destrucción de la legalidad burguesa y la construcción de la nueva legalidad socialista” hasta la formación de los juristas en la universidades del país, pasando por las investigaciones jurídicas y la publicación de sus resultados a través de diferentes medios de difusión del pensamiento.

Dentro de esos grandes temas apenas enunciados le invito a que nos de su opinión (basado en la experiencia acumulada en sus más de 20 años dedicados a la enseñanza, la investigación y el desarrollo de los estudios jurídicos en Cuba) de algunos aspectos poco conocidos.

En primer lugar, me gustaría que nos mencione los aspectos más importantes de su trayectoria académica y profesional.

Dr.. Leonardo B. Pérez Gallardo: Ante todo permítame expresarle mi agradecimiento por haber pensado en mí para esta entrevista; hay profesores en Cuba con tanta, e incluso mayor autoridad que yo, para contestar las preguntas que usted pretende hacer en este diálogo- expresión que me agrada mucho más que entrevista, pues prefiero la alteridad en la relación, que el interrogatorio: no olvide que soy civilista de formación. También le agradezco porque usted hará que yo incursione en temas en los que es más común que practique, antes de que teorice, ya que investigo y dirijo investigaciones pero en campos concretos del Derecho, no en una órbita de

¹ Profesor de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

mayor alcance teórico como la que concierne a la metodología de la investigación o la teoría general del Derecho, áreas por las que usted transita y digamos con grandes desafíos, pero con medida y agudeza.

No le miento si le confieso que siempre quise ser profesor: siempre tuve en mente el Derecho como carrera universitaria. Al concluir los estudios secundarios tenía previsto que estudiaría Derecho, de modo que al iniciar el bachillerato no se me ocurría otra carrera universitaria que ésta. Cuando me gradué por la Universidad de La Habana, en el año 1989, hace ya 21 años, comencé a ejercer la abogacía, a la par de la docencia, esta última a tiempo parcial. También le confieso que en ese momento no me agradaba la idea, pues solo quería estar en un aula impartiendo clases de Derecho civil y en una biblioteca, examinando la doctrina científica, la que teníamos en aquel momento que no era sino la clásica española y la argentina de los años 30, 40 y 50, y alguna que otra chilena, colombiana o mexicana, en la que sí que era rica la biblioteca de nuestra Facultad, ello sin menospreciar, porque nunca lo hice, la doctrina cubana de la época: las leyes pasan, pero la doctrina científica queda, enriquece el acervo cultural del jurista.

Hoy, más de 20 años después, puedo divisar el pasado con otra óptica. Ejercer como abogado fue una escuela inolvidable. Recuerdo hoy el día de mi graduación, cuando con visible felicidad por los resultados obtenidos durante mis estudios universitarios, le enseñé el título que me hacía acreedor de mi condición de licenciado en Derecho a mi padre. Él con orgullo lo vio, se cumplía el sueño que había acariciado durante tantos años, pero me expresó: “Te falta aún la Universidad de la calle”, la que enseña la vida. No le niego que aquello no me sentó nada bien. A los 21 años de edad la vida se dimensiona de otra manera, pero él, que había vivido mucho más que yo y que tenía el olfato de quien desde joven tuvo que enfrentar los duros entuertos que la vida impone, llevaba la razón. Ejercer tempranamente la abogacía, apreciar cómo en una familia una madre le disputa bienes a sus hijos en un proceso sucesorio, una pareja exterioriza las más bajas pasiones en un divorcio litigioso, una administración impone una medida injusta a un trabajador, o una esposa, llena de celos y rencores asesina a su esposo, quien le había sido infiel durante toda la vida, con consecuencias no solo en el ámbito penal, sino también sucesorio, me permitió ver otra perspectiva del Derecho a la que solo me había acercado en mis prácticas jurídicas; pero en ese primer momento, el caso lo llevaba otro, ahora, era mío y tenía que sostenerlo con una sólida argumentación jurídica y con un fino hilo conductor en el terreno no solo de la norma, sino del Derecho.

Ejercer la abogacía fue para mí una vivencia irrepetible, lo poco que sé en el ámbito del Derecho penal o del Derecho laboral *v.gr.*, lo obtuve, primero en mis clases universitarias y luego en el ejercicio como abogado litigante. Ponerse la toga y hacer estrado es adentrarse por el Derecho sentido, el Derecho del caso, al cual se ha referido tantas veces mi maestro Vallet de Goytisolo, paradigma del bien hacer en el campo del Derecho en su dimensión estática y dinámica.

Si he logrado enseñar durante estos años a varias generaciones de juristas se lo debo en gran medida en que nunca he apartado de mí la praxis jurídica. Las instituciones del Derecho no se pueden vivenciar solo como líneas rectas, es necesario llevarlas al plano de la geometría del espacio, proyectarlas en las coordenadas del ejercicio de la profesión- en mi caso, en una dimensión extrajudicial.

Tiempo después, cuando comencé a ejercer como notario, con mucha más madurez, próximo ya a concluir mi doctorado, transité a otra dimensión para lo cual creo que me preparé más durante la carrera, lo que no es sinónimo alguno de que “me hayan preparado”. Sucede que me formé al lado de profesoras que ejercían como notario. Ser notario ha sido una de las más importantes realizaciones en el ámbito profesional. El notario actúa como un buen sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de éste, siempre y cuando pueda verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas, tanto reguladoras del fondo como del continente. El notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares, sellándolas con la impronta que supone la *fide* pública de la cual es su más genuino detentador. El notario no solo instrumenta los actos o negocios reconocidos expresamente en una norma legal. Tiene ante sí la función creadora del Derecho. Es común que quienes concurren ante nosotros lo hagan con desconocimiento absoluto del Derecho, con el claro propósito de darle cobertura legal a un acto que ni tan siquiera viene previsto expresamente en los tantos códigos, leyes, y demás disposiciones normativas que constituyen el ordenamiento jurídico de un Estado. En mi experiencia profesional, desde mi despacho notarial he tenido que darle solución a situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico, pero no contrarias a él, intentando diseñar un traje adecuado a quien no encuentra en el armario que el Derecho representa, el idóneo para encauzar sus pretensiones. Ahí he encontrado unas de las facetas más hermosas en la realización del Derecho.

Todo ello junto con el continuo ejercicio de mi función docente, tanto de pre como de postgrado, no solo en Cuba, sino también en otros países del continente, lo cual me ha permitido enriquecerme no solo en el orden profesional, sino también espiritual, cultural en sentido general y transmitir a cada alumno lo que he logrado atesorar durante estos años, que tampoco son muchos. Enseñar supone multiplicarse. Enseñar e investigar, mucho más.

La posibilidad también de expresar lo que he podido aprender en temas jurídicos en publicaciones de libros y artículos y sobre todo en libros de textos para la enseñanza superior es la más noble divisa de la que me hago acreedor. La academia ocupa una parcela importante de mi vida. Se puede ser profesor, pero no siempre se logra ser un académico. En mi caso, lo intento, se que aún me falta, pero no desfallezco en el empeño.

Creo oportuno también expresar, y quizás en razón de ello he sido seleccionado para este diálogo, que mi condición de Presidente del Tribunal Nacional

Permanente para las Ciencias Jurídicas ha abierto el diapasón de mis compromisos profesionales, intelectuales en particular. Se trata de una misión no siempre valorada, que he asumido con pasión, y que supone una inmensa responsabilidad pues diriges a un valiosísimo grupo de doctores en ciencias jurídicas encargado de evaluar durante cinco años a todas los aspirantes a doctores por esta especialidad en el país, peculiar sistema que tiene la Educación superior en Cuba, pero que no deja de ser interesante. He vivido intensamente muchos actos de defensa de tesis de doctorado; también le expreso que he aprendido en cada uno, del aspirante y del contenido de la tesis que he tenido que leer, con paciencia y especial cuidado. Puedo catalogar de un hito en mi vida profesional, el hecho de que se haya pensado en mí, primero para acompañar al distinguido y querido profesor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ en la dirección del Tribunal cuando fui designado secretario, junto a él como presidente, a inicios del año 2003, y luego, cuando a su fallecimiento, en el año 2008, fui honrado con la dirección del Tribunal, enorme reto pues sustituía a una figura insigne del Derecho cubano y dirigía a un grupo de doctores, algunos de los cuales habían sido incluso mis profesores, a quienes sigo reconociendo como tales.

YC: ¿Qué es el Tribunal Nacional Permanente...? ¿Se trata de la institución que diseña los programas universitarios para el estudio del derecho?

LP: No. Se trata de dos instituciones diferentes: en Cuba existe una Comisión Nacional de Grados Científicos que preside el Ministro de Educación Superior, pero que no se subordina al Ministerio de Educación Superior. Esa comisión tiene las bridas de la formación doctoral en el país y establece las pautas metodológicas para la aprobación de los doctorados en determinada especialidad y el segundo doctorado, llamado doctorado en ciencias, para aquellos doctores que demuestren un aporte sensible en el campo del conocimiento científico en el que se han desarrollado. El Tribunal tiene carácter nacional, se aprueba por la citada Comisión, a propuesta de los centros de investigación y de docencia del país, que previamente hacen a nivel de consejo científico una valoración exhaustiva de sus doctores y a partir de sus aportes y vida académica e investigativa formulan las proposiciones, acompañadas de sus respectivos *curriculum vitae*. En nuestra rama del saber científico, se trata de que haya representatividad de cada una de las facultades en que tradicionalmente se ha enseñando Derecho, a partir del número de doctores que tiene cada una. El Tribunal Nacional se integra por 30 doctores, resultando equitativa también la representación de cada una de las áreas del conocimiento jurídico a los fines de constituir luego los tribunales de tesis doctorales.

La directiva del Tribunal nacional la integran el presidente, los cuatro vicepresidentes, y la secretaria, pieza clave en la vida orgánica del tribunal, pues en sus manos está todo el arsenal de documentos que hay que llevar, además de velar por la calidad del proceso de conformación de los expedientes de los aspirantes a doctores. Dicha directiva es quien propone al resto del Tribunal, que debe aprobarlo, la consti-

tución de los tribunales de tesis (integrados por siete doctores) más los oponentes, ardua labor de aquellos doctores que tienen que hacer una “disección anatómica” de la tesis de doctorado, para luego rendir un riguroso y estricto informe en que se analicen los aportes doctrinarios, el valor de las conclusiones y recomendaciones, la actualidad de la bibliografía científica empleada, y el esquema o diseño metodológico. La labor de los oponentes es crucial para el trabajo del Tribunal.

Un buen informe de oponencia esclarece puntos esenciales del trabajo doctoral, pone a reflexionar no solo al aspirante, sino también a su director o tutor.

El tribunal de tesis emite un voto secreto al concluir el acto de defensa y si el resultado, por mayoría, es favorable (téngase en cuenta que la actual legislación exige que los oponentes voten) propone, no decide, a la Comisión Nacional que se le conceda el doctorado en ciencias jurídicas al aspirante, previo estudio también del expediente, en el que se tiene que acreditar el cumplimiento de exámenes mínimos en filosofía, idioma extranjero y la especialidad por la cual se incursiona y de las publicaciones en revistas de impacto. Como usted sabe, el proceso es largo, en ocasiones tortuoso, pero al final el “producto” tiene calidad, y eso es lo que importa.

No se debe confundir el Tribunal Nacional de Grados con la Comisión Nacional de Carrera que es parte del Ministerio de Educación Superior y que tiene el cometido de diseñar los planes de estudio, con aplicación para todos los centros de educación superior en que se enseña Derecho, tanto los referidos a la modalidad presencial, como los que concierne a la modalidad semipresencial, institución que tiene un homólogo a nivel de cada Facultad; o sea, existe en cada Facultad una comisión de carrera y luego, a partir de las proposiciones que ellas hacen se constituye una a nivel nacional, encargada, como dije, de aprobar los planes de estudios y las modificaciones que resulten pertinentes hacer durante su vigencia.

YC: En su trayectoria como profesor se han sucedido en las facultades de Derecho tres planes de estudios de la licenciatura con el objetivo, según ha declarado en repetidas ocasiones el Dr. Julio Fernández Bulté, uno de sus artífices, de avanzar hacia una formación cada vez más integral de los juristas. En ese proceso se ha ido desde una posición de rechazo hacia la profesión jurídica y la enseñanza del Derecho hasta una formación masiva con miles de matriculados en todo el país. Según un informe aprobado en el Tercer Congreso de la Unión de Juristas de Cuba en 1987, en la década de 1960 la matrícula en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana (la única que existía en el país desde que fue cerrada la de Santiago de Cuba en 1961, hasta que fue reabierta en 1976) se redujo a no más de 15 estudiantes por año, de los que se graduaban 5 o 7, hasta el punto de que en el año escolar 1964- 1965 no se graduó ningún abogado.

De acuerdo a esa descripción, ¿podría mencionar las características principales de la formación de los juristas en las universidades cubanas?

LP: Quiero aclararle que en sus preguntas usted vincula pasajes de la vida universitaria, algunos de los cuales conozco por referencia y por lo que he también he leído

y estudiado, con otros de los que, si bien no he sido protagonista, he asumido el rol de actor de reparto. Yo me formé con el plan B de estudios y he participado en la elaboración del plan C, que finiquita en el 2012, y en la del plan D que comenzó hace dos años. No le niego que cuando solicité la carrera de Derecho al concluir mi bachillerato, algunos profesores de las ciencias exactas y naturales se alarmaron porque en los inicios de los años 80 se pensaba en una sociedad cubana llena de ingenieros, médicos, bioquímicos, y hasta de cosmonautas. No creo que el Derecho tuviera tanta prioridad. De todas maneras, en el año 1982 ya el Buró Político del Partido Comunista de Cuba había expresado la preocupación por la formación jurídica en Cuba. No es de extrañar que durante los años 1982, 1983 y 1984 se llenaran los claustros universitarios de un número importantes de jóvenes que tenían como reto continuar la labor de los principales artífices de la enseñanza del Derecho en la Cuba revolucionaria y asumir el plan de estudios B que se iniciaba en el curso 1982-1983, con una matrícula aún tímida. Ese plan, amén de las críticas que hoy se le formulan, supuso un giro copernicano en la enseñanza del Derecho y la incorporación de asignaturas que se consideraron “innecesarias” durante las primeras décadas de la Revolución como la Parte general del Derecho Civil, Derecho Agrario, Derecho Marítimo, Derecho Financiero, así como otras materias necesarias para la cultura del jurista. Se piensa en clave martiana. Se potencia la formación de un humanista, más que de un técnico en normas legales. No me quejo del plan de estudios en el que me formé. Eso sí, creo que los que le han sucedido han sido mejores, pues se ha contado con la experiencia de los precedentes y con ello de sus aciertos y desaciertos. Los que trabajamos en los últimos planes habíamos vivenciado como alumnos, o como jóvenes profesores los planes antecedentes.

Creo que en ocasiones se es demasiado crítico con la formación que reciben los universitarios en nuestro país. Y ello es una injusticia. Los juristas cubanos que ejercen fuera de Cuba lo saben y así lo han manifestado. Vivimos comparándonos con las grandes universidades europeas, y aún así, creo que la formación práctica que tienen los estudiantes de Derecho en Cuba y el desarrollo de habilidades investigativas es superior a algunas universidades europeas en las cuales todavía se enseña un Derecho memorístico y reproductivo, limitado al que aparece en miles de preceptos legales dispersos por un sinnúmero de disposiciones legales.

En principio la enseñanza cubana tiende a la integración de conocimientos ¿Que no se logra? Es cierto, todavía nos falta mucho en la concepción de una enseñanza problemática, queda aun por bregar en el campo de las técnicas de información documental, de la consulta por Internet. El estudiante de Derecho se conforma, en sentido general, en estudiar por manuales y libros de textos, pero cuando ello ocurre, es responsabilidad de los profesores que tienen a su disposición recursos para evaluar el conocimiento no solo a través de un examen, sino también de otros medios de evaluación. Todavía se hacen exámenes en los que se les prohíbe al alumno la utilización de las herramientas legales, con ello no se hace sino una elegía a la memoria ¿Qué se busca con ello? ¿Es que acaso algún profesor recita al dedillo todos

los preceptos legales? Si así fuera, no sería más que un alarde de memoria, pero ello no es señal de saber transmitir el conocimiento. En las aulas universitarias se enseña Derecho, se enseña a pensar y se transmiten valores. No olvidemos que en el Derecho juega un papel decisivo el componente axiológico. Eso usted lo sabe bien. Hay que formar un humanista, un jurista motivado en leer a Kafka, a Shakespeare, a Martí, a Carpentier, en escuchar a Mozart, en apreciar un Lam o un Amelia Peláez, o en conocer el barroco. El Derecho es una ciencia que enseña para la vida. La cultura del jurista ha de ser un proceso continuo que finaliza justo en el mismo momento en que morimos, pues aun jubilados, seguiremos siendo juristas e interesados en conocer los derroteros de nuestra profesión.

YC: ¿Qué modalidades de estudios existen...?

LP: Hoy día prevalecen dos modalidades de enseñanza: una presencial, en la que están matriculados los estudiantes de los cursos regulares diurnos y otra semipresencial, a la que acuden estudiantes que desempeñan ya una labor, esencialmente de corte social. Ambos programas están adaptados para el tipo de enseñanza que asumen, pero a la postre pretenden formar juristas, pues lo mismo unos que otros están aptos, una vez concluyan sus estudios universitarios, para desempeñarse como profesionales del Derecho.

YC: En relación con la bibliografía: ¿cuál se ha utilizado en los diferentes planes de estudios...? ¿Cuál utilizan actualmente...?

LP: En el ámbito bibliográfico hemos transitado por diferentes geografías, reflejo de los cambios operados en el país en estas últimas décadas. Yo recuerdo que cuando estudiaba en los años 80, la bibliografía empleada estaba muy vinculada con la materia que se impartía. En aquella época se sentía el influjo de la literatura soviética y del resto de los países de Europa del Este, quizás mucho más en Derecho público que en Derecho privado, lo cual tiene lógica, pero que conste que nunca se renunció a la literatura jurídica española, argentina, francesa, italiana. Mis profesores de Derecho civil y algunos, por ejemplo de Derecho procesal penal, también me orientaban ese tipo de bibliografía, más allá de su orientación “burguesa” o “socialista”. Lo que importaba era la doctrina que se aprendía, luego tendríamos que darle el enfoque ideológico, propio de nuestro Derecho, pero la propiedad, el contrato, la herencia, el delito, la responsabilidad civil... son categorías que miradas en el estricto orden técnico, superan barreras ideológicas, luego tras una segunda lectura hay que saberlas ubicar y reorientar su contenido social y su función. Empero, ello es responsabilidad del profesor.

Con el plan C, sí que hubo un renacer de la doctrina esencialmente española. Se sumaba a la que teníamos en las bibliotecas, los nuevos textos, donados por profesores visitantes o que llegaron a través de convenios con universidades extran-

teras. Creo que durante los 90 se intensificó el estudio de la doctrina científica, y al carecer de nuevos textos que respondieran a los programas vigentes, se optó por acudir al Derecho, esencialmente español, fuente importante de Derecho comparado y de Derecho histórico por los lazos que siempre nos han unido a España y por la historia compartida durante casi cinco siglos. Un gran número de graduados de esa década estudiaron por numerosos textos españoles, hasta tal punto que llegaban a estudiar las instituciones jurídicas, tal y como estaban concebidas en el Derecho español. La labor del profesor fue siempre darle un enfoque autóctono, incluir el componente ideológico y político, y por supuesto social. Hoy día contamos con un arsenal bibliográfico que calificaría de digno. No quiero decir que sea el idóneo, el perfecto. Nos queda mucho por avanzar en este orden. Pero al menos en la mayoría de las asignaturas se cuenta con un texto nacional de reciente facturación, además de la bibliografía complementaria, al nivel de monografías y artículos, esencialmente extranjeros, pero de soporte técnico ineludible en la formación del jurista, además de que el plan de estudios exige que el alumno en sus investigaciones maneje idiomas extranjeros y técnicas de información digital, o sea, que sepa conducirse por las autopistas de la información jurídica en un espacio virtual. No obstante, todavía no se explotan las plataformas virtuales y la enseñanza *on line*. Creo que los juristas no llegamos aún a discurrir por esos senderos como exigen los tiempos que corren. Seguimos aferrados a modelos clásicos.

YC: ¿Cómo se complementan la formación académica y la práctica de las diferentes profesiones jurídicas durante los estudios de licenciatura?

LP: No menos importante resulta el componente práctico en la enseñanza universitaria cubana, de la cual no escapa la enseñanza del Derecho. No en todas las facultades del país se han tenido los mismos éxitos. Usted por ejemplo, viene de una Facultad que ha desarrollado, quizás con más logros que la nuestra, la práctica pre-profesional, pero en sentido general, es un acierto su inclusión en los planes de estudios. Vivenciar el Derecho, más allá de las aulas universitarias, en un período, el que aún no has egresado de la Universidad, es una rica experiencia que si sabe aprovechar, rinde frutos a mediano o largo plazo. La formación profesional en Cuba no se encauza con exclusividad en el terreno académico, los componentes investigativo y práctico son las dos alas que le permiten al recién egresado emprender vuelo, aunque en ese período, ese vuelo sea corto. Lo que importa es saber volar, luego con el adiestramiento laboral, la distancia de los vuelos cada vez será más larga.

Si se me permite, no comparto en toda su expresión, el actual modelo del profesional. Creo que las habilidades que se deben enseñar desde las aulas universitarias no deberían estar centradas casi con exclusividad al desempeño de la profesión en su faz patológica. No se debe enseñar solo a litigar, vale también y cuando más, enseñar a prevenir la *litis*. El Derecho en su faz fisiológica. El Derecho en su estado de normalidad debe ser también objeto de atención en la enseñanza de nuestras facultades.

YC: Si tuviera que mencionar la principal virtud del jurista formado en ese sistema cuál sería...

LP: La capacidad de asimilar y traducir las diversas fuentes bibliográficas en materia de Derecho; como pocos juristas, los que se forman en Cuba tienen la sagacidad de consultar las más diversas fuentes legales y doctrinales, pues la necesidad bibliográfica que hemos tenido durante años, ha llevado a que nuestros egresados hayan tenido que abreviar en una geografía jurídica vasta para encontrar los pilares que informan el Derecho y desarrollar sus investigaciones.

YC: ¿Y el principal defecto...?

LP: Creo que a pesar de los años transcurridos, aun con todo lo que se ha criticado al normativismo kelseniano, ese sigue siendo el principal lastre en el ejercicio de la profesión por muchos juristas, que no quieren ver más allá de la norma legal, se resisten a concebir el Derecho, fuera del texto vigente, fallan un asunto con el estricto apego a la dicción literal de un precepto legal o corrigen un examen, sobre la base de una única clave a partir del precepto legal concreto que tiene necesariamente que consignar el alumno. Y ello ha hecho y sigue haciendo mucho daño. Le repito, me atemoriza el amor enfermizo que algunos profesionales del Derecho le tienen a la exégesis *ad pedem litterae*, como método de aplicación del Derecho.

YC: Me llama la atención que en la formación académica y la práctica de las diferentes profesiones jurídicas no se haya referido a un aspecto muy importante de la profesión jurídica, al trabajo legislativo. ¿No está incluido en los planes de estudios de la licenciatura...?

LP: La técnica legislativa no está incluida en los planes de estudios, solo unas líneas muy generales se les imparte a los alumnos en la asignatura de Teoría del Derecho, pero tampoco desde las aulas universitarias se puede egresar sabiéndolo todo. Hoy día con el nuevo plan de estudios los centros de educación superior tienen la posibilidad de diseñar su propio *pensum* de asignaturas optativas, y esta pudiera ser una de las que se imparta en los últimos años de la carrera. Ahora existe esa oportunidad y puede ser explotada. Le corresponde a los colectivos de disciplina el proponerlas a la comisión de carrera e incluirlas.

YC: ¿Y en el postgrado...?

LP: También en la enseñanza posgraduada nada quita que uno de los módulos de una especialidad o maestría sea de técnica legislativa. Creo es útil que se sepa, que se estudie, incluso se pudieran invitar profesores extranjeros especializados en el tema. Falta hace y mucho, las normas legales dictadas en los últimos años dan fe de ello.

No se puede legislar empíricamente, hay que conocer las herramientas para saber construir una norma legal. Hay que aprenderlo desde la Universidad, pero también se necesita iniciativa al nivel de cada colectivo profesoral para diseñar de manera idónea el programa de una asignatura curricular o de un módulo o asignatura de la maestría, quizás incluso sería atinado que se impartiera un diplomado. No olvidemos que una buena parte de nuestros juristas son artífices de resoluciones ministeriales y para ello también se requiere del conocimiento de la técnica legislativa.

YC: ¿Entonces quienes se encargan de construir la nueva legalidad, la “legalidad socialista”; dónde se forman los especialistas en redacción de proyectos legislativos...?

LP: Creo que la respuesta está implícita en lo que le acabo de contestar. No hay legisladores de academia, pero créame que en muchos países de América Latina tampoco existen. En España, grandes juristas se quejan de la pésima redacción de las normas legales, al compararlas con los códigos insignes como el civil, el de comercio u otros. La época de los grandes codificadores hace mucho que pasó. Solo nos quedan joyas literarias como el Código Civil chileno de Don Andrés Bello, humanista por excelencia y pulcro filólogo que a ello unió el talento que como jurista tenía. Algo similar ha ocurrido con el Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield. También nosotros hemos tenido a lo largo de la historia legislativa cubana excelentes cuerpos legales, siempre nos caracterizamos por ser muy pulcros en la gramática y en el estilo de redacción de los cuerpos legales, sin embargo, es cierto que en los últimos años ha existido cierto abandono de tal pulcritud. Y es muy lamentable.

Los redactores de nuestros proyectos legislativos salen de nuestras universidades, pero falta academia en este orden. Usted me pregunta y yo le respondo, hay que cultivar esa área del conocimiento jurídico en nuestro país. Usted mismo pudiera ser artífice de ello, pues conozco que discurre por esos senderos. El país necesita de juristas bien formados, y en ese concepto se incluye la redacción de normas legales, que es contenido de nuestra labor profesional. La norma legal para que sea eficaz, necesita además de su realización social, una impronta en su redacción que permita ser entendida y aplicada. Hay que evitar antinomias, y ellas son abundantes cuando estudiamos con detenimiento tan solo un sector vital uniforme del ordenamiento jurídico. Apunto además que es un mal que aqueja al mundo contemporáneo, no es exclusivo de Cuba; en otros países en que se sancionan más leyes anualmente, este fenómeno resulta más agudo, lo cual asegura el éxito de la crítica doctrinaria que se ensaña con “el legislador”.

YC: Hablemos ahora de la “legalidad socialista”. Aunque esa expresión apenas se usa en la actualidad fue un concepto central durante las décadas de 1970- 1980, coincidiendo precisamente con el proceso de institucionalización de la Revolución Cubana y la redacción y aprobación de las principales leyes posteriores a las “Grandes Leyes”. Entre ellas se encuentran la Ley No. 21 de 1979, Código Penal

y la Ley No. 59 de 1987, Código Civil. Sobre ambos códigos se han escrito y publicado opiniones negativas en cuanto a su calidad: aquél Código Penal, según el Presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, profesor Arnel Medina, "...envejeció antes de su nacimiento"; en tanto el Código Civil, según la opinión de usted, tuvo una "obsolescencia precoz". Sin embargo, otras leyes elaboradas por las Comisiones de Estudios Jurídicos antes de la institucionalización (como la Ley No. 5, de Procedimiento Penal o la Ley No. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (ahora también Económico) ambas puestas en vigor en 1977 pero elaboradas por las CEJ) tienen, según una opinión muy extendida, una calidad superior a aquéllos. Un dato curioso: en los códigos mencionados se declara explícitamente su adhesión a la concepción marxista del Derecho, en tanto las leyes anteriores fueron elaboradas dentro de los cánones de la técnica jurídica llamada despectivamente "burguesa". Todas esas leyes, sin embargo, tenían una doble finalidad: desde el punto de vista ideológico eran una prueba de la superioridad de la legalidad socialista sobre la legalidad burguesa: desde el punto de vista práctico respondían a la necesidad de establecer un ordenamiento jurídico eficaz y coherente en sustitución del "caos" dejado por la derogación o suspensión de las leyes anteriores; los espacios de anomia dejados por la abrogación de aquéllas fueron cubiertos muchas veces por el voluntarismo, la improvisación casuística... como fue demostrado en un estudio realizado en 1987.²

Evidentemente hay muchos aspectos que podrían resultar polémicos en las afirmaciones anteriores; quizás usted quiera reformular algunos, expresar su discrepancia o darnos su opinión al respecto.

LP: La expresión legalidad socialista no se ha dejado de emplear en Cuba, y tampoco se ha renunciado a ella, quiero dejarlo esclarecido para a partir de ahí, entonces darle mi respuesta. Se trata del principio de legalidad llevado a la ideología que se defiende. Tampoco me puedo erigir en juez para juzgar el pasado, porque no soy juez, sino notario: le recuerdo mi perfil profesional. La Revolución necesitaba atemperar el Derecho vigente a los nuevos postulados y principios que se abrazaban, urgía que las normas legales respondieran a esos intereses. Es cierto que algunas normas como la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral, que hoy regula también el procedimiento económico es, a mi juicio, una de las de mejores "facturación" técnica. En ello ha jugado un papel significativo la comisión que en su momento trabajó. No sucedió así con el Código Civil, no niego que este es una pieza jurídica muy difícil de reemplazar. Teníamos un Código Civil, heredado de España, tampoco perfecto, pero a la postre un buen código. Yo he sido crítico del Código Civil y usted lo sabe, lo he dicho en mis clases, en conferencias y lo he dejado por escrito. Hay quien me ha increpado por la frase que usted ha invocado al formular sus afirmaciones, pero la reitero. El Código Civil de 1987 no recogió en su articulado

2 Me refiero al "Estudio sobre los factores que más afectan al desarrollo de una cultura de respeto a la Ley". AN/3L/1POS//JUL.87/DOC.11, discutido en la sesión ordinaria de julio/1987 de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

el arsenal doctrinario que existía en la época, poco en esta materia en la Cuba revolucionaria, pero no solo con la doctrina de un país se hace un Código Civil. Abrevó en el proyecto de Código Civil peruano, sancionado luego en 1984; sin embargo ése es un excelente cuerpo legal, creo que el mejor de las últimas décadas en nuestro continente. Los autores del Código Civil cubano apostaron por una parquedad y parvedad en sus normas, a mi juicio excesivas, por trasuntar preceptos del Código Civil español, que abrogábamos, que habían sido objeto de crítica por una doctrina que se conocía en Cuba, y que autores cubanos de gran prestigio como Antonio Díaz Pairó habían alertado en su obra sobre la vana formulación de esos preceptos, algunos incluso que ya habían sido modificados por los propios legisladores españoles, pero se incurrió en el error de reproducirlos. En ocasiones, sobre todo en el Libro IV y también en el II, me da la sensación que se pierde la idea de Código y se cae en una compilación de normas legales de diferentes nacionalidades que se aúnan en un solo texto legal, formando una Torre de Babel, pues no se entienden, ni se comunican entre ellas. Es difícil explicar académicamente, incluso políticamente, ciertos preceptos legales que contienen prohibiciones infundadas como la que refleja el artículo 481 sobre la prohibición de sujetar a término o a condición la institución de heredero, o la contenida en el artículo 376 en materia de donación: resulta que quien dona, y por lo tanto se desprende gratuitamente de un bien, no le puede imponer una condición al donatario o revocar la donación si le sobrevienen hijos, o si el donatario resulta ingrato; esta última posibilidad sería muy útil hoy día, como medida de protección a las personas de la tercera edad que donan una vivienda, *v.gr.* a un nieto y luego este le impide retornar a su casa o mantienen una actitud que conculca los más nobles valores humanos. El Código no pudo dar respuesta unos años después al creciente proceso de inversión extranjera, carece asimismo de una regulación de principios generales de la contratación, capaz de adaptarse a los más disímiles moldes contractuales, cualquiera sea su naturaleza. Es cierto que tiene una parte general dedicada a la regulación de la relación jurídica que ha recibido elogios de la doctrina foránea y patria y su estructura y plan de organización de las materias es más lógico y coherente que su predecesor. No todo es criticable, así también lo he dejado dicho, de la misma forma que el hecho de su promulgación, que es el primer valor que encierra, pues se trata del primer Código Civil genuinamente cubano.

En otro orden, no me atrevería a valorar el contenido y la técnica legislativa empleada en otras normas, como las que usted cita en materia penal, pero por la autoridad académica de quien ha objetado el Código Penal, no quepa dudas que ha sido así, pues sé que los profesores de Derecho penal han sido bien críticos con el Código.

Una última acotación, sucedió con el Código Civil cubano, lo que ha sucedido en fecha relativamente reciente con el Código Civil de Brasil: se sanciona un cuerpo legal que ha tenido un largo proceso de gestación y la versión que se convierte en proyecto de ley contiene una preceptiva que ha languidecido durante décadas; ello hace que la norma carezca de lozanía cuando resulta aprobada...

YC: Pasemos ahora a un tema relacionado con su condición de Presidente del Tribunal ... Según su explicación, ante ese tribunal se defienden las tesis doctorales escritas en Cuba, que son en la actualidad las investigaciones jurídicas de mayor importancia que se ejecutan en el país. Tengo la experiencia personal de que en mi investigación para la tesis doctoral (El proceso legislativo interno en Cuba. Un modelo para su análisis, cuyo tribunal de defensa usted presidió en el año 2008) quise hacer un estudio sobre los temas principales investigados en las tesis doctorales desde 1992 en que fue instituido el Tribunal... y solo encontré 17 tesis en la Biblioteca Nacional de Ciencia y Técnica, donde, según tengo entendido, debiera estar depositado un ejemplar de cada una de las defendidas desde 1992. ¿Pudiera decirnos cuál es el destino final de esas tesis y cuáles han sido los temas principales estudiados, en los últimos 8 o 10 años, por ejemplo...? ¿En qué medida han contribuido sus resultados al desarrollo del Derecho en sus diferentes aspectos, y a la práctica de la profesión? ¿Dónde y cómo se forman los investigadores? ¿Quiénes, generalmente, se forman como doctores? ¿Se publican las tesis doctorales, o un resumen de ellas...?

LP: Llevo ocho años como miembro del Tribunal y durante ese período se han defendido más de 60 tesis doctorales, en temas tan disímiles como propiedad horizontal, transexualidad, daño moral, acciones edilicias en el contrato de permuta, protección al consumidor, el proceso legislativo interno en Cuba, Derecho deportivo, la regla de reconocimiento de Hart, limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las penas privativas de libertad, la ordenación del suelo y el Derecho urbanístico, la ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito, el domicilio en el Derecho internacional privado, la regulación jurídica de la patente a partir del Acuerdo ADPIC, concesiones administrativas, representación sucesoria, contratación vía electrónica, teoría de la participación en materia penal, la concurrencia de los regímenes de responsabilidad civil en el Derecho internacional privado, entre otros tantos. Pocas ramas del Derecho no han sido reflejadas en algún estudio doctoral en Cuba, sobre todo a partir de esta década que estamos a punto de concluir, sin duda, la de mayor productividad en el ámbito de las investigaciones doctorales.

Los doctores en Cuba, que en su gran mayoría son profesores universitarios, se forman en las propias universidades, ya sea a través de un doctorado curricular (por excepción) o por las modalidades libres, a tiempo parcial, o con dedicación exclusiva. En el caso de nuestra especialidad las modalidades libre y a tiempo parcial han sido las más empleadas. Los que inscriben su tema de aspirantura antes de los 35 años de edad requieren la presencia de un tutor o director de tesis, el resto no, lo cual no es sinónimo de que no lo necesite. Formalmente no se le exige tutor, pero siempre es recomendable que tenga un doctor, de experiencia, que le facilite cruzar este sinuoso sendero, sin más riesgos que los predecibles para esa travesía. Durante el proceso de formación doctoral el aspirante debe inscribir el tema de investigación en

algún centro docente o de investigación autorizado a tal fin. En ello juegan un papel decisivo los consejos científicos que son los que, en primer orden, aprueban los diseños metodológicos presentados. Inscripto el tema, se deben vencer los exámenes mínimos a los que he hecho referencia con anterioridad, acreditar resultados parciales de investigación, publicaciones y someterse al acto de predefensa, a mi juicio, el ejercicio académico de más exigencia, determinante del éxito del acto posterior, de defensa, ante el Tribunal Nacional de Grados Científicos.

El Tribunal nacional tiene que enviar un ejemplar de la tesis de doctorado y dos de los resúmenes (de 30 cuartillas) a la Comisión Nacional de Grados Científicos que es, en definitiva, quien otorga el grado, y la tesis pasará luego a la Biblioteca de Ciencia y Técnica del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Allí deben estar todas para ser consultadas en un futuro. Quizás por razones de burocracia o de mal funcionamiento de este proceder, no estén ubicadas todas las que se han defendido.

Entiendo su continua preocupación, que ya expresaba usted en su tesis de doctorado, de que los resultados de cada investigación debieran sistematizarse, quizás por el Ministerio de Justicia a través del Centro de Investigaciones Jurídicas que allí funciona. Es necesario socializar los resultados, nosotros lo expresamos en las actas de defensa de tesis, es más, el impacto social es un acápite que debe evaluar el tribunal. Allí están contenidas las más importantes investigaciones jurídicas del país, son años de esfuerzo tenaz por juristas de reconocido prestigio. No debieran dormir el sueño eterno de los justos. Debieran estar en manos de los legisladores. Las tesis de doctorado constituyen trabajos con un alcance socio-jurídico de primer nivel, en ellas incluso se recogen las bases o principios teóricos en los que se sustentarían las modificaciones normativas del país. Ese divorcio entre las investigaciones doctorales, y yo diría también, entre las investigaciones jurídicas y su aplicación práctica ha sido expresado por las autoridades universitarias en varias oportunidades. Hay que estar alerta con este fenómeno porque conlleva a que el proceso legislativo no tenga un componente académico o científico que le resulta vital para su subsistencia. Por eso muchas normas, como le dije, nacen con esa obsolescencia precoz, tal y como sucedió con el Código Civil, pero eso fue hace casi un cuarto de siglo, vivimos tiempos en los que las ciencias jurídicas en Cuba gozan de mejor salud.

También lamento, y ello ha sido motivo de discusión en todos los congresos de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, que no se publiquen las tesis doctorales, quizás en una colección *ad hoc*, pero la situación económica del país ha conspirado en contra. De todos modos, para nadie es un secreto que una buena parte de los artículos que se publican en las revistas jurídicas que tenemos, son el resultado de tesis de doctorado, de maestría o de especialidad. Algunos han tenido mejor suerte y la han podido publicar como libro en el extranjero, cuando se les ha dado la oportunidad.

YC: ¿Qué temas le parece que requieren de una mayor atención por los juristas e investigadores, en la actualidad y hacia el futuro....?

LP: El Derecho en Cuba tiene tantos temas inexplorados que la lista se haría interminable. Hemos intentado recuperar décadas silentes en investigaciones jurídicas, se ha hecho un esfuerzo colosal, titánico; los juristas cubanos han escudriñado los rincones más inhóspitos de cuantas bibliotecas existen en el país, son un ejemplo de cómo se puede hacer, con muy poco arsenal bibliográfico a su alcance. Yo admiro a jóvenes que viven en municipios del interior del país y que se actualizan a través de los más inverosímiles medios de información. Ya quisieran otros con medios más modernos a su disposición, tener la vocación e incluso la cultura jurídica de esos jóvenes. Todo es cuestión de interés, de tenacidad, de persistencia, de amor a la profesión, de entrega pasional al Derecho.

Usted me pregunta sobre los temas que recomendaría investigar de cara al presente y con vista al futuro. En ese orden siempre he recomendado a los jóvenes juristas que quieren presentar un proyecto de investigación que miren hacia dentro primero y luego hacia fuera. Muchos se deslumbran con temas vinculados con la informática, la genética, la neurología, la psiquiatría forense, la arquitectura... Y es cierto, el Derecho continuamente tiene retos, la mayoría de ellos impensables dos décadas atrás, de ahí la vocación de humanista y de cientista -agrego también, que ha de tener el jurista, pero no podemos dejar a un lado los clásicos temas del Derecho, en los que en Cuba muchas veces no se ha transitado aún. Las investigaciones jurídicas hoy día suelen ser multi y transdisciplinarias. El concepto de disciplina científica, en ocasiones resulta estrecho para estudiar un tema que se extiende por otras disciplinas afines al Derecho, incluso por algunas que tradicionalmente no han sido tan afines. En todo caso no puede perderse de vista la parcela o dimensión que el jurista ocupa en la sociedad y en las ciencias; si perdemos el sentido de la proporción, desdibujaríamos el papel del Derecho en cualquier sociedad. El investigador debe saber que el tema que investiga ha de tener trascendencia social, pertinencia, utilidad, si ello no lo alcanza, debería entonces emprender nuevos senderos.

YC: Según su curriculum vitae entre los años 1992 y 2010 ha publicado un total de de 159 trabajos (artículos, monografías, libros...): de ellos 119 en el extranjero y 40 en Cuba: de estos últimos 18 son libros o monografías publicados por la antigua ENPES o la Editorial "Félix Varela" y destinados exclusivamente a la enseñanza universitaria. Esos libros, generalmente, los escriben especialistas designados por la Comisión Nacional de Carrera; y esos especialistas son de la Universidad de La Habana, salvo contadas excepciones de otras universidades. Le comento todo esto porque me resulta paradójico el desbalance entre sus publicaciones en el extranjero y en Cuba, y por el carácter de estas últimas: ¿No hay una editorial jurídica en Cuba, aparte de la "Félix Varela" que publica los libros del curriculum universitario? ¿Cuáles son las principales publicaciones jurídicas que se publican y circulan en el país, cuál es su "visibilidad", qué temas se publican en ellas...? ¿En qué publicaciones pudiera saberse el estado de la ciencia jurídica en Cuba?

LP: Como profesional del Derecho me ha interesado, y mucho, dar a conocer los resultados de las investigaciones colectivas e individuales en las que he participado. Los hombres pasan, las obras quedan. Te conocerán por tus obras. Eso siempre se lo digo a mis discípulos. Si fuiste un excelente profesor, pero no dejaste nada escrito, pasas a la posteridad en el anecdotario estudiantil. Y no es que me interese tanto pasar a la posteridad, sino que me siento en el compromiso de dejar a las futuras generaciones mis vivencias como notario y como profesor universitario, la manera en que entiendo el Derecho, el modo en que considero deben aplicarse e interpretarse las instituciones jurídicas. Ese compromiso debiera ser un canon para todo profesor universitario, comprometido con el momento en que le ha correspondido vivir. Hace 20 años atrás había mucho menos posibilidades de publicar en Cuba que ahora, que tampoco es nada fácil. Si una puerta se cierra, otras cien se abren. Es bueno además que se conozca el Derecho cubano fuera de Cuba. Que se sepa que también hacemos y enseñamos Derecho, y no solo el público, sino también el privado, que es el en el que me he desenvuelto. Cuando inicié mi vida académica, me sorprendía que hubiera juristas de otros países admirados porque yo fuera profesor de Derecho de sucesiones, que explicara la materia y que escribiera sobre ella. Se preguntaban una y otra vez ¿existen sucesiones en Cuba? Lo lamentable es que veinte años después siguen demostrando una ignorancia supina. Yo no sabía, por ejemplo que en México existe una figura muy peculiar que se llama el testamento simplificado. Cuando lo escuché en una jornada, no increpé al conferenciante por la dubitada naturaleza que la figura tiene, de cara al Derecho sucesorio, lo que hice fue buscar información y documentarme.

Hay que dar a conocer el Derecho cubano, allende sus fronteras. En Cuba hay buenos juristas, inquietos investigadores, talentosos profesores universitarios... creo que tenemos una “predisposición genética” para la docencia.

Parece que usted ha estudiado con detenimiento mi *curriculum vitae*. Es cierto, he publicado más en el extranjero que en Cuba, pero la razón es sencilla: no tenemos una editorial jurídica. La Editorial de Ciencias Sociales no publica más que dos o tres libros de temas jurídicos al año. He sido privilegiado porque alguna vez me han publicado algo. Tampoco tenemos gran diversidad de revistas jurídicas. Carecemos de revistas especializadas por materias. Lo que se hace, lleva un enorme costo económico y humano, pero también es cierto que en medio de difíciles situaciones no se dejó nunca de publicar la *Revista Cubana de Derecho*. Sé que dicha Revista no es perfecta, pero parafraseando a José MARTÍ: “es nuestro vino”, y tiene una larga tradición en el contexto jurídico cubano. Desde hace unos años trabajo en ella, primero como secretario del Consejo de Redacción, ahora como presidente, y le digo que el Consejo de Redacción en ocasiones tiene que buscar los autores para completar los números de la revista. Hay materias en las que apenas se publica algún artículo porque los juristas no se motivan, o no les interesa. Mucho se critica porque no tenemos las revistas idóneas para publicar nuestros artículos, pero le digo, con toda autoridad, que hacemos un uso excesivo de la crítica, y pocas veces de la autocrítica. Las puertas

de la revista están abiertas para todo el que quiera publicar, siempre que cumpla con nuestras normas editoriales. Lo que sucede es que no se le puede publicar siempre al mismo autor. Se cuenta además con la *Revista Jurídica* del Ministerio de Justicia, el *Anuario* del Centro de Investigaciones Jurídicas, el *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, la revista *Justicia y Derecho*, del Tribunal Supremo, la revista *Legalidad*, de la Fiscalía General de la República, y otras revistas electrónicas, como por ejemplo, la recién aparecida *Revista de Derecho Ambiental*, la primera dedicada con exclusividad a una rama del Derecho. Tenemos pocas publicaciones, pero algunas existen y creo que no se explotan por los juristas, como debiera corresponder.

Usted me habla de la Editorial “Félix Varela” del Ministerio de Educación Superior. Esa editorial tiene el monopolio de todas las publicaciones universitarias. Los textos y manuales por los que se enseña Derecho se publican, con exclusividad, por dicha editorial. Ante todo merece mi respeto por la calidad de sus editores; otro particular es que no contamos con el papel idóneo ni con la encuadernación perfecta para una publicación duradera, no es una Editorial al estilo de la Editorial Porrúa, sueño de muchos autores, pero sí le aseguro que de los mejores editores que he conocido en mi vida, una buena parte está en dicha editorial. Mención especial para la editora que ha trabajado mis libros con la cual he establecido una relación profesional muy hermosa. La respeto y he aprendido mucho de sus correcciones. Si quiero esclarecer que los libros de textos se aprueban por la Comisión Nacional de Carrera y en ella participan profesores de todos los centros de educación superior en los que se imparte Derecho, no solo los de la Universidad de La Habana. El libro de texto no es responsabilidad exclusiva del colectivo de asignatura de una universidad; yo mismo he invitado a participar, en los libros que he coordinado, a profesores de otras universidades, y han participado, lo cual para mí ha sido un motivo de honor. Se trata de un proceso de entendimiento; creo que sería muy fructífero que en todos los textos participasen profesores de distintos centros universitarios, aunque uno de ellos sea quien lleve la conducción o dirección de la obra.

Acabo de concluir los comentarios al Libro I de nuestro Código Civil. Fue una experiencia inolvidable. En él participaron profesores de casi todas las universidades del país, y de otras de América Latina y de España. Y le digo que salió, y creo que con dignidad y altura, como los tiempos reclaman.

Me preguntaba también en este extenso diálogo por los temas que se visualizan en el contexto jurídico cubano. Sencillamente es bueno que se lea lo que se ha escrito, que se compare y que cada cual llegue a sus propias conclusiones. En la *Revista Cubana de Derecho* buscamos que se publiquen artículos científicos de todas las ramas del Derecho, se hace un balance de lo que se ha publicado y de lo que queremos publicar. Se busca también representatividad en los autores. No quisiéramos que nos acusaran de actuar con favoritismo para los autores de la capital. Lo que se publica es crítico, con esa crítica se busca la atención del jurista en los fenómenos que hoy deben ser atendidos en primer orden, sobre todo los cambios que los tiem-

pos están reclamando en materias como el Derecho inmobiliario, el Derecho contractual, el Derecho administrativo o el Derecho laboral, por citar algunos ejemplos.

Si usted quiere saber el estado de las ciencias jurídicas en Cuba, hay que buscar lo que se ha publicado y los resultados de investigación a los que he hecho referencia, que lamentablemente aun no han visto la luz editorial. Sería un eufemismo decir que las ciencias jurídicas en Cuba están viviendo su mejor momento, pero sería pesimista afirmar que pasamos por el momento más crítico. Revisemos todo lo que se ha publicado para el pre y el postgrado, todo lo que se ha publicado en Cuba y fuera de Cuba en estos últimos años, revisemos los *curriculum vitae* de cada profesor universitario (a tiempo completo o a tiempo parcial) y se constatará cuánto se ha avanzado. Incluso si revisamos la literatura jurídica extranjera, podemos ver que al menos ya se citan algunos de nuestros cuerpos legales y algunos estudios teóricos. Nada, ladran Sancho, señal de que cabalgamos.

YC: Una última pregunta de carácter más general: según su opinión personal qué lugar ocupan el derecho, los juristas y las instituciones jurídicas en la cultura cubana.

LP: El Derecho y los juristas en Cuba tienen en la cultura el sitio que merecen, no expiemos culpa, ni ajena, ni propia. En las ciencias sociales somos *rara avis*. Los científicos sociales no nos colocan en su gremio. Nos ven como obreros del Derecho. Sólo aplicadores de leyes. Piensan que nos aprendemos de memoria centenares de normas legales que conocemos y reproducimos al dedillo. Para muchos no es claro que el Derecho sea una ciencia, y en Cuba, creo que esa opinión está muy difundida, incluso en la propia academia. En los consejos científicos universitarios en ocasiones aprecio que se quiere que actuemos como sus “asesores jurídicos”. No existe en Cuba una elevada cultura jurídica. Sí, por el contrario, una instrucción escolar de primer nivel. En ocasiones, para los profesionales de las ciencias naturales, constituimos un obstáculo que entorpece el desarrollo de investigaciones científicas, otros, más prudentes, ven en el jurista un garante de su experimento, pero nada más. Se proyecta la dimensión normativa, reguladora, punitiva, prohibitiva del Derecho. El notario casa, el juez sanciona, el fiscal acusa, el abogado defiende, el asesor jurídico me aplica una sanción laboral. Esos son los espacios que se proyectan socialmente de nuestra profesión. Incluso, se llega a dudar sobre qué vamos a investigar, qué aporte damos a la sociedad. Eso usted lo puede vivenciar cuando se discuten premios a nivel de la Academia de Ciencias, o de la Universidad. Nuestros resultados suenan a una música lejana, para colmo, nada culta.

Considero que en los últimos años se ha podido sentir la brisa de nuevos aires que corren, aunque de manera tenue.

La entrega, con carácter anual, del Premio Nacional de Derecho “Carlos Manuel de Céspedes”, que reconoce a las personalidades más relevantes del mundo jurídico, esencialmente por sus aportes académicos y la cobertura mediática del acto solemne de entrega misma del Premio ha sido muy positiva.

No es suficiente con que el gremio jurídico dignifique a estas personalidades, sino que sean reconocidas por la sociedad, principal destinataria de su obra.

Son los juristas los que tienen la honrosa responsabilidad de enaltecer el Derecho, pero esto se logra cuando cada uno de nosotros nos convirtamos en crisol social. La sociedad es agradecida y sabe o sabrá reconocer la altura de sus profesionales. Cuentan que Sthendal leía todos los días un fragmento del Código Civil francés, y según el célebre civilista español Luis Diez- Picazo, los soldados de Napoleón en sus mochilas llevaban un ejemplar del *Code*. Debemos rescatar cada día desde las aulas de enseñanza primaria la cultura cívica, el conocimiento de nuestras leyes y el respeto a las instituciones jurídicas, en ello somos los juristas los que llevamos la mayor responsabilidad. No me canso de decir que el jurista no debe conformarse con saber Derecho, sino debe ser un humanista, en el sentido prístino que este término evoca.

YC: Muchas gracias profesor, ha sido una excelente conversación. Le agradezco su paciencia y sus respuestas, que de seguro serán de mucho interés para los lectores de Crítica Jurídica.

NORMAS EDITORIALES DE *CRÍTICA JURÍDICA* Y CONDICIONES DE ENVÍO A DICTAMEN. EL TÍTULO ES TIME NEW ROMAN, 16 PUNTOS, CENTRADO Y EN NEGRITA (COMO ÉSTE)

Autor 12 puntos margen derecho¹

RESUMEN (RESUMO Y ABSTRACT): En Time New Roman 8 puntos, sin sangría, interlineado sencillo. No más de doce líneas, en español o portugués, traducidas al inglés. Los integrantes brasileños de la revista traducirán el resumen al portugués en su caso. No se pone el grado académico del autor.

SUMARIO: 1. Capítulos o apartados, 2. En el sumario no van los subcapítulos.

1. Se usará numeración arábica Time New Roman 12 puntos, normal

Estilo de texto, en Word para PC: primer párrafo sin sangría izquierda, time new roman 12 puntos interlineado 1,5 líneas. Se aceptará excepcionalmente el modo de citar Harvard. Se usa el propio: Hans, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM-Coyoacán, año, página 2. (Nombres o apellidos en minúscula, primero el nombre y después el apellido: Carlos Marx y no Carlos MARX). Las citas de artículos brasileños se harán conforme con el estilo vigente en ese país. No se pone el grado académico del autor.

1.1. Subtítulo idem (sin punto final)

El segundo párrafo y los demás, con sangría izquierda. Revistas: Nombre, Apellido, “Título del artículo”, en *Nombre de la revista en cursivas*, Ciudad, Editorial, número 5, página 3. O bien, Nombre, Apellido “Título del capítulo en libro”, en Nombre, Apellido (*Coordinador*), *Nombre del libro en cursivas*, Ciudad, Editorial, páginas 609 y ss. No se subrayan las páginas web. No se usan mayúsculas para apellidos de autores citados.

1.1. Subtítulo

Al lado del nombre del autor, se inserta un pie de página, y en éste sólo la universidad de pertenencia y el correo-e. En itálicas: nombre de libros, revistas, ciencias y disciplinas, y palabras que no sean del idioma del artículo.

En mayúsculas Nombres propios y Nombre de Ciencias. Las palabras “estado” y “derecho” se escriben con minúsculas a menos que se trate de nombres propios como Estado de México o nombre de disciplinas como Derecho Constitucional.

Cuando se escribe –entre rayas– deben ser *rayas* -y no guiones. Se busca en “insertar” símbolos especiales.

¹ Sólo el nombre de la universidad y correo-e. Sin sangrías, time new roman 10 pts.

1.2. Otro subtítulo

No se usa *nunca* el subrayado. Se deja un espacio, y sigue la cita:

Las citas en el texto, en time new roman 10 puntos, interlineado sencillo, sangrado sólo izquierda, a 2.5 centímetros del margen. La inserción de notas se hace *después* del punto, coma o punto y coma. Así.² Y no así³.

Y se continúa escribiendo como párrafo normal.

2. Normas de Crítica Jurídica

Crítica Jurídica tiene como objetivo publicar trabajos relacionados con la teoría crítica que se refieran a temas relacionados con la Teoría, la Sociología y la Filosofía del Derecho. Con este fin, Crítica Jurídica recibe trabajos originales que profundizan en tales temáticas, y plantean soluciones cada vez más adecuadas.

De acuerdo con el punto anterior se reciben solamente trabajos originales que no hayan sido publicados al momento de ser propuestos para su publicación en la revista. Los autores se comprometen, al enviar su trabajo a la revista, a no publicar éste hasta que, en su caso y previo dictamen positivo, el trabajo haya sido publicado por la revista. El autor es dueño de todos los derechos sobre su trabajo una vez que este ha sido publicado; sin embargo, si el autor decide publicarlo en otro medio impreso se compromete a mencionar en dicha publicación que el trabajo ha sido ya publicado en Crítica Jurídica, mencionando el número y la fecha en que ha sido publicado en esta revista.

3. Más condiciones

Los trabajos deben incluir un resumen en español o portugués, y otro en inglés, cada uno de menos de 12 renglones. Además se sugiere a los autores que incluyan al menos cinco palabras claves de su trabajo en ambos idiomas.

Todos los trabajos que se envíen con fines de publicación serán sometidos a una “revisión por pares”, esto es cada trabajo recibido será sometido a un dictamen riguroso realizado por, al menos, dos árbitros de reconocida trayectoria académica dentro de las áreas temáticas a que se dedica la revista. Los resultados de dichos dictámenes son inapelables y pueden consistir en: aprobar el trabajo para su publicación, recomendar la no publicación del trabajo, o sugerir modificaciones al trabajo para que este sea aprobado para su publicación. En caso de que se resuelva que el trabajo necesita ser modificado para ser publicable, será responsabilidad del autor realizar dichas modificaciones.

2

3

Al momento del envío del trabajo, el autor debe acompañar una carta de compromiso de originalidad, mediante la cual se compromete expresamente a que el trabajo que ha enviado no ha sido ni será publicado con anterioridad.

Los trabajos deben ser enviados a la dirección postal de la revista (CRÍTICA JURÍDICA, CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS, TORRE II DE HUMANIDADES, UNAM, C.U., 04410 MÉXICO, D.F.), por triplicado. En dos de los documentos se debe omitir el nombre del autor. A los documentos físicos, el autor debe acompañar un disco compacto con el soporte electrónico de su trabajo (en el programa Word para Windows), así como una breve reseña curricular del autor en un archivo por separado, en el cual se incluya su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, su dirección postal, su teléfono y su dirección de correo electrónico. Los trabajos deben ser escritos de acuerdo con las características de este documento.

4. Normas de arbitraje de artículos y formato de dictamen

Al dictaminar el trabajo el árbitro tendrá en consideración los siguientes puntos:

a) El tema sobre el que trata el trabajo a dictamen es uno que tiene amplia relevancia en las discusiones teórico filosóficas sociológicas jurídicas actuales.

b) El trabajo aborda el tema desde un enfoque innovador, de tal forma que contenga una visión original dentro de las discusiones existentes.

c) El contenido del trabajo, de acuerdo con la metodología, la forma de argumentación y a la originalidad de los planteamientos que contiene, representa o posibilita un avance posterior dentro de la filosofía, sociología y teoría política o del derecho.

d) El contenido de la investigación es desarrollado de conformidad, y con coherencia, respecto de los planteamientos iniciales y de los objetivos que el autor ha establecido al inicio de su trabajo.

e) La estructura del contenido del trabajo se desarrolla de tal forma que tiene una secuencia consistente tanto con los objetivos del trabajo, como una secuencia coherente que articule de forma adecuada el desarrollo de cada idea o argumento, así como que permita una relación consistente entre las diferentes ideas o argumentos afirmados durante el desarrollo del trabajo.

f) Los argumentos que el autor realiza a lo largo del trabajo se encuentran debidamente fundamentados y son desarrollados de manera que resulten aceptables y que se encuentren en consonancia con los planteamientos esenciales del trabajo.

g) El autor utiliza fuentes que, debido a su relevancia dentro de la teoría y la filosofía del derecho y política, así como a su actualidad, puedan ser consideradas como adecuadas para una investigación novedosa y que tenga como efecto un avance en dichas disciplinas.

h) El autor utiliza dichas fuentes de forma adecuada en relación con el desarrollo de los planteamientos y objetivo del trabajo de investigación y de manera

NORMAS EDITORIALES

que en la utilización de tales fuentes el autor encuentre un sustento suficiente para la afirmación de sus argumentos.

i) El autor emplea una metodología y argumentación que, tanto por su idoneidad con los objetivos del trabajo y la reflexión teórico-filosófica que el autor desarrolla, así como por su rigurosidad y coherencia, permitan afirmar que el producto de su investigación resulta filosófica y teóricamente serio y concordante con los objetivos de su trabajo.

j) Los árbitros serán designados por la dirección de la revista de entre los miembros de los consejos editorial y de asesores.