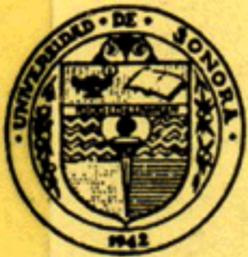

Crítica jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ISSN 0188-3968

15
1994



Presentación

TEORÍA

- | | |
|---|--|
| <i>Roberto Bergalli</i> | — ¿Qué se controla: individuos o el propio sistema penal? (Breve ensayo sobre la subjetividad en el pensamiento criminológico) |
| <i>Arturo Berumen Campos</i> | — Dialéctica de la teoría pura del derecho |
| <i>Carlos María Cárcova</i> | — Política y derecho en los tiempos de la reconversión |
| <i>María José González Ordovás</i> | — La propiedad en los neoliberales: el ejemplo de Nozick |
| <i>Eros Roberto Grau</i> | — O discurso neoliberal: reflexos jurídicos |
| <i>Hedwig A. Lindner López</i> | — La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México |
| <i>José Emilio R. Ordóñez Cifuentes</i> | |
| <i>Mariano Maresca</i> | — Destinos del sujeto en las paradojas de la cultura jurídica |
| <i>David Sánchez Rubio</i> | — Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura de diálogo |
-

CRÍTICA JURÍDICA

Ciudad Universitaria - Ciudad de la Investigación en Humanidades, Circuito
Maestro Mario de la Cueva, México, D.F., C.P. 04510

Crítica Jurídica es órgano de Crítica Jurídica A.C.

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados, responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que *Crítica Jurídica* se solidarice con su contenido. Los artículos publicados han sido sometidos a arbitraje por el Consejo Editorial.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director:

Dr. José Luis Soberanes Fernández

UNIVERSIDAD DE SONORA

Rector:

Mtro. Jorge Luis Ibarra Mendivil

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA BENITO JUÁREZ DE OAXACA

Rector:

Dr. Homero Pérez Cruz

CRÍTICA JURÍDICA

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Núm. 15

1994

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Primera edición: 1995

**DR © 1995. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.
Instituto de Investigaciones Jurídicas**

Impreso y hecho en México

ISSN 0188-3968

Crítica Jurídica es una publicación de Crítica Jurídica A.C., que se edita con el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de la Universidad de Sonora, y de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

CONSEJO EDITORIAL

DIRECTOR:

Óscar Correas

CONSEJO EDITORIAL

Antonio Azuela

Graciela Bensusan

Héctor Cuadra

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Marcos Kaplan

Jorge Luis Ibarra Mendivil

José Rolando Emilio Ordóñez

Manuel Ovilla Mandujano

Adolfo Sánchez Pereira

José Luis Soberanes Fernández

Fernando Tenorio Tagle

Jorge Witker

CONSEJO ASESOR

Juan Ramón Capella (Barcelona)

Roberto Bergalli (Barcelona)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Peter Fitzpatrick (Kent)

José Ignacio Lacasta Zabalza (Zaragoza)

Eros Roberto Grau (São Paulo)

Víctor Moncayo (Bogotá)

Antoine Jammaud (Saint Etienne)

Boaventura de Sousa Santos (Coimbra)

DIRECCIÓN TÉCNICA

Raúl Márquez Romero

ÍNDICE

Presentación	11
--------------------	----

TEORÍA

¿Qué se controla: individuos o el propio sistema penal? (Breve ensayo sobre la subjetividad en el pensamiento criminológico)	15
Roberto BERGALLI	
Dialéctica de la teoría pura del derecho	31
Arturo BERUMEN CAMPOS	
Política y derecho en los tiempos de la reconversión	69
Carlos María CÁRCOVA	
La propiedad en los neoliberales: el ejemplo de Nozick	83
María José GONZÁLEZ ORDOVÁS	
O discurso neoliberal: reflexos jurídicos	101
Eros Roberto GRAU	
La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México	111
Hedwig A. LINDNER LÓPEZ	
José Emilio R. ORDÓÑEZ CIFUENTES	
Destinos del sujeto en las paradojas de la cultura jurídica	131
Mariano MARESCA	
Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura de diálogo	147
David SÁNCHEZ RUBIO	

ANÁLISIS

- Integração e política: o Brasil no Mercosul. 181
José Eduardo FARIA
- Centroamérica: del estado del malestar al del posbienestar 197
Carlos FIGUEROA IBARRA

METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

- La historia del derecho 219
María del Refugio GONZÁLEZ
- Estructura, totalidad y epistemología, o ¿fin de la ciencia social? 227
Carlos MALLORQUÍN

DERECHOS HUMANOS

- Estado, sociedad civil y derechos humanos. 241
Óscar CORREAS

BIBLIOGRAFÍA Y NOTICIAS

- Reseñas
- El otro del otro Kelsen 249
Arturo BERUMEN
- Hemos recibido
- libros 261
- revistas 266

Critica Juridica, núm. 15, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de diciembre de 1995, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, S. A. DE C. V., Valdivia 31, Col. Ma. del Carmen, México, 03540. En la edición se usó papel cultural de 70 x 95 de 50 kg. para los interiores y cartulina bristol para los forros; consta de 1000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

Con esta entrega *Crítica Jurídica* inicia una nueva etapa. En efecto, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), en este año 1994, reconoció a la nuestra como revista de excelencia académica, resolviendo inscribirla en el padrón de revistas científicas mexicanas. Esto significa, en nuestro país, el espaldarazo definitivo. Estamos orgullosos, y nos comprometemos a renovar esfuerzos para continuar con *Crítica Jurídica*. Por otra parte, también hemos conseguido el apoyo permanente de tres universidades, además de la UNAM. Contamos ahora con el patrocinio de la Universidad de Sonora, gracias a José Luis Ibarra Mendivil, su actual rector y miembro, además, de nuestro consejo editorial, y primer presidente de *Crítica Jurídica A.C.* También nos patrocina la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Gracias a los buenos oficios de Adolfo Sánchez Pereira, nuevo integrante de nuestro consejo editorial; el rector de esa universidad, el Dr. Homero Pérez Cruz ha suscrito el convenio respectivo. Y, finalmente, la universidad que nos permitió iniciar esta tarea, la Autónoma de Puebla, nos ha venido patrocinando, de nueva cuenta, a partir del número 12. Estos apoyos significan, también, nuevos motivos de compromiso para nosotros.

En este número damos la bienvenida varios autores, algunos noveles, pero que son auténticos valores de la cultura jurídica y política latinoamericana. Esperamos seguir contando con su presencia en nuestras páginas. También, un tanto tardíamente, publicamos algunos trabajos que fueron presentados en la sesión de 1992 del grupo de trabajo «Derecho y Política», grupo que, como

hemos informado, pertenece al Comité para la Investigación en Sociología Jurídica de la Asociación Internacional de Sociología. En números posteriores publicaremos trabajos presentados en las sesiones de 1993 y 1994.

Cuando este número vea la luz, se habrán definido algunas cosas importantes en nuestro continente. México y Brasil tendrán nuevos presidentes y, cualesquiera sean los resultados, todo hace pensar que viviremos algunos cambios políticos, que no sociales, posiblemente. Nuestra revista procurará seguir estos acontecimientos a través de los autores interesados en publicar sus análisis políticos en nuestra páginas. Los invitamos cordialmente. Y continuamos invitando a todos los colegas interesados en difundir en nuestras páginas, sus ideas y sus anhelos de cambio social.

¿QUÉ SE CONTROLA: INDIVIDUOS O EL PROPIO SISTEMA PENAL? (Breve ensayo sobre la subjetividad en el pensamiento criminológico)

Roberto BERGALLI*

El comportamiento humano siempre ha constituido un objeto de atención para los demás congéneres, sobre todo cuando algunos asumen capacidad de poder las manifestaciones de conducta de otros. Por lo tanto, el saber y el poder están en la base de todo intento de poner restricciones. Mas, cuando ese saber se descarga sobre individuos concretos, definidos por el poder, el primero ha adquirido una rotundidad que, en ciertos periodos de la historia del conocimiento, han configurado consecuencias terribles. En ese sentido es oportuno aquí recordar lo que Ferrajoli¹ ha escrito, con la certidumbre que deriva de su decisiva investigación, que:

La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de justicia penal la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos.

De tal manera, ensayar unas reflexiones acerca de los modos en que el estudio de ciertos comportamientos, al parecer propios de unos individuos determinados, ha permitido la construcción de proyectos sociales y políticos de dominación en los cuales esos individuos han adquirido un protagonismo más o menos negativo, es una tarea que me parece encajar en los marcos de una investigación sobre las relaciones entre derecho y subjetividad.

* (Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati-UPV)

¹ Ferrajoli, L. "Il diritto penale minimo", en: *Dei delitti e delle pene*, anno III-n. 3, settembre-dicembre, 1985, bari 493-524; hay versión en castellano (trad. R. Bergalli), "El derecho penal minimo", en *Poder y Control*, n.º. 0-1986, Barcelona, 25-48.

I

La configuración de un campo disciplinario, relativo al estudio del delito y del delincuente, como un conjunto de conocimientos de procedencia bastante heterogénea —los cuales tuvieron por objetivo descubrir las causas de producción del primero y de gestación del segundo— y aplicados por un proyecto de dominación política, no fue obra de la causalidad ni de la intuición científica. Antes bien, creo que el surgimiento de un semejante campo disciplinario fue el resultado de una constelación de situaciones con rasgos epocales. En efecto, no en vano la presentación de un conjunto de factores antropológicos por *Cesare Lombroso* (1876) como causas atávicas del comportamiento criminal —que dieron lugar al surgimiento de la antropología criminal, primera disciplina específica sobre el estudio de los delincuentes— se produce en el centro del mismo espacio de tiempo en que algunos significativos hechos ponen por primera vez en crisis el modelo social y el sistema político surgidos con la Revolución Francesa y consolidados por el programa napoleónico.

Aludo aquí a la fundación de la *Allgemeine Deutsche Arbeiterverein* (Unión Alemana de Trabajadores) por Ferdinand Lasalle en 1863; al nacimiento de la *Asociación Internacional de Trabajadores* (Londres, 1864); a la grave crisis económica de 1867 que provocó grandes movimientos huelguísticos en los años siguientes; al estallido de la Guerra franco-prusiana en 1869; a la revuelta de la Comuna de París, el 18 de marzo de 1870, que un año más tarde llevaría como tal a la constitución de su Consejo; a las innumerables circunstancias internas que favorecieron la unidad de Italia en 1871; y, a la transformación en el Congreso de Erfurt de 1891 del anterior Partido Socialdemócrata de Trabajadores (1863) en Partido Socialdemócrata Alemán. Todos estos sucesos, citados meramente como ejemplos, fueron demostrativos de la convulsión que atravesó Europa en el último tercio del XIX y que habían sido anunciados por la fallida Revolución de 1848. Detrás y después de ellos se incubaron y reprodujeron los grandes ideales que alentaron el movimiento internacional de trabajadores el cual, más allá de la reivindicación concreta por un derecho al trabajo justamente remunerado en función del aporte que la fuerza laboral había comenzado a dar al nuevo sistema de producción, básicamente pretendía el reconocimiento de unos derechos humanos que entonces se desconocían para los trabajadores. Huelga decir que el comunismo, el socialismo y la social democracia son recipientes de dicho movimiento, mientras la doctrina de Karl Marx y Friedrich Engels es, sin duda, la mayor interpretación de esos eventos en relación con la propia historia de la humanidad.

De ese periodo de la historia moderna y de la consolidación de las sociedades industriales emerge un sujeto nuevo, portador de valores y demandas sociales, desconocido antaño por las formas tradicionales de convivencia: el obrero industrial, como individuo concreto y el proletariado como sujeto histórico. Ambas identidades se contrastan con otra subjetividad, esencial por-

tadora de derechos individuales la cual, anclada en historias económicas precedentes y como expresión de un derecho de propiedad que se ha considerado emanación de la naturaleza o de una voluntad deífica, ha permitido fundar un modo de producción y un sistema de dominación universal todavía perenne.

En ese marco de agitada situación social y política fue sin embargo la concepción anárquica de la lucha por los derechos de los trabajadores la que actuó como un revulsivo en la confrontación. Su expresión más extrema, la violencia proletaria, se convirtió en la más fuerte agresión contra la dominación capitalista. Sus protagonistas no podían ser controlados por los medios habituales con que contaba el Estado liberal y he aquí, entonces, cómo fue que los anarquistas pasaron a convertirse en sujetos de atención —junto a los criminales natos, locos morales o criminales epilépticos— como delincuentes políticos. Por esto, corresponde aquí recordar el artículo que *Lombroso* escribiera junto al abogado *Rodolfo Laschi* bajo el título *Del tipo criminale nei delinquenti politici*, aparecido en el *Archivio di Antropologia Criminale* en 1885, y que constituyera el embrión del famoso volumen también escrito por ambos autores sobre el delito político (1890).² Estos fueron los antecedentes para que, cuatro años más tarde, junto al mismo co-autor, *Lombroso* diera a luz sus teorías sobre los anarquistas (1894). Contra la opinión pública dominada entonces por los conservadores —clase política— en el gobierno italiano, en el periodo decididamente represivo de *Francesco Crispi*, —la cual los consideraba como diabólicos adversarios— a juicio de *Lombroso* los anarquistas eran sin embargo «ingenuos idealistas, desprevenidos políticos y temperamentales epilépticos o criminales políticos por pasión. En cierta manera esta contradicción no resulta más que aparente pues, en los hechos, los anarquistas se constituyeron desde entonces en sujetos de control punitivo a quienes, como a los denominados delincuentes por tendencia, se les podía aplicar medidas predelictuales de prevención de la peligrosidad, dado que en el fondo la clasificación de los anarquistas como criminales natos no hace más que recoger la larga tradición sobre la herencia de las degeneraciones o de las enfermedades mentales en la que antes de *Lombroso* hay que anotar los nombres de *Prosper Lucas*, *Guillaume Marie André Ferrus*, *Henry Mayhew*, *A.J.B. Parent-Duchatelet* o, finalmente, *Bénédict Augustine Morel*; la obra de este último (1860), ciertamente, refleja de la manera más amplia el pensamiento médico en el estudio de los criminales y es así como ella se convirtió en texto de referencia para los administradores, los juristas y los mismos periodistas de Europa continental. Sin embargo, como se sabe, esta concepción médica de la criminalidad se extendió de una forma difusa, cruzando el Atlántico y sirviendo de soporte a otros proyectos de dominación.³ Estos proyectos fueron propuestos desde una

² Bulferetti, *Lombroso*, L. Cesare, "La vita sociale della nuova Italia" vol. 23, UTET, Torino, 1975, 308.

³ Cfr. Bergalli, R. "Epilogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en América latina", en: M. Pavarini *Control y dominación (Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico)* (trad. I Muñagorri), México, Siglo XXI, 1983a.

llamada “higiene social” la cual, durante un breve periodo, pareció resolver angustiosos problemas sociales ⁴ pero siempre remitiendo a la patología, a la anomalía o al primitivismo la justificación de la intervención sobre los sujetos que eran identificados a través de las señas del cuerpo y de la psique.

II

Desde hace unos años se viene alegando la producción de un verdadero salto de calidad en la condición de sujeto del control punitivo, el cual se habría producido cuando la sociología irrumpió en las formas del conocimiento criminológico.⁵ En efecto, la decisiva obra de Emile Durkheim habría producido un vuelco trascendental en la identificación de los criminales. La abolición de la categoría de la patología para el análisis de todos los fenómenos sociales, como primera de las reglas del método sociológico, supuso una pequeña pero importante digresión respecto al marco positivista dentro del cual el primer funcionalismo se manifestara. En efecto, la relación entre pena y delito asumió en toda la obra de Durkheim una evidencia de ejemplo particularmente significativa. Esto se revela muchas veces en sus trabajos metodológicos, tanto cuando se utiliza una terminología jurídica como cuando se expone el relato histórico de una cierta evolución entre tipos sociales. Semejante característica deriva precisamente del nexo causal que discurriría entre delito y pena, pues la norma penal constituiría el efecto de la turbación producida en las conciencias por la violación de una moral compartida intensamente. De este modo, así se verifica una de las señas positivistas pues la explicación sociológica para Durkheim consiste únicamente en el hallazgo de relaciones de causalidad, tanto vinculando un fenómeno con su propia causa, cuanto conectando una causa a sus efectos útiles y aquí es oportuno resaltar el otro concepto clave en la construcción durkheiminiana: el de la utilidad, sobre todo en lo que atañe a la capacidad movilizadora de la moralidad y la solidaridad que el delito arrastra consigo.

En esa perspectiva, el papel que parece desempeñar el hombre para Durkheim sólo puede encontrarse si se remonta en la sucesión de causas y efectos, hasta el punto originario en el que la acción del hombre puede obtener finalmente ese papel en la explicación de la socialidad y la cohesión. El tema del individuo en el esquema durkheiminiano es entonces ubicado en el lugar de la pregunta más general sobre las primeras causas; por lo demás, en el simple nexo causal la voluntad del hombre, su reflexión sobre los medios y los fines, no tie-

⁴ Drago, L.M., *Los hombres de presa*, Buenos Aires, 1888 (conferencia en el Colegio Nacional); hay versión en italiano (trad. G.B. Busdraghi, con introduc. de F. Ramos Mejía y C. Lombroso), *I criminali nati*, Torino, Fratelli Bocca editori, 1890.

⁵ Baratta, A., *Criminologia critica e critica el diritto penale*, Bologna, il Mulino, 1982; hay versión en castellano (trad. A. Bunster) *Criminologia critica y critica del derecho penal*, México, siglo XXI, 1986, pp. 57-60.

ne ningún relieve decisivo.⁶ Con ello, concluye Durkheim,⁷ no es que se pretenda afirmar que «las tendencias, las necesidades, los deseos de los hombres no intervengan jamás activamente en la evolución social».

Por el contrario, se pueden entender que los individuos lleguen a contribuir en algún modo a acelerar o frenar un desarrollo. Sino que también la tendencia es una cosa, proviene de causas eficientes, no existe como innata o virtual en el hombre pues convoca condiciones sociales (o físicas en el sentido durkheimiano de características del ambiente) que la excluyen definitivamente del centro del proceso social.

De este modo, el progreso que supone el aporte de *Durkheim* en el pensamiento criminológico traduce una reconsideración expresa de la concepción del criminal como un individuo constitucionalmente no sociable, de un degenerado orientado hacia el mal. Por el contrario, por su contribución a la cohesión como a la evolución de la moral, el criminal puede ser considerado como «un agente regulador de la vida social».⁸ Por lo demás, debe ser advertido que *Durkheim* se limitó a separar más netamente de cuanto no lo había hecho en la *División del trabajo* —aunque con muchas incertezas— la normalidad sociológica de la normalidad individual, hasta el punto de otorgar independencia al juicio sobre la perversión del individuo de una valoración global de los hechos sociales. De tal forma hay que decir que *Durkheim* considera la normalidad sólo desde esta perspectiva, pues:

del hecho que el delito es un fenómeno de sociología normal no se deduce que el criminal sea un individuo normalmente constituido desde el punto de vista biológico y psicológico. Los dos problemas son independientes uno del otro. Se comprenderá mejor esta independencia cuando más adelante demostremos la diferencia entre los hechos psíquicos y los hechos sociológicos.⁹

Es normal la cuota de delitos necesaria para la estabilización social; esta circunstancia no interviene sin embargo en el diagnóstico sobre el sujeto criminal, cuya naturaleza particular debe confiarse a una investigación etiológica separada. De hecho, entonces, la posición de *Durkheim* sobre la normalidad del delincuente quedará siempre mas bien confusa y las correcciones que él hará en la segunda edición de la *División del trabajo* en 1902, sucesiva a las *Reglas*, se limitarán a una simple redimensión de tono («la tendencia al mal es habitualmente hereditaria», en el lugar de «muy habitualmente»). Estos datos textuales sirven, según

⁶ Marra, R. "Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi", en: *Dei delitti e delle pene*, 1984, anno II-n. 1, gennaio-aprile, 31-85; también, en (1986), *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessioni nella produzione normativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, 15-67.

⁷ Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico* (trad. A. Leal), Buenos Aires, edit. La Pléyade, 1981.

⁸ *Idem*, p. 90.

⁹ *Idem*, p. 85, nota 10.

creo, para reconsiderar la amplitud de la innovación durkheimiana respecto a la criminología positivista, particularmente la de la escuela italiana; mucho más reducida, por lo visto, de cuanto en realidad pueda haberlo parecido.

III

Mas la presencia del funcionalismo en el desarrollo del pensamiento criminológico se hace mas fuerte en el s. XX. La aportación de *Talcott Parsons* va a ser decisiva y su construcción de un modelo social, desde la perspectiva sistémica, influirá de manera terminante para que el control del delito y de la desviación dependa de las formas en que los individuos logren una construcción no defectuosa de la personalidad. En efecto, como pienso haberlo demostrado hace ya una década,¹⁰ la estructura de la personalidad queda absolutamente determinada en el sistema parsoniano por el condicionamiento social, de forma que el influjo hacia el comportamiento desviado no puede tener otro origen que no sea un funcionamiento defectuoso de la misma personalidad individual.

El concepto de la desviación se perfecciona para *Parsons* cuando se hace notar que el sistema social en el que semejante comportamiento se manifiesta se basa en las expectativas normativas compartidas. De modo tal que, cuando se produce una perturbación en la comunicación entre el sujeto y los demás, que se manifestará en el desinterés de éstos respecto de aquél — lo cual, a su vez, estructurará la personalidad del sujeto como un sistema de necesidades/disposiciones cuya orientación será entonces falsa o distorsionada en relación con las expectativas compartidas—, se producirá, obviamente, un comportamiento desviado.

Entre las conclusiones que *Parsons* formula al final de su exposición sobre la desviación afirma —oponiendo una teoría del control social a la génesis de las tendencias de la conducta desviada— que «la relevancia de dichas tendencias (a la desviación) y la correspondiente relevancia de los mecanismos de control social, se remontan hasta el comienzo del proceso de socialización y continúan a lo largo de todo el ciclo vital».¹¹ La estructura de la personalidad individual, entonces, estaría formada por necesidades y disposiciones que son relación al sistema de roles sociales tienen una orientación de conformidad o de alienación cuyo origen se encontrará en la interacción con otros desde el mismo nacimiento. Esto significaría que los procesos de interacción asumen una consideración notable en el origen de la desviación. Pero, *Parsons* también explica que la reacción del *ego* al cambio de la conducta del *alter* (proceso de comunicación entre el individuo y los demás), lo cual tiene por resultado el recurrir a mecanismos de ajuste y de-

¹⁰ Bergalli, *et al*, *El pensamiento criminológico I: Un análisis crítico*, Barcelona Homo sociologicus 28-Península, 1983, hay versión latinoamericana, Bogotá, edit. Temis, 1983.

¹¹ *Parsons, T. (1976), El sistema social* (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Occidente, 1976; (1a. ed. 1966); versión original en inglés: *The Social System*, 3a. ed., New York, The Free Press of Glencoe, 1959.

fensa que entrañan una ambivalencia, sea en cierto modo complementario.¹² Todo ello, entonces, supone explicar la personalidad en términos del sistema de roles y a éste en términos de la personalidad individual, lo cual discurre como un círculo vicioso cuya salida no puede ser prevista. Esto es ciertamente así pues el defecto de comunicación entre el *ego* y el *alter* —que según *Parsons* está en la base de la desviación— no se explica y sólo puede reencontrarse en la personalidad del *alter*, lo cual, a su vez, presupone un defecto de comunicación con otro *alter*, y así indefinidamente.

Más allá de esta inexplicable situación del proceso de comunicación, éste resulta analizado en la concepción parsoniana únicamente en términos psicológicos. Por ello, la desviación se explica como una orientación individual y patológica respecto del sistema normativo compartido, configurándose como una adaptación a una tensión individualmente experimentada. De aquí proviene la significación que *Parson* otorga a la psicoterapia y al efecto terapéutico de la relación médico/paciente como instrumento de control social.¹³

Por todo lo expuesto, las mayores reflexiones que se pueden hacer respecto a la contribución que *Parsons* ha hecho en la consideración del delincuente o desviado como sujeto de control, está constituido por el hecho de que para este autor el desviado es un desadaptado; que el origen de su desviación debe buscarse en un defecto de socialización y que éste ha estructurado su personalidad sobre la base de necesidades/disposiciones que generan tendencias negativas hacia el sistema de expectativas compartidas. Sin embargo, como se ha dicho, el comienzo de ese proceso no resulta aclarado en tanto que no aparece estudiado el nexo real entre el actual comunicativo y la realidad social. Esta debilidad o carencia de la propuesta parsoniana presupone, por otra parte, la asunción del nexo producción/comunicación interpersonal tal como aparece en el sistema de la sociedad capitalista, por lo cual el concepto de desviación social se agotaría con el modelo funcionalista que presupone una sociedad asentada sobre la integración y el consenso.

En esta gran tradición del modelo de sociedad asentada sobre la integración y el consenso, consolidada por las distintas expresiones del funcionalismo sociológico, hay que anotar asimismo otras notables contribuciones al pensamiento criminológico en las que el control del delito sigue asentado en una prioridad sobre el sujeto. Aludo aquí a las diferentes vertientes de la sociología norteamericana que se pueden reconocer como originadas en la llamada «escuela de Chicago» y que han dado un aporte decisivo a la construcción de una teoría de la desviación. Todas ellas se han gestado mediante la construcción de la dimensión desviación/conformidad con lo cual sirvieron para conservar y aumentar la relevancia del punto de vista del sujeto y, en consecuencia, junto a otros muchos

¹² *Idem*, p. 242.

¹³ *Idem*, pp. 294-296.

otros aspectos, produjeron una revalorización de los fenómenos de desviación social y de todas las actividades conectadas con su control.

Sin embargo, el desarrollo de esta concepción sociológica de la desviación supuso asimismo, como una de sus mayores contribuciones, la substitución de la vieja perspectiva correccionalista por una valorización consciente o apreciación del sujeto que se desvía; o sea, que esa dimensión de la desviación/conformidad también produjo la depuración implícita de la tradicional concepción patológica del delincuente/desviado, poniendo el acento sobre la *diversidad* humana lo cual, a su vez, significó el abandono de la simple distinción entre conducta desviada y comportamiento convencional. Esta situación tampoco fue un producto de la simple casualidad o de la intuición científico-social. Por el contrario, la mayor complejidad alcanzada por la sociedad norteamericana en los albores de la *Welfare State* requirió de un reconocimiento de su extendida heterogeneidad social por lo que la superación de la alternativa patología/diversidad puede encuadrarse en un triunfo para la democracia.

Más, el concepto de la democracia, en los Estados Unidos de Norteamérica, sufrió una transformación notable con el tránsito de aquella «democracia natural» que describieron *Alexis de Tocqueville* y *Gustave de Beaumont* (1989) a la *sociedad democrática de masas* que emergió nítidamente con la industrialización masiva y el proceso de integración de la gran inmigración. En todo ese tránsito se produjo una reconsideración del papel del Estado el cual, desde una concepción «débil» y de rechazo de la conexión con el individuo, pasó a configurarse como el Estado del control público o social de la economía en la era del *new Deal*.¹⁴ Sin embargo, esto no significó una aparición leviatánica del Estado, sino, más bien, en función de un conjunto de aportaciones intelectuales acaecidas en torno al *great Crash*, producidas por los pragmáticos, los sociólogos de Chicago y los realistas jurídicos, lo que percibió fue

la desaparición de la postura dominante del individuo en los terrenos económico, político, moral, legal e incluso epistemológico, y el surgimiento, a cambio, de un instrumento especial: la organización¹⁵

En este punto debe recordarse la decisiva contribución que dio para cambiar no sólo la organización de la economía, sino principalmente la organización de las relaciones entre los trabajadores y los sindicatos, lo que se conoce como la cultura del realismo legal del pragmatismo filosófico, marco dentro del cual ha germinado las diferentes corrientes de sociología jurídica que en el ámbito del *common law* norteamericano han construido la crítica a una interpretación formalista de la ley.

¹⁴ Melossi, D., *The State of Social Control*, Cambridge-Oxford Polity Press & Basil Blackwell, 1990, pp. 124-132; hay versión en castellano (trad. M. Mur Ubasart). *El Estado del control social*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1992.

¹⁵ *Idem*, p. 129.

Este periodo de la historia intelectual y política de los Estados Unidos dio lugar, asimismo, al renacimiento de un concepto que, a caballo del cambio de siglo, había constituido ya una preocupación para la primera sociología norteamericana. Aludo al concepto de *control social* el cual, desde percepciones muy subjetivistas de su uso, fue también objeto de otras dimensiones instrumentales,¹⁶ tales como la de su empleo a través del derecho como lo describiera Roscoe Pound.¹⁷ Pero, en todo caso, el *control social* se plantea como una expresión de la sociedad a través de la cual, en oposición al control político, se puede controlar la desviación.

Hoy, por el contrario, el análisis pormenorizado de la sociología liberal de la desviación ha permitido constatar que tanto el concepto de control social como sobre todo el mismo de desviación respondieron a una precisa ideología, cual fue la sustentada durante el hegemónico periodo de la democracia social,¹⁸ desde el comienzo de la década de 1940. Una sociología crítica de la desviación emergió después de 1968, poniendo al descubierto la sobrepolitización de que había sido objeto el concepto y la re-politización de los juicios morales que se había venido expresando mediante la definición del comportamiento desviado y el delito desde posiciones de poder. En este sentido fue de gran trascendencia la aparición de una teoría pluralista del conflicto en los Estados Unidos en la cual debe anotarse la contribución de Quinney¹⁹ quien, por su parte, arguyó que la realidad social del delito es definida por los que se encuentran en posiciones de poder mientras los demás tienden a aceptar esta realidad como propia y la de Chambliss y Seidman para quienes el derecho representa una herramienta institucionalizada de los poderosos a los que otorga tanto una moral superior como también un poder coercitivo en el conflicto.²⁰

El desenmascaramiento ideológico del concepto de desviación se hizo aún más evidente cuando el *maccarthysmo* en los Estados Unidos amplió la definición de radicalismo hasta incluir en ella muchas formas menores de disenso. En contra de este retorcido mecanismo de dominación, el radicalismo político adoptó las nuevas tácticas de la desobediencia civil o las reacciones de los movimientos guerrilleros del Tercer Mundo, pero más a menudo se volcó a los estilos de vida de los grupos oprimidos o progresistas, de manera que sus expresiones políticas se identificaron con la vanguardia. De esta forma, cuanto más militantes fueron sus integrantes, más fueron definidos como socialmente desviados. Esta situación fortaleció la percepción política de tales grupos y en

¹⁶ Bergalli, L., "Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Facultad de Derecho, 1992, pp. 173-184.

¹⁷ Pound, R., *Social Control through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.

¹⁸ Summer, C., *The Sociology of Deviant Behaviour: An Obituary*, London, The Open University Press, 1994.

¹⁹ Quinney, R., *The social Reality of Crime*, Boston, Little Brown, 1970.

²⁰ Chamblis, W.J./Seidman, R.B., *Law, Order and Power*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1971, p. 504.

torno a ellos nacieron organizaciones de auto-ayuda, de terapia antiprofesional, de presión, comunidades y comunas, todo lo cual influyó para que se acrecentara la adopción de posiciones políticas más coherentes, asentadas en la toma de conciencia de su estigmatización.

Hoy en día no es para nada descabellado recordar aquella época como la de una verdadera «revolución cultural», provocada desde el poder, en cuyo marco florecieron héroes, formas de baile, expresiones del arte, todo un conjunto de elementos que si bien no alcanzan para describir este periodo como el de una revuelta generacional, en cambio ayudan a comprenderlo como una expresión particular de una inmediata liberación personal y como un prelude para el alcance de una igualdad pública entonces distante. El resultado de ese desarrollo paralelo en política como en la cultura constituyó la quiebra del sistema de legitimación decisivamente sucesivas crisis exteriores a tal sistema (Vietnam, por ejemplo).

Puede afirmarse, entonces, que las consecuencias que un proceso de construcción de la identidad desviada tuvieron sobre el pensamiento criminológico fueron de la trascendencia inusitada, casi equiparable a la suscitada una centuria antes con la aparición de la escuela positiva italiana. Efectivamente, mientras en el último tercio del siglo pasado el descubrimiento del *uomo delinquente* había tenido una utilización política clara, el desviado de la segunda mitad del presente siglo también sirvió para asentar el proyecto de dominación social-demócrata.

Pero, ¡nada es eterno en las formas del conocimiento...! Por un lado, la dimensión psicoanalítica del concepto de desviación se expandió plenamente y las contradicciones en el campo de la psiquiatría fueron expuestas completamente a la luz general de la política. De este modo, la norma social fue sometida a un ataque interior. Mientras, por otro lado, los desarrollos políticos y culturales a los que antes aludí pusieron en cuestión las propias bases del orden social, con lo cual también la norma recibió un ataque exterior. Todo ello provocó que los científicos sociales comenzaran a reconsiderar sus definiciones en el amplio panorama de los fenómenos sociales, desde la desviación a la misma política por lo cual el concepto de conducta desviada fue históricamente entendido como uno de los peores elementos empleados por la cultura WASP para mantener el control social, el cual se concentró sobre aquellas capas más débiles de la sociedad norteamericana, particularmente en su componente negro como lo demostraron Franz Fannon y Malcom X.²¹

Este debate cruzó el Atlántico inmediatamente y se asentó en Europa donde las primeras expresiones de malestar social empezaron a dejarse sentir a comienzos de la década de 1970. Ellas fueron evidentes en aquellos países en los cuales una cultura del *Welfare* había sido impulsada desde el propio Estado, por lo cual es hacia el interior de los aparatos estatales donde se dirigen los primeros comen-

²¹ Horowitz, I.L./ Liebowitz, M., "Social deviance and political marginality: toward a redefinition of the relation between sociology and politics", en *Social Problems*, 1968, vol. 15, p. 295.

tarios sobre la forma en que públicamente, desde esos niveles, se emplea el concepto de desviación como una etiqueta poderosa para definir las prácticas político-culturales de rechazo y de disenso con la represión o el elitismo. Esto constituyó el núcleo de la versión liberal-pluralista de una teoría de la desviación que adoptó la idea de conducta desviada como sinónimo de disenso social. Semejante ímpetu teórico generó algunos movimientos que, con menor o mayor inclinación hacia posiciones de izquierda, tomaron cuerpo en Gran Bretaña, por ejemplo, a través de la *Social Deviance Conference* o que se tradujeron en obras como la de *The new Criminology*,²² en la República Federal de Alemania, con el *Arbeitskreis Junger Kriminologen* y la publicación periódica *Kriminologisches Journal*, o, en Italia con la revista *La questione criminale*, devenida luego, después de múltiples alternativas que siguieron a las luchas académicas y políticas de esos años, en la actual *Dei delitti e delle pene*. Un proceso semejante pero particular tuvo lugar en Escandinavia y los Países Bajos.²³

Con lo expuesto hasta ahora es posible entonces aceptar la idea definitivamente sustentada por *Summer* en el sentido de que, aunque no por la primera vez, pero ya en el periodo indicado había quedado claro que la desviación, como categoría general y como forma de englobar una colección de prácticas sociales y de censuras sociales, constituyó algo totalmente inestable, empíricamente indeMOSTRABLE y lógicamente incoherente.²⁴

De este modo se inició una larga marcha a través de las instituciones, lo que en buena medida sirvió para completar la larga investigación foucaultiana que se construyó en torno a la arqueología del saber (entre 1954-1970) y a una genealogía del poder (desde 1971) y que sirvió para demostrar que la sociedad represora e intolerante que se construyera en Europa en los siglos XI y XII había tenido su continuidad en la Modernidad.

Foucault enseñó que la medicalización de los tres objetos centrales del saber que sustentaron el orden burgués, alcanzó su cenit en el s. XX y así como la locura sirvió para definir al sujeto sano, la sexualidad al sujeto normal y la delincuencia al sujeto dócil, lo cierto y real es que esta última es el corolario del conjunto de tecnologías de control individualizantes instauradas en la última mitad del s. XVIII.

En lo que atañe a la definición del delincuente a través del sistema penal, *Foucault* ha demostrado que han existido tres tecnologías que se han dejado aparentar por las prácticas judiciales. Por un lado, el derecho monárquico mediante el cual se teatralizaban en público los crímenes de *lesae Majestatis*, marcando en público a los condenados con un efecto de terror sobre el pueblo.

²² Taylor, I. Walton, P. Young, J., *The new Criminology: for a social theory of deviance* (foreward A. Gouldner). London and Boston: hay versión en castellano (trad. A. Crosa) La nueva criminología (Contribución a una teoría social de la conducta desviada), Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977.

²³ Cfr. Bergalli, *op. cit.*, supra nota 10, pp. 189 y ss.

²⁴ *Op. cit.*, supra nota 18, pp., 330.

Por otro lado, el proyecto de los juristas reformadores como *Becaria*, quienes comprendieron que el primitivo sistema de control del *Ancien Régime* presentaba más problemas que ventajas. El cuerpo social debería castigar a los infractores que habían roto el pacto, con el fin de recuperarlos como sujetos de derecho; el castigo implicará más el ejemplo que el terror por lo que la reforma pretendía prevenir el futuro delito y mostrar que sale más a cuenta no delinquir. Pero también, y sobre todo, se quería acabar con todos los ilegalismos populares que el derecho monárquico dejaba en un vacío jurídico; ilegalismos que se llevaban a cabo sobre la propiedad burguesa: mercancías de la naciente sociedad industrial y productos de la agricultura que ahora era extensiva y exhaustiva, como aconsejaban las teorías fisiocráticas, y que acabaron con los grandes desiertos donde se movían los fuera de la ley y el resto de nómadas sociales. La reforma iluminista del sistema penal fue una lucha contra el sobrepoder del soberano y el infrapoder de los ilegalismos hasta ahora tolerados; sobre esta base se construye un derecho penal liberal que reconoce a los sujetos portadores de determinados bienes jurídicos —sólo los sujetos que conviven dentro del mercado naciente— unos concretos derechos que pueden y deben ser amparados por el Estado y a éste unos límites dentro de los cuales puede intervenir para ejercer semejante amparo.

En la medida que el nuevo Estado se fue estructurando, también se fueron definiendo unos aparatos y un saber específicos destinados a identificar aquellos ciudadanos que se van a convertir en sujetos del control penal. La policía y el saber policial forman parte importante de esta nueva y legitimada capacidad interventora que nace del pacto social. Esta capacidad, por otra parte, se manifiesta mediante la actuación policial con toda la fuerza de que la sociedad organizada dispone.

En último término, se termina de configurar la cárcel, tal como se la puede identificar con el surgimiento de la sociedad industrial. En su interior el castigo se hará en secreto, lejos de la mirada y alborotos de la gente este castigo consistirá en una serie de técnicas de coerción de los individuos, gracias a unas prácticas de sumisión del tiempo y de los cuerpos, copiadas de las disciplinas de los grandes ejércitos protestantes, todo lo cual redundará poderosamente en la estructura y organización del trabajo en esas nacientes sociedades industriales.

Así como la Modernidad legó entonces un sistema penal que básicamente está constituido, en los actuales Estados democráticos de derecho, tanto por su orden constitucional como por el jurídico-penal, procesal y penitenciario, cuanto por las instancias de aplicación (policía, jurisdicción e instituciones penitenciarias), también se heredó de ella una parte importante de saber sociológico que ha permitido descubrir los intersticios de semejante sistema.

Aludo aquí a una buena parte del desarrollo que la llamada escuela de Chicago produjo; sobre todo a ese sector que, a partir del estudio de los procesos de interacción que configuran el vasto panorama de la comunicación social, ha permitido poner al descubierto los mecanismos que juegan en la tarea de definir el comportamiento humano. En efecto, el *interaccionismo simbólico*, como sistema de ver al mundo social desde la cabeza de sus propios actores, ha servido para

demostrar cómo los gestos —particularmente el oral— son los medios a través de los cuales los seres humanos que viven en determinados ambientes construyen sus identidades recíprocas.

Las distintas variantes del interaccionismo simbólico han permitido identificar sujetos de la vida cotidiana que hasta entonces no tenían ninguna relevancia social. Algunas de esas variantes, además, han intentado trasladar sus enfoques a los procesos de definición ejercidos desde niveles de poder. Este fue el momento en el cual, sobre todo en la República Federal de Alemania, lo que se conoció como el *Reaktionsansatz* tuvo la pretensión de enlazar esos análisis de la vida cotidiana con concepciones marxistas de la realidad social,²⁵ lo cual abrió una amplia perspectiva dentro de la cual varios campos de investigación comenzaron a ser profundizados.

Dentro de esos campos, los temas que tuvieron una rápida acogida fueron aquellos en los cuales donde la interacción entre individuos sometidos a un proceso de definición fuerte y otros ubicados en posiciones de poder, producía identidades indelebles. Los casos de producción de normas penales y de las instancias de su aplicación: el sistema penal, en esencia, se revelaron como decisivos para tal tipo de definiciones negativas.

De ese modo, el enfoque del labelling, o sea aquel que reposó su atención sobre el efecto del poder de definición a cargo de quienes están legitimados para poner en marcha el sistema penal, provocó un vuelco paradigmático en la investigación y en el propio pensamiento criminológico pues, a partir del momento de la recepción de semejantes enfoques en la investigación, se fue abandonando el interés por quien había sido el sujeto central del conocimiento, por lo cual aquél se desplazó a los nuevos actores de la cuestión criminal. Estos nuevos actores son los funcionarios policiales, los jueces y magistrados judiciales, los encargados de la ejecución penitenciaria quienes realizan procesos de selección e identificación de sujetos como delincuentes. El comportamiento definidor de esos nuevos actores ha adquirido mucho más relevancia que los delincuentes, como sujetos de atención por el pensamiento criminológico, pues son aquellos quienes producen criminalidad al orientar el control penal sobre determinadas situaciones e individuos concretos. Respecto de este campo de investigación, cuyos resultados han cambiado la percepción de la cuestión criminal en la medida que han puesto en descubierto los aspectos que vinculan la dimensión de la criminalidad con su comprensión desde el poder político, existe actualmente una masa de información suficiente como para poder afirmar que lo que antaño fue sustento epistemológico de la disciplina criminológica ha sido desplazado.

En efecto, mientras lo que se denomina como criminología administrativa, por razones político-criminales debe mantener concentrada su atención sobre los su-

²⁵ Sack, F., *Probleme der Kriminalsoziologie*, en S. Rokkan/L. Svasand/R. Herberle/H. E. Wolf/F. Sack, "Wahlverhalten Vorurteile Kriminalität-Handbuch der empirischen Sozialforschung" Band 12 (hrsg. von R. Konig), 2. vollig neubearbeitete Auflage, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1978, 192-393.

jetos definidos como el eje del control jurídico-penal, lo que hoy se denomina como sociología del control penal²⁶ orienta sus intereses hacia las relaciones que la producción del orden jurídico-penal y sus instancias de aplicación mantienen con las esferas económico-estructurales, política y cultural de la sociedad. En ese sentido, entonces, la transformación epistemológica que se ha producido en el ámbito del pensamiento criminológico hace que éste constituya parte de la sociología jurídica contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, A., *Criminología crítica e crítica el diritto penale*, Bologna, il Mulino, 1982; hay versión en castellano (trad. A. Bunster) *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986.

BERGALLI, R. "Epílogo y reflexiones" (de un argentino) sobre el control social en América latina, en: M. Pavarini *Control y dominación (Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico)* (trad. I. Muñagorri), México, Siglo XXI, 1983.

— "El control penal en el marco de la sociología jurídica", en *El derecho y sus realidades (Investigación y enseñanza de la sociología jurídica)* Barcelona, PPU, 1989, pp. 267-290; también, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Nueva época, t. V-1988, y en: *Doctrina penal*, Buenos Aires, año XI-1988, pp. 589-599.

— "Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Facultad de Derecho, 1992, pp. 173-184.

BULFERETTI, Lombroso, L. Cesare, "La vita sociale de Ila nuova Italia", vol. 23, Torino, UTET, 1975, p. 308.

CHAMBLIS, W.J. SEIDMAN, R.B., *Law, Order And Power*, Massachusets, Addison-Wesley, 1971, p. 504.

DRAGO, L.M., *Los hombres de presa*, Buenos Aires, 1888, (conferencia en el Colegio Nacional); hay versión en italiano (trad. G. B. Busdraghi, con introduc. de F. Ramos Mejía y C. Lombroso), *I criminali nati*, Torino, Fratelli Bocca editori, 1890.

²⁶ Bergalli, R., "El control penal en el marco de la sociología jurídica", en *El derecho y sus realidades* (investigación y enseñanza de la sociología jurídica), Barcelona, PPU, 1989, pp. 267-290; también en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Nueva Epoca, t. V-1988, y en *Doctrina penal*, Buenos Aires, año XI-1988, pp. 589-599.

DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico* (trad. A. Leal), Buenos Aires, edit. La Pléyade, 1981.

FERRAJOLI, L., "Il diritto penale minimo", en *Dei delitti pene*, anno III-n. 3, settembre-dicember, 1985. bari 493-524; hay versión en castellano (trad. R. Bergalli), "El Derecho penal mínimo", en *Poder y Control*, núm. 0-1986, Barcelona, 25-48.

HOROWITZ, I.L./LIEBOWITZ, M., "Social deviance and political marginality: toward a redefinition of the relation between sociology and politics", en *Social Problems*, 1968, vol. 15, p. 295.

LIEBOWITZ, M. Social deviance and political marginality: toward a redefinition of the relation between sociology and politics, en *Social Problems*, vol. 15, 1968, 280-296.

MARRA, R., "Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi", en *Dei delitti e delle pene*, 1984, anno II-n. 1, gennaio-aprile, 31-85; también , en *Il diritto in Durkheim, Sensibilità e riflessioni nelle produzioni normativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, 15-67.

MELOSSI, D., *The State of Social Control*, Cambridge-Oxford Polity Press & Basil Blackwell, 1990, pp. 124-132; hay versión en castellano (trad. M. Mur Ubasart). *El Estado del control social*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1992.

MOREL, B.A., *Traité des maladies mentales*, Paris, Masson, 1860.

PARSONS, T., *El sistema social*, (trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez) 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Occidente, 1976 (1a. ed. 1966); versión en inglés: *The Social Systems*, 3a. ed., New York, The Free Press of Glencoe, 1959.

POUND, R., *Social Control through Law*, New Haven, Yale University Press, 1942.

QUINNEY, R., *The social Reality of Crime*, Boston, Little Brown, 1970.

SUMNER, C, *The Sociology of Deviant Behaviour: An Obituary*. London, The Open University Press, 1994.

TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J., *The new Criminology: for a social theory of deviance* (foreward A. Gouldner). London and Boston; hay versión en castellano (trad. A. Crosa), *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires. Amorrortu editores, 1977.

TOCQUEVILLE, A. de (BEAUMONT, G. de) (1989), *La democracia en América I; II* (edición crítica preparada y traducida por Eduardo Nolla), Aguilar Maior, Madrid, del original *De la démocratie en Amérique*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris y del Manuscrito *La democracia en América*, Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University, New Haven.

DIALÉCTICA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Arturo BERUMEN CAMPOS¹

... esta pureza es la abstracción absoluta... o la negatividad. (Hegel: *Fenomenología del Espíritu*)

En memoria de mi inolvidable y admirado maestro Javier Esquivel Pérez, por haberme enseñado, no la verdad, sino el amor a la verdad

SUMARIO: *Introducción*; I. *La crisis de la teoría pura del derecho*; II. *La negatividad kelseniana*; III. *Causalidad e imputación*; IV. *Imputación jurídica e imputación moral*; V. *El derecho como la estructura dialéctica de la libertad*.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo no es confrontar las teorías del derecho de Hegel y de Kelsen, aunque haya conclusiones relacionadas con este aspecto. Más bien, se trata de aplicar la metodología dialéctica hegeliana a los resultados más relevantes obtenidos por la producción kelseniana en la teoría jurídica, con tres propósitos fundamentales: primero, para evaluar, críticamente, la consistencia del purismo metódico; segundo, para rescatar los aportes conceptuales kelsenianos, reformulándolos como momentos necesarios de un concepto dialéctico del derecho y, tercero, para estar en posibilidad de proponer su rearticulación interna con las teorías jurídicas más recientes y abrir, de este modo, un nuevo campo metodológico en el estudio del derecho y de las teorías jurídicas.

De entre los filósofos clásicos de occidente Hegel ha sido el gran olvidado en el ámbito de los estudios jurídicos. No tanto porque su teoría del derecho y del Estado no ocupe un lugar relevante en los manuales de la historia de filosofía

¹ Facultad de Derecho, UNAM.

del derecho o de la teoría del Estado, ya que es considerado, junto con Aristóteles, Santo Tomás, Hume, Kant o Marx, como una de las cumbres del pensamiento jurídico y político. Pero, prácticamente, Hegel no ha tenido descendientes jurídicos, con algunas excepciones tales como Federico Muench en la filosofía del derecho o la de Hermann Heller en la teoría del Estado,² pero que o no son muy conocidos en nuestro medio o no desarrollan sus concepciones, específicamente, a partir de la metodología hegeliana.

El binomio Aristóteles-Santo Tomás alimenta, constantemente, la amplia corriente iusnaturalista; Hume sustenta, epistemológicamente, tanto al sociologismo como al realismo jurídicos y Kant es el punto de partida de las más importantes manifestaciones del positivismo jurídico. Hegel, en cambio, sólo encontró un lugar eminente, pero discutido, en la profunda corriente inaugurada por Marx, cuyos discípulos y él mismo, en gran parte, descuidaron, hasta hace relativamente poco tiempo, el cultivo del estudio del derecho, y cuando lo hacen, soslayan, en gran medida, los ingredientes metodológicos hegelianos del marxismo.

Este olvido se debe, tal vez, a que existen grandes prejuicios contra el pensamiento hegeliano. Se dice, por un lado, que su lógica dialéctica es en realidad una ontología porque, como máximo representante del idealismo, confunde, absolutamente, el pensamiento con la realidad.³ Esta concepción errónea sobre Hegel, ha impedido, con excepción parcial del marxismo, no tan sólo aprovechar el gran arsenal epistemológico que contiene la lógica hegeliana para el estudio de la realidad, sino que ha obstaculizado la superación metódica de las contradicciones a que, tarde o temprano, llegan las demás metodologías. La permanencia de las grandes crisis en que se encuentra sumergida la mayoría de los sistemas del pensamiento contemporáneo, incluidos los jurídicos, se debe, en gran parte, a que se niega, dogmáticamente, el hecho de que la contradicción es inherente al pensamiento como condición de su desarrollo, ya que este reconocimiento es necesario para superar la contradicción misma. Al enseñarnos la manera de determinar y de superar la contradicción para desarrollar el pensamiento, Hegel es el único filósofo que nos ha enseñado a pensar, realmente.

Por otro lado, se ha acusado a Hegel de ser el padre intelectual del totalitarismo moderno a causa de su divinización del estado.⁴ Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que el estado para Hegel no es sinónimo de gobierno, sino que para él, el

2 Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Editora Nacional, 1981, pp. 197 y 205; Niemeyer, Gerhart, "Prólogo" en Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1985, p. 15.

3 Vermeaux, R., *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1977, pp. 229, 233.

4 Kelsen, Hans, "Forma de Estado y visión del mundo", en *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 239: "La postura de Hegel, el más grande de los metafísicos alemanes, es igualmente inequívoca. No es sólo el filósofo del espíritu absoluto, sino que lo es también de la monarquía absoluta".

estado es el conjunto de lo ético, es decir, del entrelazamiento de los derechos y obligaciones sociales, donde se puede realizar, plenamente, la libertad humana.⁵

Kelsen, por su parte, es, aún, el filósofo del derecho más influyente en el campo de la teoría del derecho. La pureza, su principio metodológico fundamental, le ha dado fundamento epistémico a muchas disciplinas jurídicas: a la lógica jurídica, a la semiótica jurídica, a la dogmática jurídica y hasta a la historia del derecho. La purificación de su concepto de imputación jurídica es algo que Hegel no se hubiera imaginado. Esta separación conceptual de lo jurídico era, no obstante, absolutamente necesaria para determinar, hegelianamente, el concepto de derecho. Pero el concepto del derecho, a partir de Kelsen ha quedado fragmentado en tres pedazos: el hecho, el derecho y el valor. A la distinción analítica no ha seguido un exitosa reconstrucción sintética. Algo que Kelsen, tampoco hubiera imaginado y, en esto, Hegel es un verdadero maestro. Juntar los pedazos del concepto del derecho que Kelsen escindió porque estaban confusa e ideológicamente unidos, probablemente tenga como consecuencia redefinir, no tan sólo, a la imputación kelseniana sino que, en el mismo proceso, quede transformada la concepción hegeliana de la libertad como fundamento del derecho. Proponer algún rudimento vago de la idea de como podría ser posible esta tarea, aprovechando las aportaciones recientes de otros autores, jurídicos o no, pero relevantes a este respecto, es el propósito inmodesto y muy superior a las fuerzas del autor de este trabajo.

I. LA CRISIS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En la medida en que puede considerársele como un paradigma de la ciencia jurídica,⁶ la teoría pura del derecho se encuentra en plena crisis, pues a los problemas jurídicos que no encuentran en ella una explicación satisfactoria v. g. el concepto de norma, de unidad y sistema jurídicos, de validez y eficacia, modalidades deónticas y discursos jurídicos⁷ se aúna el reconocimiento, por parte de su autor, de que su concepción de la norma fundamental es una ficción. Dijo Kelsen en el año de 1964:

⁵ Miranda, José Porfirio, *Hegel tenía razón*, México, UNAM, 1989, pp. 304, 305.

⁶ Schmill, Ulises, "Prólogo" a *Hans Kelsen, vida y obra*, de Rudolf Aladar Métall, México, UNAM, 1984, p. 6: "Si el desarrollo histórico de la teorías fuese un progreso acumulativo y rectilíneo como para calificarlo de racional, la teoría de Kelsen se hubiera convertido hace ya mucho tiempo en un paradigma en sentido kuhniano y sería el fundamento teórico de un tradición de ciencia normal 'jurídica'; Esquivel, Javier, "El modelo kelsiano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 19, México, enero-febrero de 1984, p. 29: "El modelo de Kelsen... constituyó a no dudarlo, una revolución teórica respecto a los modelos imperantes en Europa continental - Jellinek, Stammler..."

⁷ Esquivel, Javier, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 2931; Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980, pp. 58, 59, 121, 122; Hart, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, México, sep-dic. 1974, pp. 112, 117, 129; Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 2729; Heller, Hermann, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 216.

la norma básica en el sentido de la filosofía del como si vaihingeriana no constituye una hipótesis como yo mismo la he caracterizado algunas veces sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debiera acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad.⁸

Independientemente del valor científico que pudiera tener la norma básica entendida como una ficción,⁹ lo cierto es que de este modo concebida, la norma básica ya no supone el principio de imputación como condición de existencia¹⁰ ya que este principio, el de imputación, no le puede señalar a la norma básica con precisión la connotación que corresponde a cada uno de sus elementos¹¹ como norma positiva, al ser considerada como el sentido ficticio de un acto de voluntad también ficticio.¹²

Si Kelsen ha preferido desfigurar el concepto de norma básica a renunciar o a reformular el principio de imputación es porque considera que sólo mediante

la existencia de este principio en nuestro pensamiento y su aplicación a las ciencias que se ocupan de la conducta humana, estaremos facultados para considerar a la sociedad como un orden o sistema distinto del orden o sistema de la naturaleza, y a las ciencias cuyo objeto es la sociedad, diferentes de las ciencias naturales.¹³

Es decir que Kelsen considera preferible dejar sin fundamento al sistema jurídico (la norma básica) que a la ciencia del derecho (la imputación). Pero procediendo de esta manera, Kelsen ha incurrido en el vicio que al inicio de su carrera científica reprochó a la ciencia jurídica tradicional: “Una de las metas de mi libro es la lucha

8 Kelsen, “La función de la constitución”, en *derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987, p. 86; la abjuración de Salzburgo la llama Daniel Herrendorf, en *El estado actual de la teoría general del derecho*, Tijuana, México, Cárdenas, 1991, p. 89.

9 Kelsen, la función de la constitución, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 86; “Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo... Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción”.

10 Tamayo y Salmorán, Rolando, “La imputación como sistema de interpretación de la conducta”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, México, sep-dic. 1971, p. 445.

11 *Ibidem*.

12 Kelsen, “La función de la constitución”, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 86; “En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una relación esencial entre deber (*sollen*) y querer (*wollen*). Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad fingido encuentra su sentido en la norma básica”.

13 Kelsen, “Causalidad e imputación”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 19, ene-feb 1974, p. 207.

contra la ficción, esa reprochable mentira inocente de la ciencia”.¹⁴ Tal retorno circular a lo contrario de su postura original¹⁵ no fue, empero, casual ni tan sólo fue una matización de la misma,¹⁶ sino que fue el resultado inevitable de la pureza metódica.

La producción de ficciones ideológicas en la ciencia no es el producto, como creía Kelsen, de: “La combinación de puntos de vista excluyentes...”¹⁷ sino, al contrario, como sostiene Hegel, es que “por dichas exclusiones el mencionado punto de vista se manifiesta súbitamente como una recaída en el intelecto metafísico...”¹⁸ Es una consecuencia ineludible de la pureza metódica de Kelsen caer en la jurisdicción de aquella mitología¹⁹ porque al pretender mantener, de principio a fin, la exclusión con respecto del derecho, de las determinaciones de causalidad y de eticidad,²⁰ desarrolla el concepto de imputación de una manera unilateral y aislada sin poder evitar llegar a considerarlo como implicado en su contrario²¹ en la norma fundante básica ya sea como eficacia²² o como ideología,²³ respectivamente, y su pensamiento desesperado de poder sacar de sí la solución de la contradicción en que se ha puesto, torna a las soluciones y a los calmantes que el espíritu encuentra en otra de sus modas y formas.²⁴

14 Kelsen, “Prefacio” a *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, citado por Mari, Enrique E., en “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Derecho y psicoanálisis*, p. 74.

15 Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross...*, op. cit., supra nota 7, p. 81: ...“Kelsen había combatido la tesis de colocar una ficción como fundamento del derecho positivo; ahora, al final de su carrera, acepta la ficción. El círculo se había cerrado”.

16 Mari, Enrique, E., op. cit., supra nota 14, p. 75.

17 Kelsen, “prefacio...”, p. 74.

18 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, Porrúa, 1980, pp. 44-45, par. 65.

19 *Idem*, p. 9, par. 11.

20 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 15: “Al caracterizarse como una doctrina á pura” con respecto del derecho lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, porque desea excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como derecho. Vale decir: “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es el principio fundamental en cuanto al método”.

21 Hegel, op. cit., supra nota 18, p. 8, par. 11.

22 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 217: “La eficacia se encuentra, como condición de validez, estatuida en la norma fundante básica”; Cerroni Umberto, “Kelsen y Marx”, en *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975, p. 162: “Y si por lo que toca al primer aspecto de la construcción se contrae en un dualismo absoluto de forma y contenido, de sociedad y naturaleza, de *Sollen* y *Sein*, por lo que toca al otro aspecto... la teoría “pura” decae en la unidad inmediata de los dos elementos: privando al ser de su alcance constructivo específico y debilitando la eficiencia ordenadora del deber ser, en cuanto ha sido inmediatamente constituida por la particularidad no penetrada del mundo sensible. La idea no resulta ni funcional ni efectiva ya que ha sido anticipada, y formalizada, y el ser, por cuanto se le expulsó primero y se le hizo caer después en la naturaleza, surge nuevamente como tal en la estructuración de la teoría”.

23 Mari, Enrique E., op. cit., supra nota 14, p. 77: “Aunque quizá no dejen de calibrar como un dato peculiar de la biografía del teórico del derecho de más peso en el siglo (Kelsen), que quien dedicara toda una vida intelectual a desmontar las referencias divinas de fundamentación imaginaria de poder, haya sido el arquitecto profano del más sólido artefacto de conexión entre discurso de razón e imaginario social: la *Grundnorm*”.

24 Hegel, op. cit., p. 9, par. 11.

En otras palabras, por la razón de que Kelsen se aferra a la imputación como única determinación del derecho, la pone en contradicción con la norma básica que presupone a la causalidad y a la eticidad y recurre para solucionarla al expediente de considerar a ésta como una ficción, para continuar permaneciendo “en determinaciones unilaterales” cuya insuficiencia “aquella visión imagina falsamente haber superado”.²⁵

La teoría de Kelsen no tan sólo muestra lo que Hegel criticaba al dualismo Kantiano: “la impotencia para poner juntos dos pensamientos”.²⁶ la imputación y la causalidad cuya unidad, de cualquier modo “se produce como a espaldas de la conciencia”,²⁷ sino también que en el desarrollo mismo del concepto de imputación, concibe sus determinaciones como, abstractamente separadas (imputación descriptiva y prescriptiva), externas las unas con respecto de las otras (imputación jurídica y moral), o simplemente subsumidas (imputación superior e inferior) o unificadas inmediatamente (imputación jurídica y estatal), sin que se pueda establecer la mediación que existe entre ellas²⁸ y de este modo, “en lugar de comprender, pensar la verdad, la convierte más bien en la no verdad”.²⁹

II. LA NEGATIVIDAD KELSENIANA

A pesar de todas sus abstracciones, unilateralidades, exterioridades e inmediateces, Kelsen ha sido considerado como “el principal jurista de la época”, “el jurista de la época contemporánea”, “el Kant de la filosofía jurídica”, “el escritor más estimulante dentro de la jurisprudencia analítica de nuestros días”, “el jurista del siglo XX”.³⁰

Su teoría pura del derecho es tenida como “una conquista única dentro de la moderna filosofía del derecho” que “se distingue por su sobresaliente agudeza, su brillante dialéctica y su lógica inexorable”,³¹ como la “única que puede dar cuenta del ingrediente lógico que integra la experiencia jurídica como objeto del cono-

²⁵ *Idem*, p. 45, par. 65.

²⁶ *Idem*, p. 39, par. 60.

²⁷ *Idem*, p. 32, par. 25.

²⁸ *Idem*, p. 47, par. 70: “El intelecto habitual abstracto es el único que toma como absolutas las determinaciones de la inmediatez y de la mediación cada una por sí, y cree tener en ellas algún punto fijo de destinación; de este modo se produce la insuperable dificultad de unificarlas; dificultad que, como hemos demostrado, no existe de hecho y se disuelve en el concepto especulativo; Cerroni, *op. cit.*, p. 178: ¿Porqué se presenta como necesario el aislamiento lógico de la forma del contenido, si luego es necesario buscar un contenido, introducirlo por una puerta secundaria... y reunir lo que, como dice Hegel, un momento antes se había mostrado como separado?”.

²⁹ Hegel, *op. cit.*, p. 41, par. 62.

³⁰ Pound, Roscoe (según Aftalión Enrique R.), Prólogo a *La idea del derecho natural y otros ensayos*, de Hans Kelsen, México, Ed. Nacional, 1974, p. 7; Tamayo y Salmorán Rolando, “Hans Kelsen in memoriam”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm 19, p. XIII; Hart, *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, 1977, p. 34; Aladár, *op. cit.*, p. V; Ebenstein W. (según García Maynez Eduardo), en *Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana*, México, Porrúa, 1978, p. 10.

³¹ Ross Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 66.

cimiento”,³² como una de las aportaciones más interesantes y más fértiles en toda la historia del pensamiento jurídico;³³ como “una hipótesis sobre el derecho que ha encontrado aplicaciones exitosas en su específico campo de estudio”;³⁴ como una de las doctrinas más influyentes de nuestros días” ya que “sus deducciones son brillantes, lógicas y claras; su lenguaje sencillo y atractivo”;³⁵ como “la teoría del derecho mejor elaborada y más rica en resultados”;³⁶ como la única que, paradójicamente, “permite discutir, políticamente, el contenido del derecho”.³⁷

Y su concepto de la imputación normativa ha sido apreciado como “una de las conquistas más grandes y de mayor importancia”³⁸ y como el “descubrimiento más fascinante de la filosofía moral”.³⁹

¿Cómo es que una teoría que, por exigencia interna o por autorrenuncia expresa, únicamente se limita a describir al derecho con objetividad y exactitud para poder concebirlo como una totalidad significativa,⁴⁰ que renuncia a explicar y a predecir (las más características funciones de una ciencia) el futuro desarrollo de su objeto y a enriquecer su desarrollo teórico a través de mediaciones con disciplinas afines, puede suscitar tanta admiración en los teóricos del derecho más representativos de las diversas corrientes jurídicas? ¿Cuál es la razón de que un concepto tan abstracto, tan “puro” como lo es la imputación pueda recibir tales ditirambos? Tal vez, la respuesta a estos interrogantes que justifique la fama, la permanencia y la utilidad de la teoría pura del derecho se encuentre en que “la pureza metódica” constituye, en el derecho, lo que Hegel llamaba “la potencia portentosa de lo negativo”.⁴¹ que

ha tenido la enorme virtud de suscitar por vía polémica una revisión a fondo... en todos los sectores doctrinales contemporáneos de la teoría del Derecho y del Estado... obligando a formular puntos de vista nuevos, que tal vez no se habrían producido sin el concurso del estímulo aportado por Kelsen.⁴²

y puesto que, siguiendo la caracterización al modo hegeliano, “esta pureza es la abstracción absoluta o la negatividad”,⁴³ es decir que “lleva en sí la diferencia” “de un modo totalmente transparente”,⁴⁴

32 Aftalión, *op. cit.*, p. 10.

33 Recaséns Siches, Luis, Prólogo a *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, de Hans Kelsen, México, Nacional, 1974, p. 7.

34 Schmill, Ulises, *op. cit.*, p. 6.

35 Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, FCE, 1980, pp. 321, 322.

36 Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, México, UNAM, 1972, p. 286.

37 Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 42.

38 Recaséns Siches, Luis, “Balance de la teoría pura del derecho de Kelsen”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 19, p. 169.

39 Echeverría, Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, México, UNAM, 1968, p. 87.

40 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 9, 15, 85.

41 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1985, p. 23.

42 Recaséns, Prólogo a *Derecho y paz en las relaciones internacionales* de Kelsen, pp. 7, 8.

43 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 465.

44 *Idem.* p. 145.

rehusa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de una ideología mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente.⁴⁵

Cuando Kelsen afirma, utilizando, puramente, el concepto de imputación, que la guerra y las represalias pueden interpretarse como sanción o ilícito internacionales;⁴⁶ que el poder del Estado es la vinculación coactiva del orden jurídico;⁴⁷ que el derecho electoral sin derecho de revocación no constituye una representación democrática en sentido jurídico;⁴⁸ que el derecho de propiedad no es sino una relación jurídica entre personas con respecto de las cosas⁴⁹ o que la obligación de un acto coactivo,⁵⁰ cuando Kelsen demuestra todo ello, está cuestionando y negando a la teoría jurídica tradicional y poniendo al descubierto los intereses políticos e ideológicos que se esconden o se pueden esconder bajo los conceptos “naturales” o “morales” utilizados para santificar o justificar al derecho internacional, al estado, a la democracia sin adjetivos, a la propiedad o a la obligación jurídica.⁵¹

La negatividad Kelseniana impide que nos engañemos o que nos engañen sobre la naturaleza jurídica de las instituciones internacionales que no se encuentren garantizadas por la fuerza, sobre la naturaleza del poder del Estado revestido de formas ideológicas, sobre la irrealidad democrática de un sistema político, sobre la substancialización iusnaturalista del derecho de propiedad o sobre la existencia de una obligación jurídica desprovista de sanción.

La negatividad no superada

Sin embargo, al utilizar, únicamente, el concepto de imputación para estudiar el derecho positivo, Kelsen descalifica como anticientífica o ideológica cualquier crítica que se le haga al poder, relegándola al campo de la ética, al nivel de lo emotivo irracional.⁵² Por querer, con toda justeza, desideologizar a la ciencia jurídica, Kelsen rechaza como momento conceptual de la misma el elemento

45 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 121.

46 Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El ateneo, 1965, p. 16.

47 Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Nacional, 1983, p. 129.

48 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1969, p. 344.

49 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 143, 144.

50 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1971, p. 83.

51 Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 53: "... la cuestión es quitar a la política el apoyo del prestigio de la ciencia. O, lo que es lo mismo, mostrar el acto de poder sin permitirle que se esconda, que se revista de científicidad".

52 *Idem*, p. 42: "Kelsen parece decir: salgámonos del campo de la ciencia. Pongámonos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política..."; Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981, pp. 21, 22: "El problema de los valores es, sobre todo, un problema de conflicto de valores. Problema que no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo".

epistemológico de la mediación, confunde ideologización con mediación, o más bien considera que la mediación de los conceptos no puede suprimirse en un ulterior momento y la evita, cayendo con ello en una nueva ideologización de su objeto y no en otra cosa consiste la crisis de su teoría pura del derecho.⁵³

Por ello se ha dicho, también con razón, que en la teoría pura del derecho, la persona queda reducida a un “polichinela de normas”,⁵⁴ que “las conclusiones a que nos lleva el postulado de la pureza metódica, tal y como lo entiende y aplica Kelsen, son falsas, inaceptables y peligrosísimas”,⁵⁵ que la teoría pura del derecho “convierte (al derecho) en una mera tecnología y aún... en una entelequia”,⁵⁶ que “el reducir la ciencia jurídica al estudio de las normas jurídicas, como lo hace Kelsen... implica forzosamente una limitación innecesaria de la noción del derecho”,⁵⁷ que “la teoría pura del Derecho” es “fruto de una época llamada de la racionalización del poder”⁵⁸ y que “el sentido del principio de retribución de que Kelsen parte se pierde por completo” cuando “declara que ni los actos antijurídicos ni los meritorios son objetivamente tales, y sólo se califican así porque hay normas que los castigan y normas que los premian”.⁵⁹

Al igual que sus admiradores y sus impugnadores, que “también forman legión”,⁶⁰ Kelsen, en los aspectos cruciales de su sistema, muestra una gran incapacidad para “colocar, soportar y superar la contradicción misma”.⁶¹ La negatividad de su pureza que cuestiona y desenmascara a “lo que de por sí sólo es afirmativo y permanece” y que por lo tanto “es y permanece sin vida”,⁶² al no “superarse como negativo”,⁶³ “se hunde en la contradicción”.⁶⁴

El pensamiento Kelseniano aunque identifique con asombrosa precisión las contradicciones jurídicas, en especial, entre derecho internacional y derecho nacional, entre derecho y Estado, entre política y derecho, entre derecho y naturaleza, entre normas superiores e inferiores, entre validez y eficacia, entre discurso descriptivo y discurso prescriptivo, etcétera, —lo cual no puede decirse de sus impugnadores—, no puede soportarlas ni mucho menos supe-

53 Ovejero y Maury, nota núm. 4 a la traducción de la *Enciclopedia*, de Hegel, p. 67: “El intelecto busca la esencia de las cosas; pero al buscarla, puesto que la esencia es mediación, es reflexión de unas cosas en otras, renuncia a lo mismo que busca y niega lo mismo que trata de afirmar; es decir la cosa en sí”.

54 Noriega, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la constitución de 1917*, México, UNAM, 1967.

55 Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 43.

56 Ballvé, Faustino, *Esquema de metodología jurídica*, México, Botas, 1956, p. 121.

57 Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, p. 60.

58 Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ejea, 1961, p. 130.

59 García Maynéz, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 79.

60 Aftalión, *op. cit.*, p. 7.

61 Hegel, *Estética*, 2, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1984, p. 61.

62 *Idem*, p. 18.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*.

rarlas.⁶⁵ Por ello las elude o las soslaya utilizando para esto distintos expedientes metodológicos: la elaboración de las dos hipótesis yuxtapuestas y excluyentes de la unidad jurídica: la de la primacía del derecho internacional y la de la primacía del derecho nacional; la identidad, es decir, la unidad inmediata del derecho y del Estado; la yuxtaposición epistémica de ciencia y política, de moral y derecho, de sociedad y de naturaleza, de forma y contenido; la reducción de los conceptos de derecho subjetivo, de obligación y de persona jurídica al concepto abstracto de derecho objetivo y, por último, la exteriorización de la relación de la validez con la eficacia del derecho, al considerar a éstas sólo como las condiciones *per quam* y *sine qua non* del orden jurídico, respectivamente.⁶⁶

Estos subterfugios le permiten a Kelsen subsumir, sin integrarlos, los elementos contrarios en cada caso, en una abstracción cada vez mayor la —imputación—, de modo que al excluirlos, yuxtaponerlos, inmediatizarlos, reducirlos o exteriorizarlos, cree haber resuelto su contradicción, pero lo que en realidad sucede es que toma el contenido de la imputación como si fuera la unidad de ambos y, como dice Hegel de toda unilateralidad,

cae, entonces, por cierto, en la contradicción de ser, según el concepto, el todo, pero según su existencia, no es más que uno de sus aspectos.⁶⁷

Lo cual trae como consecuencia, que la abstracción imputativa oculte el contenido del otro término de la contradicción, pues como también dice Hegel,

el abstraer del intelecto es el aferrarse violentamente a una determinación, un esfuerzo para oscurecer y alejar la conciencia de la otra determinación que ahí se encuentra.⁶⁸

Pero las otras determinaciones contradictorias negadas y ocultadas por la pureza metódica reaparecen, distorsionadas, acumuladas y no resueltas durante todo el desarrollo de la teoría pura del derecho, en la norma hipotética fundamental, la cual, por esto mismo, a veces aparece “como hecho” y a veces “como idealidad” y también “como valor metafísico”.⁶⁹ Y no es que la norma fundante de un orden jurídico no contenga como elementos a la eficacia, a la validez y a la ficción que la

65 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 331; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 22; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 184.

66 Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, p. 367, Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 23; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, pp. 17, 18, 72, 356; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, pp. 120-122, 126; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 49-140.

67 Hegel, *Estética*, 2, p. 28.

68 Hegel, *Enciclopedia*, p. 58.

69 Cerroni, *op. cit.*, p. 167: “Al examen de esta crítica específica la *Grundnorm* resulta de vez en cuando modelada como hecho o como idealidad o con mayor precisión, como hecho natural o como idealidad no positiva o como valor metafísico...”.

negatividad kelseniana ha permitido distinguir,⁷⁰ sino que mientras no se supere dicha negatividad, es decir, mientras no se considere posible, epistemológicamente, unificar todos estos aspectos, no podrán medirse unos con respecto de los otros ni podrán, en consecuencia, precisarse los modos de su articulación, desarticulación y rearticulación en tanto que condiciones y resultados del proceso de desarrollo histórico del derecho positivo.

Hacia la superación de la negatividad kelseniana

La teoría pura del derecho abstrae a la imputación de la realidad para separar al derecho de la naturaleza, pero al desarrollar el concepto de imputación en sus diferentes determinaciones “se entera en sus separaciones”,⁷¹ en lugar de considerar a la pureza imputativa sólo como “un momento llamado a desaparecer”⁷² pero también a reaparecer en el proceso de determinación conceptual del derecho. En otras palabras, en aras de una epistemología formal, rígida y tiesa,⁷³ mantiene a la abstracción imputativa más allá de las necesidades del método científico puesto que, como le reprocha Hegel a todo formalismo,

cuando el pensamiento permanece en la universalidad de las ideas... puede suceder que se tomen las meras proposiciones o determinaciones abstractas... y que, al pagar luego a lo particular, no se haga más que repetirlas,⁷⁴

sin que pueda desarrollarla realmente de una manera concreta, ya que renuncia a mediarla con otras determinaciones conceptuales de lo jurídico.

Esto tiene como consecuencia que la teoría pura del derecho no pueda alcanzar la esencia del derecho, ya que “la esencia es mediación”,⁷⁵ como afirma Hegel, ya que con la sola categoría abstracta de la imputación, aunque se repita en cada caso particular, lo único que puede aprehenderse del derecho es su ser “inmediato, simple e indeterminado”.⁷⁶ Ni mucho menos puede la teoría pura del derecho construir el concepto del derecho pues, de acuerdo a la misma línea hegeliana de argumentación, “el concepto constituye por lo menos una relación que se produce” por “el suprimir en la mediación la misma mediación”.⁷⁷ Lo cual no quiere decir que se vuelva a la inmediatez original sino significa que el concepto se constituye como la “unidad de determinaciones distintas”⁷⁸ que al medirse son reinterpret-

70 Correas, *op. cit.*, p. 13: “Este otro Kelsen... que nos propone la *Grundnorm* al final, como una ficción que actúa en nuestra conciencia invistiendo a otro de una autoridad que no posee por sí mismo...”.

71 Hegel, citado por Miranda, José Porfirio, *op. cit.*, p. 161.

72 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 260.

73 Miranda, *op. cit.*, p. 163.

74 Hegel, *Enciclopedia*, p. 10, par. 12.

75 *Idem*, p. 67, par. 114.

76 *Idem*, p. 54, par. 86.

77 *Idem*, p. 34, par. 50 y p. 36, par. 51.

tadas⁷⁹ y al suprimirse su mediación son redefinidas “de modo que ellas (las determinaciones distintas) surgirían (ya redefinidas) de su unidad”.⁸⁰

Cuando la teoría pura del derecho se niega a mediar la categoría de imputación con otras categorías, como por ejemplo con la de causalidad, para definir al derecho, lo que en realidad está haciendo es mantener la abstracción de la categoría de la imputación a costa del concepto concreto del derecho, puesto que prefiere ajustar éste a aquélla en lugar de redefinirla, lo que se logra sólo con la mediación y con su supresión.

Si se quieren conservar los ingredientes antideológicos de la teoría pura del derecho,⁸¹ es necesario superar y conservar a la vez,⁸² es decir, redefinir, el concepto de imputación kelseniana, para evitar su propia ideologización⁸³ y de paso, contribuir a la solución de la crisis que aqueja a la teoría pura del derecho, aunque ello pueda tener como consecuencia, más tarde o más temprano, “una reformulación revolucionaria de la tradición científica anterior”,⁸⁴ realizada con base en el paradigma que haya constituido en la ciencia del derecho.

Separar para unir o unir para separar

Dese del punto de vista de las operaciones lógicas que realiza Kelsen al estudiar los diversos problemas jurídicos, puede considerarse que el método de su teoría pura del derecho consiste en separar para unir. Separar lo no jurídico, para estar en condiciones de unir sólo lo jurídico. De acuerdo a la concepción metódica de Kelsen, si no se separa, de una forma precisa, el concepto de derecho de otros objetos afines, la unidad del mismo no sería posible, porque para unir un objeto del conocimiento es necesario separarlo o distinguirlo de los otros y, a la inversa, sólo se puede distinguir un objeto, unificándolo.⁸⁵

Pero Kelsen no sólo separa a lo normativo de lo causal mediante el concepto de imputación, el cual le permite unificar el supuesto y la consecuencia normativos como elementos de la norma,⁸⁶ sino que también separa a la imputación jurídica de

⁷⁸ *Idem*, p. 25, par 33.

⁷⁹ Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, F.C.E., 1983, pp. 46, 165, 220.

⁸⁰ Hegel, *Estética*, 2, p. 43.

⁸¹ Cerroni, *op. cit.*, p. 172: “Desde este punto de vista, su batalla antiideológica resulta esencial y pasa a formar parte de la ciencia jurídica”; Correas, *op. cit.*, p. 28: “La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: ‘despojar de toda justificación científica’ a cualquier poder”.

⁸² Ovejero y Maury E., nota núm. 1 de la traducción de la *Enciclopedia* de Hegel, p. 53: “La palabra *aufgehoben*, en alemán significa suprimir, conservar, levantar”.

⁸³ Tadić Ljubomir, Kelsen y Marx, contribución al problema de la ideología en la *Teoría pura del derecho* y en el marxismo, en *Marx, el derecho y el estado*, Barcelona, OikosTau, 1969, p. 129: “Por ello Marx critica toda teoría pura en tanto que ideología si escapa a la realidad social y a sus contradicciones”.

⁸⁴ Kuhn, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 15.

⁸⁶ *Idem*, p. 91.

la imputación moral, mediante el concepto de la sanción coactiva, para unificar a los conceptos jurídicos fundamentales como funciones de la norma jurídica,⁸⁷ así mismo, separa la imputación personal (central) de la imputación material (periférica), mediante el concepto de ámbitos de validez, para unificar los derechos y las obligaciones de uno o varios individuos en la persona jurídica,⁸⁸ de manera semejante, separa a la estática de la dinámica jurídica, mediante el concepto de validez, para unificar la imputación superior y la inferior en el orden jerárquico del sistema jurídico⁸⁹ y, por último, separa a la norma hipotética fundamental de las normas jurídicas positivas, mediante el concepto del principio de efectividad, para unificar a la validez imputativa y a la eficacia causal en la positividad general del derecho, a la vez que separa a la interpretación cognoscitiva de las normas de su interpretación auténtica, por medio de la idea de la ley como un marco con diversas posibilidades de aplicación, para unificar a todos los actos de pura ejecución normativa en la positividad particular del derecho.⁹⁰

El método del purismo, en su propósito de separar a lo jurídico de lo causal para unirlos como una totalidad significativa, concluye uniendo, aunque sólo fuera parcialmente, a lo jurídico y a lo causal y separando, también parcialmente, a lo jurídico eficaz y a lo jurídico válido. En la positividad general reaparece la unidad del ser y del deber ser que se separó al inicio del desarrollo del sistema y aunque tal unidad se exprese sólo por medio de la relación condicional de la validez por la eficacia y, por lo tanto, no como una identidad, es una unidad real aunque incompleta. En la positividad particular, en cambio, la unidad que se procuró mantener, durante el desarrollo del sistema, entre lo puramente jurídico, concluye en la separación de las normas válidas con respecto de las normas eficaces, aunque pueda haber normas que puedan ser, a la vez, eficaces y válidas.

En el primer caso, la imputación particular sólo será válida si la causalidad general del sistema jurídico es eficaz, lo cual implica que para describir a la realidad jurídica se requiera de dos categorías unificadoras diferentes que es lo que propone, en el fondo, la norma hipotética fundamental,⁹¹ pues de otra manera, cualquier imputación subjetiva, política o moralmente hablando, podría pretender tener validez objetiva como derecho positivo. Para poder distinguir, entonces, al derecho de la moral y de la política sería necesario unificar, de alguna manera, a la causalidad, entendida como eficacia psíquica, con la imputación coactiva, de una

⁸⁷ Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 66.

⁸⁸ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 183; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 86; Esquivel Pérez, Javier, "La persona jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*. México, UNAM, 1979, p. 41.

⁸⁹ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 232; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 327. Tamayo y Salmorán Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 125-132.

⁹⁰ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 354.

⁹¹ *Idem*, p. 217.

manera completa.⁹² En el segundo caso, la validez particular de los actos de ejecución se separa de la imputación general puesto que, en cualquier caso, pueden entenderse aquéllos como el resultado de la interpretación auténtica de las normas a pesar de que las distintas interpretaciones sean opuestas entre sí o estén en contradicción con la validez o existencia de las normas generales o particulares que ejecutan. De este modo se pierde, en gran medida, el sentido de la normatividad social que se reduce a la imputación política o moral. Es necesario, en consecuencia, unir, también, de alguna manera, a la moral y a la política con el derecho para distinguirlo de la causalidad sociológica.

Allá, en la positividad general, la imputación particular queda determinada por la causalidad general; aquí, en la positividad particular, la imputación general no determina a la imputación particular. La unificación de lo normativo, es decir, la determinación de la imputación particular por la imputación general, no puede realizarse separando a lo normativo de lo causal, pues es a través de la unidad de estos últimos como se realiza aquélla. Separar a lo normativo de lo causal para unir por medio de la unificación incompleta de lo causal y de lo normativo.

Se impone, de este modo, la necesidad de invertir el método del purismo normativo, de manera que para separar a lo normativo de lo causal y a lo jurídico de lo moral y poder unificarlos "en sí", sea necesario, primero, unificarlos "entre sí". Es decir, hay que partir, en consecuencia, para determinar a lo jurídico, unificando la causalidad y la imputación en la positividad, para separar, posteriormente, en el análisis de los procedimientos de individualización normativa, sus determinaciones más concretas. Para poder hacer esta inversión, sin embargo, es necesario demostrar que entre causalidad e imputación y entre imputación jurídica e imputación moral es posible la hegeliana "unidad de la identidad y la diferencia"⁹³ sin que se incurra ni el sincretismo metódico,⁹⁴ o confusión de métodos, ni en una yuxtaposición abstracta de las mismas.

⁹² Echeverría, Manuel, *op. cit.*, pp. 121-126; Schmill, Ulises, "La pureza del método en la teoría kelseniana", en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1984, pp. 43, 44; Vallado Berrón, Fausto, *Teoría general del derecho*, México, UNAM, 1972, pp. 9-19.

⁹³ Hegel, *Enciclopedia*, p. 71, par. 121.

⁹⁴ Kelsen, "Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 75-76, julio-diciembre 1969, p. 570: "Y esta ficción, esta mentirilla científica, tiene precisamente sus raíces en un sincretismo metódico reprobable, en la confusión inadmisibles entre la consideración normativa y la explicativa".

III. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

A pesar de algunos intentos recientes de reinterpretar el dualismo kelseniano entre ser y deber ser como una “diferencia... instalada en el lenguaje” como una “diferencia lingüística” y, por lo tanto, como una diferencia epistemológica y no ontológica, lo cual supone un “monismo absoluto desde el punto de vista ontológico”,⁹⁵ lo cierto es que la dualidad irreductible que Kelsen sostuvo, de principio a fin, entre causalidad e imputación o entre necesidad y libertad se hace, precisamente, del todo insalvable en el nivel epistémico, si se concibe, abstractamente.

Por lo que se refiere a su forma más abstracta (dualismo entre ser y deber ser), dice Kelsen en su primera obra de teoría jurídica, *Los problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, de 1911:

La contraposición que los separa (al ser y al deber ser) tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo.⁹⁶

Y en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*, aún sostenía su postura original:

Que de algo suceda, de hecho, regularmente se siga que debe suceder, es una falacia. De un ser no puede derivarse lógicamente un deber ser... La inferencia del ser al deber ser es una falacia lógica.⁹⁷

Como puede apreciarse, Kelsen no afirma que el ser y el deber ser no se encuentren relacionados en la realidad o que los hombres no transformen un enunciado descriptivo en uno prescriptivo, sino que desde el punto de vista lógico no es racional inferir un valor o una norma de un hecho o de un conjunto de hechos, es decir, que no es sostenible, lógicamente, la inferencia del derecho a partir del hecho y no que los hombres no lo hagan así, irracionalmente. Por lo tanto, afirma Kelsen:

No es una consideración lógico-formal, sino material históricopsicológica la que muestra que, regularmente o muy frecuentemente, el contenido de un deber ser

⁹⁵ Correa, Óscar, “Kelsen y el kantismo”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 69, México, UNAM, septiembre-diciembre 1990, pp. 834, 847, 854, 855.

⁹⁶ Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, Porrúa, México, 1987, p. 8.

⁹⁷ Kelsen, “Sobre el concepto de norma, primer capítulo de *Teoría general de las normas*”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, sep-dic. 1974, núm. 21, pp. 202, 204.

es contenido de un ser específico, de tal manera que vale como debido, lo que en determinada forma efectivamente acontece o ha acontecido.⁹⁸

Sin embargo, la razón lógica que aduce Kelsen para explicar la imposibilidad lógica de dar cuenta, teóricamente, del hecho histórico-psicológico de que los hombres derivan el deber ser del ser, consiste en una verdadera tautología:

La pregunta dirigida hacia el porqué de un deber ser concreto conduce lógicamente, de nuevo, a un deber ser; como la pregunta dirigida hacia el porqué de un ser, solamente puede ser respondida desde el ámbito del ser.⁹⁹

Esta afirmación que supone lo que debiera demostrar, esto es, la imposibilidad lógica para pasar del ser al deber ser, presupone la verdadera razón por la cual la lógica formal es impotente para dar este salto: la inmediatidad de tal distinción. El mismo Kelsen lo reconoce en otro lugar:

La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia.¹⁰⁰

Pero de acuerdo a la lógica dialéctica, el saber inmediato no es todavía un conocimiento verdadero, puesto que “el saber inmediato es el saber en el que no poseemos la conciencia de la mediación, pero sí es algo mediado”.¹⁰¹ Es decir, que por el hecho de que, inmediatamente, no sepamos la relación del ser y del deber ser no se sigue que, no sólo, no estén mediados el uno por medio del otro, sino tampoco, que no podamos, lógicamente, buscar cuál es dicha mediación o relación entre ambos. Respecto de la inmediatidad, dice Hegel:

La inmediatez significa el ser en general; el ser, esta relación abstracta consigo, es inmediato, en la medida en que no tenemos en cuenta la relación. Pero si lo ponemos como una de las partes de la relación, será algo mediado.¹⁰²

No es pues, que no se pueda determinar la relación entre el ser y el deber ser porque la distinción entre ellos sea inmediata, sino porque el pensamiento se queda en la intermediación, es por lo que no se puede establecer la relación que los media. De una fase o momento de la determinación de la realidad jurídica, Kelsen hace un principio epistemológico invariable e inamovible, lo cual le lleva a una indeterminación del deber ser, como se verá más adelante.

⁹⁸ Kelsen, *Limites entre el método sociológico y el jurídico*, p. 565.

⁹⁹ *Idem*, p. 566.

¹⁰⁰ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 19.

¹⁰¹ Hegel, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, pp. 140, 141.

¹⁰² *Idem*, p. 140.

El ser que Kelsen opone al deber ser es, en el fondo, el mismo al que Hegel opone la nada, es decir, la abstracción más absoluta que pueda concebirse. Tanto el ser de Kelsen como el ser de Hegel están totalmente indeterminados. Se pueden predicar de todos los seres y de todos los acontecimientos. Dice Kelsen que “nada hay dado que no pueda determinarse según leyes naturales”.¹⁰³ Y Hegel sostiene que “en ningún lugar, ni en el cielo ni en la Tierra, hay algo que no contenga en sí ambos, el ser y la nada”.¹⁰⁴ Pero la diferencia entre ellos estriba en que, mientras Kelsen entiende no sólo como “diferentes” al ser y al deber ser¹⁰⁵ sino que, al negar la posibilidad de que puedan ser referidos el uno al otro y viceversa,¹⁰⁶ los considera como “indiferentes”, o sea que “no están determinados recíprocamente” sino que cada categoría “por sí vale sin referencia a la otra”,¹⁰⁷ en Hegel, en cambio ellos (el ser y la nada) subsisten en un otro... no subsisten por sí.¹⁰⁸

Las diferentes consecuencias de ambos proceder son también diversas. Para Hegel, sólo a través de esta recíproca mediación “Del devenir nace el ser determinado”,¹⁰⁹ mientras que el ser de Kelsen queda para siempre indeterminado y, en consecuencia también el deber ser. Al grado que Kelsen mismo no puede distinguir, mediante la sola categoría del ser, nada dentro de la naturaleza, ni el ser inorgánico, ni el ser biológico, ni el ser humano, ni el ser social. Es una categoría que no determina nada. Y como dice Hegel, el ser, lo inmediato indeterminado, es en realidad la nada, ni más ni menos que la nada.¹¹⁰ En otras palabras, si decimos que todo en la naturaleza es ser, sin mayor determinación, es como si no dijéramos nada sobre la realidad. “El puro ser y la pura nada son por tanto la misma cosa”.¹¹¹

Esta indeterminación (permanencia en la inmediatez) del ser kelseniano trae como corolario el que para atribuir al ser humano la determinación particular del deber ser sin que se vea obligado a atribuírsela al ser en general, se debe excluirlo de la determinación del ser. Esto presupone Kelsen cuando afirma:

La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o superhumano. Pero la conexión entre un delito y una sanción es establecida por un acto, o actos, de seres humanos, por un acto creador de derecho, esto es, un acto cuya significación es una norma.¹¹²

Sin embargo, es el deber ser lo que constituye el ser social determinado del ser humano. Por medio de la categoría de la imputación, entre otras, la nada del ser (el

103 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

104 Hegel, *ciencia de la lógica*, I, Buenos Aires, Solar, 1982, p. 110.

105 Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 409.

106 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

107 Hegel, *ciencia de la lógica*, II, pp. 46, 50.

108 *Idem*, I, p. 120.

109 *Idem*, p. 142.

110 *Idem*, p. 107.

111 *Idem*, p. 108.

112 Kelsen, *Causalidad e imputación*, p. 208.

ser indeterminado) se transforma en el ser determinado, que no excluye la categoría del ser, sino que la determina. Dicho de otro modo, el deber ser es la mediación para que el ser deje de estar indeterminado, es decir, para que deje de ser la nada. El deber ser es la mediación del ser (determinado) y de la nada (el ser indeterminado).

De otra manera aun, el deber ser distingue al ser humano de otros tipos de ser. Sólo con la unión del ser y del deber ser puede determinarse el ser social del ser humano. Pero dicha unión categorial no significa identidad, puesto que la identidad sólo es una unidad inmediata, en la cual no se ha desarrollado aún la diferencia, y la unidad implica la diferencia de lo que se une. ¿Cuál es dicha relación y cómo se estructura, entre el ser y el deber ser?, sólo puede indicarse a partir de su forma más concreta: la relación entre la causalidad y la imputación.

Otra manera de establecer la diferencia entre el ser causal y el deber ser imputativo, Kelsen la hace consistir en la distinta significación semántica de la forma gramatical de los juicios en que se enuncian ambos: la del juicio hipotético o condicional:

El principio de causalidad enuncia: Si A es, es (o será) B.

El principio de imputación enuncia: Si A es, debe ser B.¹¹³

La imposibilidad racional de pensar la transformación recíproca de la causalidad y de la imputación es una imposibilidad de “la lógica formal que es la lógica de la abstracción”¹¹⁴ y lo abstracto “es lo no verdadero”,¹¹⁵ porque sólo considera un aspecto de la realidad y, si considera a varios, los mantiene separados y yuxtapuestos. La formulación de la causalidad y de la imputación que construye Kelsen corresponde, de este modo, sólo a su aspecto cualitativo sin tomar en cuenta su aspecto cuantitativo.

La determinación cualitativa necesariamente se expresa, cuantitativamente, hasta el grado en que esa cualidad puede llegar a ser, sin ser otra, sin ser su opuesta. Pero como las determinaciones cuantitativas son las fases o momentos de la determinación cualitativa, la primera determinación cuantitativa de la cualidad “es la cualidad ya convertida en negativa”.¹¹⁶ La cualidad determinada cuantitativamente es ella misma y tampoco es ella misma. Es cualidad, continuamente la misma y cantidad, discontinuamente, distinta. Las cualidades contrarias se refieren recíproca y cuantitativamente, en alguna medida. La determinación cuantitativa es una variación gradual y progresiva de la determinación cualitativa.

Pero se introduce un punto de esta variación de lo cuantitativo en que la cualidad cambia y el cuanto se muestra como especificante, de modo que la relación

¹¹³ *Idem*, p. 214.

¹¹⁴ Lefebvre, Henri, *Lógica formal, lógica dialéctica*, Siglo XXI, México, 1985, p.94.

¹¹⁵ Hegel, citado por Lefebvre, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁶ Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 102.

cuantitativa variada se ha trastocado en una medida, y con esto en una nueva cualidad, un nuevo algo.¹¹⁷

Si pudiera encontrarse, con base en este hegeliano salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, el punto nodal de transformación de la causalidad en la imputación quizá pudiera interpretarse a la primera como la determinación cuantitativa del derecho y a la segunda como su determinación cualitativa. Existen de hecho, en la costumbre y en la jurisprudencia, elementos que pudieran cumplir esta función lógica o epistemológica.

Así, la costumbre, en tanto que fuente del derecho, podría entenderse, como el proceso, mediante el cual un conjunto de hechos acumulados, cuantitativamente (*inveterata consuetudo*), hasta un punto crítico nodal (*opino iuris sive necessitatis*) a partir del cual se transforman las reglas, cualitativamente, mediante las cuales se resuelven las controversias. En el caso de la jurisprudencia, existe también una acumulación cuantitativa de casos resueltos de la misma manera que, a partir de cierto punto nodal (cinco a favor y ninguno en contra), modifican, cualitativamente, la interpretación jurídica. Por lo que se refiere a la legislación, las cosas no son tan claras, por la razón de que hay que tener en cuenta otro tipo de mediaciones que más adelante se expresarán.

Parece ser, no obstante, que con la derivación del deber ser a partir del ser, conforme al salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, se implica la justificación del hecho del poder por el deber del derecho y, con ello, parecería que se pierde el ingrediente antideológico que Kelsen quiere destacar, al mantener la distinción epistemológica entre causalidad e imputación “para que nadie, por el hecho de dominar, pueda decir que tiene derecho a dominar”.¹¹⁸ Pero, en realidad, la única manera de evitar la ambigüedad que Kelsen introduce en la distinción entre causalidad e imputación cuando considera a la eficacia (causalidad) como condición de la validez (imputación),¹¹⁹ es precisamente, considerando que los hechos trascendidos por el derecho, mediante el salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, son los hechos opuestos implicados en la hegeliana dialéctica del amo y del esclavo, puesto que permite cualificar a la lucha por la libertad contra el poder, aparte de legítima, dotada de la más alta racionalidad, cosa imposible dentro de la dualidad kelseniana.

Los hechos a partir de los cuales se desarrolla el derecho no son los simples hechos naturales ni tan siquiera los hechos culturales como tales, sino los hechos de los hombres enfrentados por sus intereses. Los hechos del amo, del dominador, de la clase dominante diría Marx,¹²⁰ para obtener y para reproducir su dominio y los

¹¹⁷ *Idem*, p. 471.

¹¹⁸ Correas, *El otro Kelsen*, p. 54.

¹¹⁹ Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 167.

¹²⁰ Marx, citado por Lukacs Georg en *Historia y conciencia de clase*, México, Grijalbo, 1983, p. 54: “Estas relaciones no son de individuo a individuo, sino de trabajador a capitalista, de arrendatario a propietario, etc...”; Kosik, Kare, *La dialéctica de lo concreto*, Grijalvo, 1985, p. 243: “La dialéctica

hechos del esclavo, del dominado, de la clase dominada, para limitar el hecho del poder o para liberarse de él.

De la resultante de este enfrentamiento surgen la imputación jurídica y moral. De las causalidades humanas opuestas cuantitativas surge la imputación humana cualitativa. Y si el resultado no es, necesariamente, una síntesis dialéctica es porque el esclavo se somete a la ley del amo porque tiene miedo de morir¹²¹ y en la ley se establecen las condiciones de su dominación, pero también en la misma ley se encuentran las condiciones de su libertad, razón por la cual el proceso legislativo constituye el punto nodal en el que los conflictos económicos y políticos pueden encontrar una ideologización o una superación.

Pero la libertad de que se trata no es ya, la libertad abstracta que Kelsen opone, en la tercera formulación de su dualidad, a la también abstracta necesidad cuando dice que el hombre es libre porque su conducta constituye el punto final de la imputación¹²² con lo cual recae en la identidad del ser del poder con el deber ser del derecho, sino la libertad concreta con respecto del poder, es decir, como valor moral o subjetivo y ético u objetivo, necesario para la liberación de la autoconciencia del espíritu.¹²³

IV. IMPUTACIÓN JURÍDICA E IMPUTACIÓN MORAL

Si Kelsen opone el derecho como debe ser a la naturaleza como ser, considera así mismo, al derecho como ser, para oponerlo al deber ser de la moral:

el Estado o el orden jurídico pueden ser contrapuestos en su autonomía normativa al causalismo ciego de la naturaleza como un deber ser a un ser, y al propio tiempo, en cuanto Estado real, en cuanto orden jurídico positivo, pueden oponerse a los postulados meramente ético-subjetivos de la política.¹²⁴

Para ello introduce, en su sistema, el concepto de sanción coactiva:

El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido... como orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana,

del Señor y del esclavo' es el modelo fundamental de la praxis".

121 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 119: "... esta conciencia se ha sentido angustiada no por esto o aquello, no por este o por aquel instante, sino por su esencia entera, pues ha sentido el miedo de la muerte del señor absoluto"; Kojève, Alexandre, *La dialéctica del amo y del esclavo*, Buenos Aires, La pléyade, 1987, p. 187: "El hombre ha devenido esclavo porque tiene miedo de la muerte".

122 Kelsen, *Causalidad e imputación*, p. 216.

123 Kojève, *op. cit.*, p. 190: "El progreso en la realización de la libertad no puede ser efectuado sino por el Esclavo, que parte de una ideal no realizado de la libertad".

124 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 59.

en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado.¹²⁵

En esta consideración podría parecer, a primera vista, que Kelsen ubica al derecho en algún lugar intermedio entre el hecho y el valor. El derecho participaría del elemento de positividad del ser y del elemento del valor del deber ser. Pero en realidad, esto no es así porque lo que hace Kelsen es cambiar, constantemente, de punto de vista y no logra ni intenta lograr una síntesis de los elementos contrapuestos del hecho y del valor.

Mantiene separadas, exteriormente, las abstracciones que obtiene desde cada uno de los puntos de vista. Dese el punto de vista del ser del derecho positivo, el valor moral del deber ser es sólo relativo y el derecho es algo absoluto,¹²⁶ pero desde el punto de vista del ser de hecho, el valor del deber ser jurídico es también algo relativo.¹²⁷ Esto trae como consecuencia, como dice Cerroni, que el derecho sea “nuevamente absorbido bajo la naturalidad o bajo la moralidad”,¹²⁸ sin que puedan distinguirse, en la norma fundamental, el hecho, el derecho y el valor que están unidos pero no identificados en la realidad concreta. Y puesto que “lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso”,¹²⁹ por querer aferrarse a una “universalidad abstracta, la identidad formal”, la teoría pura del derecho “viene, de este modo, a oponerse a la verdad, que es universalidad concreta”.¹³⁰ Kelsen no niega que el derecho y la moral estén relacionados en la realidad social, pero considera que dicha relación es contingente e incluso variable o contradictoria, por lo que la ciencia del derecho no tiene por qué considerar a esta última como elemento del concepto del derecho.

La exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida como válida aun cuando contradiga al orden moral.¹³¹

Pero precisamente, la correspondencia y la contradicción del derecho con la moral son dos momentos distintos pero relacionados del desarrollo del derecho concreto. En correspondencia o en contradicción, el derecho necesita ser mediado con la moral para poder ser conceptualizado concretamente, es decir, para captarlo

125 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 75.

126 *Idem*, p. 78.

127 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

128 Cerroni, *op. cit.*, p. 45.

129 Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, I, México, Siglo XXI, 1984, p. 21.

130 Hegel, *Enciclopedia*, p. 41.

131 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 81.

en su desarrollo. Definir al derecho sin tomar en cuenta a la moral es considerarlo “como una manera abstracta de expresar el concepto”,¹³² considerarlo sólo “en sí”. Al respecto, afirma Hegel:

Se dice que las cosas están en sí en cuanto se abstrae de todo ser para otro, lo cual significa en general: en cuanto se las piensa sin cualquier determinación, como nada.¹³³

Y definir el derecho, mediando y suprimiendo la mediación, con la moral, es considerarlo como “el derecho para sí”. De lo cual, Hegel afirma también:

decimos, pues, que algo está para sí, en cuanto que elimina el ser otro, su relación y comunidad con el otro, esto es, las ha rechazado y ha abstraído de ellas. El otro existe para él sólo como un eliminado, como un momento suyo; el ser para sí consiste en esto: que se ha salido más allá del límite, más allá de su propio ser otro, de modo que, en cuanto es esta negación, es el retorno infinito en sí.¹³⁴

Conforme a esta diferenciación epistemológica, se puede decir que en el derecho está contenida la moral, pero no cualquier moral abstracta, sino la moral concreta de un determinado sistema social. Vale decir la moral dominante, pero también la crítica a esta moral dominante. Pero como siguiendo a Marx, “las ideas de la clase dominante son en cada época las ideas dominantes”,¹³⁵ y las ideas revolucionarias son el límite de las ideas dominantes, es necesario distinguir no ya entre moral y derecho sino la forma aparente y la forma real de suprimir la mediación entre ambos, puesto que los dos tipos de ideas coexisten en la ideología que, como dice el maestro Correas, existe sobre todo en la norma misma.¹³⁶

Es decir, para alcanzar el concepto del derecho no se puede rechazar a las ideas opuestas que constituyen a la moral, puesto que ésta está mediada con aquél dentro de las normas jurídicas, sino que se debe determinar la forma concreta cómo el derecho hace de la moral un momento suyo. Si se insiste en mantener la distinción en el abstracto nivel kelseniano, puede evitarse “una legitimación acrítica del orden coactivo estatal”,¹³⁷ pero no puede criticarse, jurídicamente, ningún orden jurídico porque “desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo estado es un estado de derecho”,¹³⁸ es decir, no puede construirse un concepto del derecho “para sí” que sea entendido como la mediación del hecho y del valor. Por temor de que los valores sean utilizados para justificar a los hechos del poder, se desechan

132 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 157.

133 *Idem*, p. 156.

134 *Idem*, p. 202.

135 Marx Engels, *La ideología alemana*, México, Cultura popular, 1985, p. 78.

136 Correas, *Kelsen y el Kantismo*, p. 866.

137 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 82.

138 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 57.

los valores, “sólo para sancionar post festum... la tosca materialidad del hecho cumplido”.¹³⁹

Ciertamente que el derecho natural, que es el intento histórico político más importante de positivizar a la imputación moral¹⁴⁰ ha sido utilizado para “hacer pasar en cierto modo el Derecho Positivo como derecho natural”,¹⁴¹ pero también es cierto que “En la esfera del derecho la transformación (de éste) se produjo bajo el influjo revolucionario de la escuela iusnaturalista”.¹⁴²

En estas dos funciones que, históricamente, ha cumplido el derecho natural, consiste la diferencia entre la supresión aparente y la supresión real de la mediación entre derecho y moral. En el primer caso, la relación entre derecho y moral es mediatizada, es decir que, mientras el derecho media el ejercicio de un poder en general, el hecho del dominio concreto es ocultado por una ideología jurídica naturalista moral, o, en palabras de Hegel, es “hacer del universal mismo un particular, y, por consiguiente, una apariencia”¹⁴³ y, en el segundo caso, la mediación del poder por el derecho aparece como la contradicción entre el derecho con la moral, lo cual puede ser el presupuesto de una inmediatez del poder o la condición de una nueva reestructuración de la mediación que tenga como efecto un aumento de la libertad social. El hilo de la libertad reaparece, en este punto, como elemento indispensable de la conceptualización del derecho. Si Kelsen, para poder entender a la libertad, tuvo que separar a la imputación de la causalidad, sólo para llegar a unir a la responsabilidad humana con el poder,¹⁴⁴ se hace necesario reintroducir el tema de la unidad de la sociedad y de la naturaleza, para poder separar al derecho de la arbitrariedad, mediante el concepto para sí del derecho, entendido como “el reino de la libertad realizada”.¹⁴⁵

Para explorar la posibilidad de unir, más concretamente, a la sociedad con la naturaleza por medio de la libertad, se pueden utilizar los conceptos de la termodinámica moderna. De acuerdo a esta última, el término de “entropía negativa” equivale al de “energía libre”¹⁴⁶ que significa

una medida de la cantidad de energía disponible para la expansión, o lo que es lo mismo, el excedente, lo que queda después de restarle la cantidad necesaria para la existencia y la reproducción...¹⁴⁷

139 Cerroni, *op. cit.*, p. 47.

140 Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Nacional, 1974, p. 17: ... “La teoría de la justicia, a la que denominamos derecho natural...”

141 *Idem*, p. 21

142 Bodenheimer, *op. cit.*, p. 196.

143 Hegel, *Enciclopedia*, p. 262, par. 509.

144 Ver nota núm. 22.

145 Hegel, *Filosofía del derecho*, México, UNAM, 1975.

146 Schrodinger, Erwin, *¿Qué es la vida?*, Barcelona, Orbis, 1986, p. 101.

147 La Rouché, Lyndou, “La ciencia de la ecología humana” *Boletín internacional*, vol. 4, núm., 4, agosto 1979, p. 14.

Si se pudiera extender a la sociedad, el término de la “liberación” de la energía a tasas cada vez mayores, que es, a la vez, el presupuesto y el resultado¹⁴⁸ de una mayor complejidad en la estructuración evolutiva de la materia y de la vida,¹⁴⁹ tal vez pudiera considerarse a la libertad como el elemento común entre la naturaleza y la sociedad. Podría decirse, de este modo, que lo que al nivel de la “naturaleza” es el aumento de la energía libre, en la sociedad es el incremento de la libertad política, es decir, el presupuesto y el resultado de una mayor complejidad en el desarrollo de la estructura social.¹⁵⁰

Esta propuesta conceptual de unificación de la sociedad y de la naturaleza, mediante el concepto de libertad, permite utilizar a la concepción teleológica del derecho para delimitar a la libertad con respecto del poder, cosa imposible dentro de la teoría kelseniana. Desde Kant hasta Stammler se ha intentado superar el dualismo entre necesidad natural y libertad moral, mediante el concepto de finalidad,¹⁵¹ pero ni aun Hegel ha podido construir un concepto lo suficientemente concreto de esta noción que escapara a la crítica kelseniana de la subsunción de la teleología bajo la causalidad:

esta consideración teleológica de la norma en nada se distingue esencialmente de la consideración causal, ya que lo que se nos revela como fin de la norma no es ni puede ser otra cosa que su efecto mentalmente anticipado y, concretamente, su efecto causal, es decir, provocado por la norma en cuanto causa.¹⁵²

Hegel, sin embargo, ha preparado el camino epistemológico para lograr la superación, *a priori*, de esta crítica kelseniana, al considerar al fin como un autodeterminante¹⁵³ que, siendo producto de la unidad de sus partes, las determina al transformalas en momentos suyos. Ha sido a partir del concepto de autodesarrollo de Hegel, como Marx ha podido transformar la abstracta teleología de Kant como unidad entre necesidad y libertad, en la concreta unidad de sociedad y naturaleza por medio de la conceptualización de la producción económica como la teleología concreta de la libertad:

148 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 571: “Mantener firme lo positivo en su negativo, el contenido de la presuposición en el resultado, esto es lo más importante en el conocer racional... toda la lógica consiste en esto”.

149 De Chardin Teilhard, *La activación de la energía*, Madrid, Taurus, 1967, p. 355: “El Universo... no está en una disipación entrópica de la Energía ni en una ascensión rítmica de los números atómicos, sino precisamente en una inflexible deriva de la Energía corpusculizada hacia estados cada vez más elevados de complejidad-conciencia”.

150 *Idem*, p. 372: “¿no cabría, si verdaderamente deseamos unificar lo real, invertir, uno a uno, los valores, es decir, considerar el conjunto de lo termodinámico como un subefecto inestable y momentáneo de la agrupación sobre sí de lo que llamamos ‘conciencia’ o ‘espíritu’”.

151 Kant, *Crítica de juicio*, México, Porrúa, 1981; pp. 331, 332, 350; Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, pp. 55, 56.

152 Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, p. 60.

153 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 448.

La libertad, en este terreno, sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados, regulen racionalmente este intercambio de materias con la naturaleza, lo pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como por un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor gasto posible de fuerzas y en las condiciones más adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero, con todo ello, siempre seguirá siendo éste un reino de la necesidad. Al otro lado de sus fronteras comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.¹⁵⁴

Puede afirmarse que para Marx, la libertad de tiempo, que es a lo que “se reduce, en definitiva, toda la economía”,¹⁵⁵ es la mediación entre la unidad de la energía natural libre y la libertad social la cual, a su vez, es la mediación entre el tiempo libre y la energía libre. La energía libre, el tiempo libre y la sociedad libre no son, entonces, más que momentos del desarrollo de la libertad humana en su relación económica con la naturaleza, libertad que, por esta razón, se autodetermina, teleológicamente, a sí misma, a través de la propia forma social que se pone a sí misma, también. Pero, como todo proceso dialéctico, el proceso de la libertad humana se desarrolla en contradicción con su forma, la cual, para mediar la superación o para mediatizar la perpetuación de la contradicción, adquiere la forma de la estructura jurídica.

V. EL DERECHO COMO LA ESTRUCTURA DIALÉCTICA DE LA LIBERTAD

Dice Raz que “Kelsen fue el primero en insistir en que es imposible penetrar en la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada”.¹⁵⁶

Así, a partir de la conexión de los conceptos jurídicos fundamentales en la imputación material, de la interrelación de los ámbitos de validez en la imputación central y de la unidad de los procesos de creación normativa en la pirámide jurídica, Kelsen llega a construir, inductivamente, una estructura general del derecho, concebida como

un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Marx, *El capital*, III, México, FCE, 1979, p. 759.

¹⁵⁵ Marx, citado por Trotsky León, en *La revolución traicionada*, México, Juan Pablos, 1973, p. 73.

¹⁵⁶ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, p. 158.

¹⁵⁷ Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 156.

De acuerdo a esta autocreación normativa, según Kelsen,

cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema.¹⁵⁸

De manera que

si prescindimos de los casos limítrofes a que más tarde habremos de referirnos, normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho. Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquella.¹⁵⁹

Pero precisamente, los casos limítrofes a que se refiere Kelsen, son los que impiden considerar, dentro de su esquema conceptual, el derecho como un sistema que se autorregula. Dichos casos son, precisamente, los que impiden a Kelsen unificar a lo normativo y separarlo de lo causal.¹⁶⁰

Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es hecho, mirando hacia arriba) y el puro ser (que tampoco es ya norma, mirando hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada.¹⁶¹

Es decir, el puro hecho, que no es un proceso de creación normativa, ni la pura norma, que no es producto de un hecho de ejecución normativa, son los eslabones extremos de una cadena normativa lineal, que no llegan a unirse nunca ni a determinarse recíprocamente, por lo que el derecho considerado como un todo, no puede considerarse como que se determina a sí mismo.

Lo que impide a Kelsen considerar al derecho como un todo que se autorregula a sí mismo, es que presupone, en su reconstrucción teórica, lo que Hegel llama la mala infinitud o la progresión hasta el infinito.

La mala infinitud en la fundamentación del derecho

La expresión “progresión hasta el infinito” ha sido utilizada en teología, en filosofía y en el derecho para indicar una progresión de hechos, de conceptos o de normas que, por no tener fin o límites, es rechazada como principio para explicar el mundo, el pensamiento o el orden jurídico. Así Aristóteles, respecto de la naturaleza, dice:

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 156.

¹⁶⁰ *Ver supra*, p. 21

¹⁶¹ Kelsen, *Teoría general del estado*, pp. 326-327.

no existe una serie infinita de causas, ni una infinidad de especies de causa. Y así, desde el punto de vista de la materia, es imposible que haya producción hasta el infinito.¹⁶²

Y Sexto Empírico, en relación con el segundo *tropo* del pensamiento, afirma, según Hegel:

Si se hace de lo pensado el criterio de enjuiciador de lo sentido, aquéllo necesitará, a su vez, recurrir a otro para fundamentarse... pero este otro criterio será también algo pensado que necesitará por tanto, a su vez, de una nueva fundamentación, con lo cual nos veremos llevados hasta el infinito.¹⁶³

Y Kelsen, por lo que se refiere al derecho, rechaza el progreso al infinito para fundamentar al derecho:

la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por una causa de un efecto.¹⁶⁴

Hegel denomina a este vicio del pensamiento como infinitud mala porque consiste, únicamente, en “ir más allá de lo finito”, en “la negación de lo finito”, pero sin ser “capaz de liberarse de él en verdad”, lo cual trae como consecuencia que “el progreso al infinito es por lo tanto sólo la mismidad que se repite, una y misma molesta alteración de este finito e infinito”,¹⁶⁵ es decir, el progreso al infinito es un “continuo superar el término... y el perpetuo recaer en él”.¹⁶⁶ El mismo Hegel denomina a este proceso como falsa infinitud, porque a pesar de ser el primer intento “la primera elevación de la representación sensible por encima de lo finito en el pensamiento”¹⁶⁷ es en realidad otro finito, porque: “Este infinito tiene la firme determinación de un más allá imposible de ser alcanzado” y, por lo tanto, “es sólo uno de los lados, es él mismo finito, no es el todo..., tiene su término en aquél que le está enfrente; y así es el infinito finito”.¹⁶⁸

También Hegel denomina al proceso al infinito como infinitud del intelecto, ya que éste “presupone como permanentes tanto al límite y lo finito” y no “se da cuenta que ambos comparecen allí como momentos del todo”, es decir, como la

162 Aristóteles, *Metafísica*, México, Porrúa, 1980, p. 32.

163 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, FCE, México, 1985, p. 446; ver p. 435: “Estos modos determinados de la contraposición a través de los cuales se llega al retraimiento de la enunciación es lo que los escépticos llaman giros (*tropoi*)...”

164 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 202; Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

165 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, pp. 182, 183.

166 *Idem*, p. 295.

167 *Idem*, p. 192.

168 *Idem*, pp. 182, 184.

unidad de ambos.¹⁶⁹ El proceso al infinito, recapitulando, es un infinito malo porque no supera a lo finito, es un infinito falso porque él mismo es un finito y es unilateral porque no puede unirse a lo finito.

Ahora bien, a pesar de que Kelsen rechaza el progreso al infinito para estar en condiciones de fundamentar al derecho, en realidad lo presupone como tal, es decir, como infinito malo, falso y unilateral cuando supone la validez de una norma básica que, al modo del “motor inmóvil” que Aristóteles supone para fundamentar el movimiento,¹⁷⁰ es una “norma innormada”, porque dicha norma no fundamenta, positivamente, al derecho positivo (no supera a lo finito), porque ella misma carece de fundamento (es un finito) y porque no puede unirla con las normas positivas (no une a lo finito con lo infinito). De esta manera, por querer evitar el progreso al infinito, en tanto que *tropo* o vicio del conocimiento, cae en otro, el que Sexto Empírico denomina como el de la hipótesis.¹⁷¹

Pocos esquemas jurídicos como el de Kelsen dan la imagen, aunque truncada, del infinito malo: “La imagen del progreso al infinito está en la línea recta”.¹⁷² Y efectivamente, la concepción dinámica del sistema kelseniano como

sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concreción a partir de la constitución y por escalones intermedios (leyes, reglamentos, decretos, contratos, sentencias, etcétera) hasta actos individuales de ejecución,¹⁷³

puede representarse y, de hecho se ha representado de una manera lineal,¹⁷⁴ en cuyas puntas se encuentra, por un lado “la NB (norma básica) (que) no vale por haber sido creada de cierto modo, sino que... es presupuesta como válida”¹⁷⁵ y, por otro, los actos de pura ejecución normativa.¹⁷⁶

Parecería que Kelsen, al establecer límites a la línea recta normativa, está prescindiendo del infinito malo para fundamentar el derecho, en realidad lo que

¹⁶⁹ *Idem*, p. 188.

¹⁷⁰ Aristóteles, *op. cit.*, p. 210: “El principio de los seres, el ser primero, no es susceptible de nuestra opinión, de ningún movimiento, ni esencial, ni accidental, y antes bien él es el que imprime el movimiento primero, movimiento eterno y único. Pero puesto que lo que es movido necesariamente es movido por algo (es) que el primer motor es inmóvil en su esencia...”; García Maynéz, *Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana*, México, Porrúa, 1978, p. 163: “Aristóteles, crítico del platonismo, coronó su sistema con la noción de acto puro, forma de formas o primer motor inmóvil, en que concurren todos los atributos de la idea. Y Kelsen, crítico del derecho natural, refiere la validez de todo ordenamiento positivo a la norma fundamental hipotética, primer motor inmóvil del proceso de creación jurídica, norma pura en que todas las demás descansan y sobre la cual no existe ninguna otra de rango superior”.

¹⁷¹ Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 447.

¹⁷² Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 190.

¹⁷³ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 69.

¹⁷⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 9496.

¹⁷⁵ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 130: “Es esta concepción uniforme, solamente, el acto creador de la norma básica y el acto aplicador de la sanción coactiva no eran al mismo tiempo actos de creación y de aplicación”.

hace es introducir, sin mediarlos, dos fundamentos del derecho positivo, al condicionar la validez (*condición per quam*) del sistema jurídico por su eficacia (*conditio sine qua non*),¹⁷⁷ en la norma fundamental hipotética,¹⁷⁸ lo cual tiene como consecuencia que:

a causa de esta diversidad el contenido del fundamento... , la asignación de fundamentos reales se convierta en un formalismo. Por eso, ahora, se presenta el caso de que él no contiene en sí mismo la indicación de cuál de las múltiples determinaciones tenga que ser considerada como esencial.¹⁷⁹

Esta dualidad de fundamentos no mediados el uno por otro es lo que hace decir a Esquivel Pérez:

quedaría en pie la pregunta de si se puede seguir hablando de normas en el caso de un orden coactivo y eficaz no fundamentado. Si se responde que sí... su pertenencia habría de decidirse sin recurrir a la NB... Si se contesta que no... el concepto de norma no es condición necesaria para hablar de derecho...¹⁸⁰

El carácter supuesto de la norma básica, al pretender soslayar la mala infinitud, es una huida por encima de lo limitado,¹⁸¹ que no “pone” el fundamento sino que sólo lo presupone¹⁸² que:

se reduce a un puro formalismo y una vacua tautología, que expresa... aquel mismo contenido que se halla ya en la forma de la existencia inmediata, considerada como puesta.¹⁸³

En efecto, la norma hipotética fundamental de Kelsen repite el contenido de la norma constitucional y nada añade a la validez del sistema jurídico que supuestamente funda. Lo cual se confirma con su “formulación completa”, que según Kelsen está descrita por el enunciado:

los actos coactivos deben ser establecidos bajo las condiciones y del modo como lo estatuyen la primera constitución estatal histórica y las normas creadas conforme a ella.¹⁸⁴

177 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 140.

178 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 217.

179 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 106.

180 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 79.

181 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 192.

182 *Idem*, p. 83: “Pero el ser determinado tiene todavía el solo significado del ser puesto, y *presupone* esencialmente un fundamento, más bien en el sentido de que no lo *pone*...” que:

183 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 97.

184 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

Para lo cual es suficiente, no obstante, el contenido de la primera constitución y el de las normas derivadas de ella. Con esto, el fundamento formal de la norma hipotética fundamental

contiene sólo un único contenido para el fundamento y lo fundado; en esta identidad se halla su necesidad, pero, al mismo tiempo, su tautología. El fundamento real contiene un contenido diferente; pero con esto entra en juego la accidentabilidad y la exterioridad de la relación fundamental.¹⁸⁵

Esta accidentabilidad del fundamento real se ve claramente en la derivación formal de validez de las normas y en la preponderancia del aspecto de “delegación” de autoridad por sobre el aspecto de “subsunción” de contenidos de las normas,¹⁸⁶ lo que lleva a la consecuencia ineludible de que

en el caso de los órganos de última instancia, cuya decisión no puede ser revocada, las normas individuales creadas por ellos son válidas aun cuando su contenido no corresponda con la norma general que están aplicando.¹⁸⁷

Por lo que:

la relación de fundamentación existe en todos los casos en que una norma es creada por un órgano y mientras ésta no ha sido anulada. La noción de fundamentación se amplía hasta tornarse casi inútil.¹⁸⁸

Así, el fundamento de validez supuesto es tautológico y la eficacia es arbitraria y accidental, de modo que ni la validez fundamenta a la eficacia real ni de la eficacia real se deduce la validez. Y, como dice Hegel:

la confusión se acrecienta aún más, cuando unas determinaciones reflejadas y puramente hipotéticas se mezclan con las determinaciones inmediatas del fenómeno mismo.¹⁸⁹

Para tratar de remediar esta situación que, por un lado, prescinde de los valores para que, al fundamentar el derecho no se justifique el poder existente¹⁹⁰ y, por otro,

¹⁸⁵ Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 104.

¹⁸⁶ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 132: “La determinación puede, también incluir el contenido, pero nunca será tal que la norma se reduzca lógicamente del contenido de la norma superior... existiendo siempre una determinación discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior. Lo que ocurre es que, dada esta caracterización de la relación, el aspecto básico es la determinación del proceso de creación de la norma inferior, ya que es condición necesaria y suficiente para fundamentar la validez”.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 133.

¹⁸⁹ Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 100.

¹⁹⁰ Correas, *El otro Kelsen*, p. 42: ... “los iusnaturalistas no aceptan esta discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría pura permite discutir, políticamente, el contenido del derecho. Precisamente porque separa la forma del contenido”.

justifica todo poder como jurídico, por no poder fundamentar el derecho,¹⁹¹ Kelsen recayó, nuevamente, en la mala infinitud, pues no otra cosa implica la norma básica interpretada como una ficción del “como si” vaihingeriana.¹⁹² Si la norma fundamental hipotética es, como toda norma, el sentido de un acto de voluntad,¹⁹³ “la suposición de ésta contradice a la realidad, ya que no existe una norma tal, que sea el sentido de un acto real de voluntad”,¹⁹⁴ porque tal voluntad no existe y si Kelsen supone una autoridad ficticia¹⁹⁵ para dar congruencia a la norma básica, nada impide suponer otra norma ficticia y otra autoridad ficticia y, así hasta el infinito, ya que la puerta de la mala infinitud no se había cerrado realmente, y sobre la cual no se puede fundar nada seriamente.

Kelsen ha redefinido, posteriormente, a la norma ficticia básica como supuesto, no del derecho, sino de “todo aquel que piense en el derecho”,¹⁹⁶ lo que ha permitido al maestro Ulises Schmill reinterpretarla como el “principio fundamental de la jurisprudencia”,¹⁹⁷ al maestro Óscar Correas como el hecho ideológico que fundamenta el derecho en nuestras conciencias¹⁹⁸ y a la teoría egológica de Carlos Cossio equipararla también con el hecho del estilo de pensar propio del jurista.¹⁹⁹ Pero, aunque dichas orientaciones teóricas nos indiquen el camino para conservar a la norma ficticia básica kelseniana, no bastan para superar su contradicción con el principio de imputación, contradicción que impide considerar la manera como el derecho se autoconstituye en una estructura jurídica, es decir, no son suficientes para determinar el orden de las mediaciones entre la ficción y la imputación, de modo que estas últimas

son más bien determinaciones extraídas de lo que tenía que fundarse en ellas, es decir son hipótesis y ficciones deducidas por una reflexión que carece de sentido crítico. En realidad nos hallamos en una especie de círculo encantado, en que las determinaciones de la existencia y las determinaciones de la reflexión el fundamento y lo fundado, los fenómenos y los fantasmas en asociación inseparable se confunden entre ellos y gozan de rango igual.²⁰⁰

La superación de la falsa infinitud que Kelsen no logra desde el extremo de la norma fundamental, Alf Ross lo va intentar desde el extremo de los hechos de ejecución jurídica. Para superar el dualismo entre hecho y derecho Ross subsume

191 Ver *supra*, nota 22.

192 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 80, 81.

193 *Idem*, p. 46.

194 *Idem*, p. 81.

195 *Ibidem*.

196 Raz, *op. cit.*, p. 170.

197 Schimill Ulises, La pureza del método en la teoría Kelseniana, en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, pp. 38, 39.

198 Ver *supra*, nota núm. 69.

199 Herrendorf, *op. cit.*, p. 143.

200 Hegel, *Ciencia de la lógica II*, p. 101.

al segundo en el primero, pues entiende a las normas jurídicas “como hechos psicofísicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean, a su vez, actitudes reales de conducta”.²⁰¹ Con ello, se consideran a ambas determinaciones como finitas, que se niegan sus diferencias cualitativas y “la finitud es la negación cualitativa empujada hasta el extremo”, donde toda conciliación con su otro... se ve impedida y “lo finito de este modo se deja por cierto llevar... hacia lo infinito”.²⁰² Y esto es precisamente lo que le pasa a Ross, al tratar de sistematizar a las normas, es decir, al tratar de buscar la relación que existe entre las normas de competencia entre sí, puesto que las normas de conducta dependen de aquéllas: cuando se topa de lleno con la cuestión del fundamento.²⁰³

Dicho fundamento ya no puede ser lo “vivido como obligatorio” por los “órganos jurídicos”,²⁰⁴ puesto que, son, precisamente, las normas de competencia las que determinan la calidad jurídica de órgano jurídico,²⁰⁵ sino una norma supuesta de competencia suprema y una ideología correspondiente, procurando, de este modo, evitar caer en el “vicio de la flexibilidad”, pero cayendo sin saberlo en la presuposición del infinito malo.²⁰⁶

Así, con el objeto de fundamentar “racionalmente” al derecho, Ross arriba a la norma básica de un sistema jurídico: “Esta norma diría aproximadamente: obedeced a la autoridad instituida por el artículo 135 hasta que esta autoridad designe un sucesor, entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente”.²⁰⁷ Sin darse cuenta, Ross incurre, por el otro lado de la línea, en el infinito malo, como lo demuestra la frase “y así indefinidamente”. Lo infinito malo puede pensarse no sólo hacia atrás sino también hacia adelante.

Al respecto dice Hegel:

La imagen del progreso al infinito está en la línea recta, en cuyos dos términos sólo existe y siempre sólo existe el infinito (justamente) allí dónde aquélla (línea) a pesar de ser un existente no existe; en cambio esta línea sale hacia este no existir suyo, vale decir, a lo indeterminado.²⁰⁸

201 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 84.

202 Hegel, *Ciencia de la lógica I*, pp. 166, 167.

203 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 104, 107.

204 *Idem*, p. 104.

205 *Idem*, p. 108.

206 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 108; Ross, *op. cit.*, p. 78: “Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestas”; Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*, p. 447: “Si no se quiere que la argumentación se remonte al infinito, ni dar tampoco nada por supuesto, resultará que el fundamento se fundamentará necesariamente apoyándose en lo fundamentado”.

207 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 111; Ross, “Sobre la autoreferencia y un difícil problema del derecho constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, p. 80.

208 Hegel, *Ciencia de la lógica I*, p. 190.

Y, efectivamente, Ross deja el fundamento del sistema jurídico, totalmente, indeterminado. Y aunque a la inversa de Kelsen, que concluye con un infinito malo “ficticio”, Ross termina con un infinito malo “real”, en realidad ambos autores llegan a conclusiones contrarias a sus postulados epistemológicos iniciales. Esquivel Pérez detecta, claramente, esta paradoja:

La tesis normativista, representante del racionalismo soluciona el problema (del fundamento del orden jurídico) mediante una norma básica (Kelsen) como fuente de validez; la tesis sociológica empirista ve en las costumbres reales las últimas fuentes de la realidad jurídica. Aquí, como en cuestiones anteriores, ambas posiciones se ven envueltas en antinomias y cada una de las tesis supone a la adversa, cayendo en el dualismo. Las preguntas ¿qué norma fundamental es real?, y ¿qué costumbre es válida?, precipitan a cada teoría en brazos de su opositora?²⁰⁹

Esquivel Pérez ha apreciado, admirablemente, la doble contradicción, pero no la ha explicado. Tal vez, un principio de resolución de las dos contradicciones, una por medio de la otra, resida en la siguiente afirmación de Hegel:

cuando algo ha sido determinado como positivo, si se prosigue a partir de este fundamento, se nos convierte en negativo de inmediato, entre las manos, y viceversa lo que ha sido determinado como negativo, se convierte en positivo, de manera que el pensamiento reflexivo se enreda en estas determinaciones y se contradice a sí mismo.²¹⁰

Sólo el concepto de infinitud real, en sentido hegeliano, nos puede permitir tratar de encontrar a la vez que un fundamento integral del derecho, la verdadera autodeterminación del sistema jurídico, conservando y superando, simultáneamente, el realismo y el formalismo como elementos de la estructura jurídica.

La infinitud real en la fundamentación del derecho

El obstáculo epistemológico que impedía a Ross encontrar el fundamento del derecho en sí mismo, el vicio de la autorreferencia, reflexibilidad o prueba circular, no ha impedido a Joseph Raz considerar como inobjetable el que se pueda considerar como válidas a normas jurídicas “parcialmente autorreferentes”,²¹¹ porque la validez de todas las normas de un sistema jurídico presupone la validez de las restantes, es decir, que la validez de cada una de las normas del mismo deriva de su pertenencia al sistema considerado en su conjunto.²¹²

209 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 104, 105.

210 Hegel, *Ciencia de la lógica* II, p. 68.

211 Raz, *op. cit.*, p. 171.

212 *Idem*, p. 173.

Sin embargo, para que esta concepción pudiera considerarse como descriptiva de un sistema jurídico que se crea a sí mismo, habría primero que superar las objeciones que la lógica formal opone a la autorreferencia, pues de esta superación es de donde surge el infinito verdadero. La autorreferencia de los lógicos modernos es un refinamiento del quinto *tropo* de los escépticos antiguos: el de la reciprocidad o de la pruebas circular. Dice Sexto Empírico, según Hegel:

Aquello que se trata de probar se razona por medio de algo que necesita, a su vez, apoyarse en otro fundamento, el cual es probado a su vez por aquello que mediante él se prueba, de modo que cada uno de los dos términos se apoya en el otro, y mutuamente.²¹³

Y dice Russell, según Ross: “principio del círculo vicioso: cualquier cosa que implique el todo no debe ser (un objeto) del conjunto”.²¹⁴

De acuerdo con esto último, la propuesta de Raz no puede ser válida lógicamente, porque siendo el fundamento de validez de las normas de un sistema jurídico, su conjunto, éste no puede considerarse como parte del sistema y, por lo tanto, la creación del sistema no puede ser entendido como autoconstituyente.

Sin embargo el todo no puede ser parte de sí mismo²¹⁵ sólo si se considera que “el todo es igual a las partes y las partes son iguales al todo”,²¹⁶ pero “el todo no es igual a ellas consideradas como diferentes independientes, sino como conjunto”.²¹⁷ Es decir, que el todo, en tanto que es constituido por las partes, es igual a ellas, pero, en tanto que las partes están constituidos por el todo, como “momento determinado”²¹⁸ suyo, éste constituye el fundamento de las partes como tales.

Esta variación del momento analítico al momento sintético “es..., el absoluto contragolpe suyo en sí mismo”,²¹⁹ mediante el cual

en el resultado se supera el carácter unilateral del resultado y es él mismo aquello de donde procede; procede tan sólo de sí y es por tanto, asimismo, aquello que aparecía primeramente como su otro y como lo primero. Se niega a sí mismo como resultado; es en sí mismo el contragolpe consistente en presuponerse a sí mismo y superar esta presuposición en cuanto presuposición, dado que ella es puesta en sí mediante el resultado, y ponerla como algo puesto.²²⁰

213 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 447.

214 Ross, *Sobre la autoreferencia*, p. 58.

215 *Ibidem*.

216 Hegel, *Ciencia de la lógica* II, p. 169.

217 *Idem*, p. 170.

218 *Ibidem*.

219 *Idem*, II, p. 79.

220 Hegel, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, pp. 216, 217.

En un primer momento analítico, son las partes el fundamento del todo, la condición lo es del resultado, lo puesto de lo presupuesto, la finitud de la infinitud; pero en un segundo momento sintético, el todo es el que determina a las partes como partes suyas, es el resultado, él que da sentido a la condición; es lo presupuesto, lo que incluye dentro de sí a lo que se pone, a lo positivo y es por la infinitud por la que se entiende la finitud. “La infinitud es, pues, este retorno dentro de sí”²²¹ de la finitud.

Este retorno a sí mismo y desde sí mismo de lo fundado (lo finito), como “retorno al fundamento y el emerger de él hacia lo puesto, ya no es tautología”,²²² es decir, ya no es un razonamiento circular o autorreferente aunque, como dice Hegel, “su imagen se convierte en el círculo”,²²³ porque la parte, la condición, lo puesto, lo fundado, lo finito, el contenido, lo real a lo que se retorna ya no es el mismo del que se parte, pues ya está mediado por el todo, el resultado, el presupuesto, lo fundamental, lo infinito, la forma, lo ideal y, por lo tanto, contiene el elemento mediador dentro de su transformación.²²⁴

A la luz de la infinitud verdadera, la norma fundamental hipotética de Kelsen (fundamento formal) presupone a los hechos fácticos y eficaces de Ross (y posiblemente esto significa la condicionalidad de la validez *conditio per quam* por la eficacia *conditio sine qua non*) y la empiricidad de los hechos jurídicos de Ross (fundamento real) presupone a la norma fundamental de Kelsen (que quizá explique su necesidad de fundamentar las normas de competencia).

Lo que en cada uno está supuesto como fundamento (la efectividad de Kelsen y la normatividad en Ross), en el otro está puesto también como fundamento (la efectividad que Kelsen supone, Ross la pone realmente y la normatividad que Ross supone, Kelsen la pone efectivamente). Los supuestos de cada uno, efectividad y normatividad respectivamente, pueden eliminarse, al momento de mediar, uno por otro, los fundamentos puestos por cada uno, porque los fundamentos supuestos no son más que la expresión externa de la búsqueda, por parte del pensamiento, para encontrar a “su otro” de lo puesto por cada quien.²²⁵

221 Hegel, *Ciencia de la lógica* I, p. 192.

222 *Idem*, II, p. 102.

223 *Idem*, I, p. 190.

224 *Idem*, II, p. 579: “En el método absoluto, el concepto se *conserva* en su ser otro, lo universal se conserva en su particularización, en el juicio y en la realidad; en cada grado de ulterior determinación lo universal eleva toda la masa de su contenido precedente y, por su progresar dialéctico no sólo no pierde nada, ni deja nada tras de sí, sino que lleva consigo todo lo adquirido y se enriquece y se condensa en sí mismo”.

225 *Idem*, II, p. 112: “La relación fundamental en su totalidad es así esencialmente reflexión que *presupone*; el fundamento formal presupone la determinación de contenido *inmediata*, y esta como fundamento real, presupone la forma. El fundamento es, por consiguiente, la forma de la vinculación inmediata; pero de tal manera, que se rechaza de sí misma y más bien presupone la inmediatez, y se refiere en esta a sí, como otro. Este inmediato es la determinación de contenido, el simple *fundamento*, pero como tal, es decir, como fundamento, es justamente rechazado de sí y se refiere a sí, igualmente, como a otro”.

Lo puesto como fundamento por Kelsen, la norma hipotética necesita y busca a su otro, la efectividad, pero sólo puede presuponerla como fundamento y no puede desarrollarla. Y lo puesto como fundamento por Ross, los hechos psicosociales, requiere a sí mismo a su otro, la norma de competencia suprema que también supone como fundamento sin desarrollar. Esto resulta así porque desde un principio, epistemológicamente hablando, se excluyó a lo opuesto de su determinación metodológica fundamental. Kelsen excluyó al ser y desarrolló solamente al deber ser y Ross, excluyó a la validez para reducirla a la facticidad. Pero como “cada uno existe así en general, en primer lugar, en la medida en que el otro existe; es lo que es, por medio de otro, es decir, por medio de su propio no ser”,²²⁶ la negación de la oposición sólo tiene como consecuencia su no desarrollo pero no su supresión y, así no desarrollada, la oposición reaparece cuando se llega al fundamento.

Pero como lo opuesto al deber ser y negado por Kelsen, es desarrollado por Ross y lo opuesto al ser y negado por Ross, es desarrollado por Kelsen, ambos desarrollos han sido unilaterales, su mediación en el fundamento tendrá como consecuencia su reformulación, pero también su conservación. El fundamento jurídico de las normas jurídicas sería, de este modo, el sistema jurídico como un todo, a la manera de Raz, pero también, al modo de la teoría general de los sistemas, como un subsistema del todo social,²²⁷ en el que la unidad del ser y del deber ser redefinidos por el todo, tendrían que ser mediados por el valor para poder relacionar el autodesarrollo de la estructura jurídica con la libertad.

El contenido del derecho como el conjunto de sus determinaciones formales

El principal obstáculo para reconstruir un sistema jurídico que se auto estructure a través de sus mediaciones, radica en la separación analítica de la forma del derecho con su contenido. Kelsen es paradigmático en este sentido:

No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de qué sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana... la pregunta por la relación entre derecho y moral no es una interrogante acerca del contenido del derecho, sino una pregunta por su forma.²²⁸

Sin embargo, “La forma dice Hegel contiene en sí misma su capacidad de determinarse, es decir, de darse a sí misma un contenido”,²²⁹ porque “estas formas

²²⁶ *Idem*, II, p. 152.

²²⁷ Livas, Javier, *Cibernética, estado y derecho*, México, Gernika, 1988, p. 61: “un sistema puede estar dividido en subsistemas en los cuales éstos tienen como medio ambiente a todos los objetos restantes del sistema”.

²²⁸ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, pp. 75, 78.

²²⁹ Hegel, *Ciencia de la lógica I*, pp. 82, 83.

no son otra cosa que las diferencias originarias de la idea misma²³⁰ cuyo contenido “al desdoblarse”, se convierte en forma.²³¹

De modo que el contenido es el conjunto de las determinaciones formales.²³² Así, la forma jurídica, la forma social y la forma moral constituyen, mediante sus relaciones semejantes, diferentes y opuestas, el contenido del derecho, o más bien, el desarrollo de su contenido. Si pudiera decirse, como hemos propuesto, que dicho contenido es la libertad, podríamos decir también que así como el grado y la forma como se encuentra estructurada la materia, determina la cantidad de energía libre y disponible para nuevas estructuraciones de la misma; de modo semejante, la forma en que se estructure el derecho determinará el grado de energía laboral libre, de tiempo libre y de libertad política disponibles para nuevas reestructuraciones de las formas jurídicas, y que el grado de libertad social que produce una estructura jurídica es la medida de la justicia del sistema en su conjunto. Así como no se puede conocer el derecho por medio de una sola norma aislada, tampoco se puede medir la justicia de la estructura formal de la libertad por sólo un momento de su desarrollo. Es necesario tomar en cuenta todos sus momentos: el momento particular o relaciones de propiedad (espíritu subjetivo), el momento general o relaciones políticas (espíritu objetivo) y el momento absoluto o relaciones internacionales (espíritu absoluto). Determinar, en otras palabras, la estructuración jurídica de la propiedad, el estado y el derecho internacional.

Decir que la estructura formal de la libertad, es decir, el derecho, es injusta no es negarle el carácter de derecho sino es sólo considerarlo como un derecho en sí (objeto de la teoría del derecho) que está abierto a varias posibilidades: a ser instrumento de dominación del amo o a ser un arma para la liberación del esclavo; a subordinar a uno de sus momentos, los restantes o a equilibrarlos y, por último, a ocultar o a develar aquella dominación o esta subordinación mediante una ideología (objeto de la crítica jurídica), que pone a lo particular como si fuera lo general o lo absoluto. Pero decir que sólo es derecho el derecho en sí, sin tomar en cuenta su mediación con la producción de energía laboral libre en cualquiera de sus momentos (objeto de la sociología del derecho), es considerar fuera del derecho a las determinaciones por medio de las cuales se actualizan la dominación o la liberación, la subordinación o el equilibrio o el ocultamiento o la develación de la ideología jurídica. Y finalmente, considerar al derecho como mediación de la libertad de tiempo y con la libertad social, en todos sus momentos (objeto de la axiología jurídica) es conceptualizarlo como derecho en y para sí, lo cual permite distinguir la dominación de la liberación, a la subordinación del equilibrio y a la ideología (supresión aparente de la mediación), al poner a lo concreto como la unidad de lo particular con lo general y con lo absoluto. Ya para terminar, se

230 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, p. 38.

231 *Ibidem*.

232 *Ibidem*: “las formas parciales se integran en la forma total. Son las determinaciones de la idea originaria las que forman en su conjunto, la imagen del todo...”.

puede concluir que el derecho puede entenderse como la estructura dialéctica de la libertad.

Estructura, porque media la realización de las diferentes formas o momentos de la libertad; *dialéctica*, porque puede suprimir su propia mediación realmente, al asumir y superar la contradicción entre sus formas y entre sus momentos o invertir los términos de la mediación, de modo que la libertad sea un simple medio y la estructura el fin, presentándose, no obstante, como una supresión de la mediación o como una superación de la contradicción, o sea poniendo lo particular como lo general; y de la libertad, porque media u oculta la lucha del amo y del esclavo por la disposición de la energía laboral libre que, a su vez media la transformación de la energía natural libre en tiempo libre y en libertad política.

Por lo que se refiere a la teoría pura del derecho, podemos concluir que fue un momento necesario e indispensable en el desarrollo de la filosofía del derecho, que debe conservarse, pues al separar al derecho del valor, ha impedido que se justifique, científicamente, la particularidad del primero con la generalidad del segundo. Pero, también puede decirse que debe superarse dicha separación, pues ha conducido a justificar la particularidad del hecho con la generalidad del derecho. Al evitar caer en la abstracción del valor, incurre en la abstracción del hecho. Para conservar-superar a la imputación coactiva kelseniana, es necesario concretar el valor, mediándolo con el hecho por medio del derecho, al analizar o establecer una institución o un orden jurídico, sin que se invierta el orden de las mediaciones, durante el proceso, que es el mecanismo por el que se establece la ideologización, tanto de la ciencia como de las instituciones jurídicas.

Preservar su pureza es como la vida que no se asusta ante la muerte y se mantiene pura de la desolación;²³³ pero también, no superarla es contemplar el sepulcro de su verdad.²³⁴ Puesto que el derecho (y su filosofía), como el espíritu de Hegel, sólo conquista su verdad cuando es capaz de encontrarse a sí mismo en el absoluto desgarramiento.²³⁵

²³³ Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 24.

²³⁴ *Idem.* p. 143.

²³⁵ *Idem.* p. 24.

POLÍTICA Y DERECHO EN LOS TIEMPOS DE LA RECONVERSIÓN

Carlos María CÁRCOVA¹

SUMARIO: *Introducción; I. Un divorcio contra natura; II. Otras búsquedas; III. Síntomas de la época; IV. Hacia una democracia incluyente; Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Durante las décadas de los 60 y los 70 el desarrollo de la acción política estuvo orientada, en el juego de las grandes potencias, por el hiperrealismo de la guerra fría, solo sometido a los límites que el equilibrio nuclear y el peligro de un holocausto le imponían; en el juego de los países no hegemónicos, en cambio, por los pujos revolucionarios y la dialéctica de la violencia armada. En ninguno de los dos casos, tal acción era mediada por la juridicidad y el problema de su justificación se vinculaba con la legitimidad de los fines y no con la legitimidad de los medios.

Hoy, al contrario, en la base de los grandes conflictos políticos y en el tipo de acciones que ellos implican, parece hallarse siempre una discusión jurídica y, con ello, una cuestión acerca de la naturaleza, razonabilidad y admisibilidad de medios. Un rápido y superficial inventario permitiría corroborar lo expuesto.

Por primera vez, Estados Unidos requiere el consentimiento de la comunidad internacional antes de materializar su intervención en la guerra del Golfo Pérsico, a diferencia de lo que había hecho en las dos oportunidades inmediatamente anteriores en que sus tropas invadieron países extranjeros, esto es, en los casos de Grenada y Panamá.

El conflicto socio-racial de Los Ángeles, que mantuviera en vilo al país entero durante los últimos días de abril y los primeros de mayo de este año, se desata por

¹ Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires.

la arbitrariedad escandalosa con que son absueltos de culpa y cargo los cuatro policías blancos responsables de haber apaleado salvajemente al joven negro Rodney King. La víctima era inocente de todo cargo; las escenas de la agresión fueron filmadas y aportadas como prueba. Un tribunal exclusivamente compuesto por blancos absolvió a los imputados. Las consecuencias inmediatas de la violencia que la situación descrita desató, se miden en cifras: 51 muertos, 6,000 detenidos, 2,000 heridos. Pero las consecuencias mediatas quizá haya que medirlas en las más complejas grillas de la viabilidad histórica de un cierto modelo, fundado en la lógica de la segregación y la exclusión.

Para la misma época Alemania resultó afectada por una huelga de trabajadores estatales, que virtualmente, produjo un colapso no sólo con efectos sobre la economía, sino también sobre la vida cotidiana. Las medidas de fuerza implementadas por las dos grandes centrales sindicales de los servicios públicos, la OETV y la DAG movilizó a más de 450,000 trabajadores en los marcos de una estrategia cuidadosamente ceñida a las disposiciones legales y convencionales que regían las distintas actividades. Se trató de un paro de once días, de magnitud variable, el de mayor masividad desde la segunda guerra mundial, el primero que se sucede después de dieciocho años y que generó la paralización de aeropuertos, correos, hospitales, recolección de basura, empresas de pompas fúnebres y zoológicos. La inversión de la primera de las centrales sindicales mencionadas en concepto de salario de huelga para sus afiliados, ascendió aproximadamente, a 160 millones de marcos, apenas el 25% de la suma que, destinadas a esa eventualidad, había conseguido acumular en los últimos 18 años.² La moderna y eficiente Alemania de posguerra en donde la palabra huelga era, hasta ahora, poco menos que una mala palabra, ha mirado, sorprendida, dos imágenes igualmente amenazadoras: la de millones de ratas invadiendo las ciudades y la de la crisis de autoridad por la que atraviesa un gobierno que viene soportando, derrota tras derrota, desde que, con la unificación alcanzara su apogeo.

La justificación jurídico-procesal de la acción política, también se halla presente en las turbulencias del Tercer Mundo. Los militares golpistas que el 4 de febrero de 1992 intentaron el derrocamiento del presidente de Venezuela, Carlos Andrés Pérez, a la vez que formulan críticas irrefutables sobre la corrupción de las burocracias políticas de su país y denuncian la dramática dualización de una sociedad en donde las grandes mayorías se encuentran sometidas tanto a la violencia del hambre cuanto a la de la represión, sostienen que su insurgencia tuvo como fundamento la defensa de la Constitución nacional y citan los artículos de

² Los datos fueron publicados por *Página 12*, el 8/5/92, p. 18.

ese ordenamiento que consagran el derecho de rebelión frente al gobernante que no lo observare. Afirman no haber pretendido sustituir el régimen constitucional por una dictadura militar sino el derrocamiento de un hombre que ha malversado la institucionalidad para someterlo a juicio y establecer un gobierno provisional que convocara a una Asamblea Constituyente para el restablecimiento de una democracia auténtica.³ Más allá de las contradicciones que el pensamiento de estos hombres exhibe y de la sinceridad real de lo que ahora manifiestan, para lo que aquí importa, resulta sugestiva la preocupación puesta de manifiesto por encontrar una justificación jurídico institucional a su fallido intento.⁴

Para concluir con estos ejemplos, resulta claro que la opinión pública internacional y los organismos regionales competentes, han cuestionado severamente el autogolpe del presidente Alberto Fujimori, no por los objetivos declarados que habrían fundamentado su decisión, esto es, el combate contra la guerrilla y el narcotráfico y la recuperación de la átona economía peruana, sino por el atajo institucional implementado, que deslegitima su acción en términos instrumentales.

Si continuáramos con este tipo de análisis encontraríamos muchas confirmaciones, tanto en países de Europa —Italia, España o Francia— como en países de América —México, Brasil o Argentina—, respecto del papel estratégico que en la configuración de la actual dialéctica política, ocupan los problemas de índole jurídica. ¿Qué significa esto? ¿Acaso que el derecho y la política, al fin de cuentas algo tenían que ver?

I. UN DIVORCIO CONTRA NATURA

Dos circunstancias, me parece, explican que preguntas como las anteriormente formuladas no resulten un disparate. La primera de ellas, que estas décadas de los 60 y 70 evocadas al comienzo, exhibieron un proceso peculiar de agudización de las contradicciones socio-históricas, en un clima y un escenario a la vez, global y epocal. En tal contexto, la mera violencia pareció ocupar todos los espacios. Sin embargo, ello fue apenas una ilusión. La historia ha demostrado una y mil veces que, cuando de ejercicio del poder se trata, las bayonetas no sirven para sentarse sobre ellas; que no hay poder sin consenso, sin legitimidad, sin pacto. Como

³ Cable de AFP publicado en *Clarín*, 11/5/92, p. 32.

⁴ No menos sugestivo resulta el hecho de que, con independencia del pacto celebrado entre el partido gobernante y la principal oposición para defender el periodo presidencial del primer mandatario, importantes líderes políticos —algunos del prestigio y ascendiente público del expresidente Rafael Caldera— se agrupan en número superior a la centena, para proponer un referéndum destinado a acortar el mandato de Carlos A. Pérez.

recordaba Walter Benjamín, si los tratados de paz son necesarios después de concluida una contienda es porque desde el lado de los vencedores es preciso legitimar el nuevo estado de cosas que es el producto de la violencia empleada (1991, 19). Toda operación de poder reclama triunfar no sólo en el campo de la coacción, también en el del imaginario.

La segunda de aquellas circunstancias está enlazada con una tradición teórico-intelectual que va de Ihering a Kelsen, pasando por Weber. Todos ellos afirmaron el carácter instrumental de lo jurídico divorciado de cualquier teleología. Lo específico del derecho, para Kelsen, no está en la función que cumple sino en ser un instrumento disponible para las más variadas funciones. La política en cambio, por su propia definición —cualquiera de ellas queelijamos— supone una actividad de fines. Bobbio explica del siguiente modo lo que denomina el difundido y persistente antiteleologismo en la teoría del derecho, común a los juristas y a los sociólogos:

...A medida que el Estado moderno asumía el monopolio de la producción jurídica, y en consecuencia Estado y derecho iban siendo considerados cada vez más como dos caras de la misma moneda, el fenómeno históricamente relevante para comprender el derecho pasaba a ser su transformación en instrumento del poder estatal a través de la formación del Estado-aparato (el poder legal-racional de Max Weber) y era un fenómeno que inducía a concentrar la atención más sobre los problemas de la organización compleja del instrumento, que sobre problemas de orden axiológico o sociológico, considerados unos como perturbadores (y quizá también como irrelevantes) y otros como irrelevantes (y quizá también como perturbadores). No hay que olvidar que de la consideración del Estado moderno como gran organización ha nacido la teoría del derecho como conjunto ordenado u organizado de normas, la teoría del derecho como ordenamiento que se encuentra bajo distintas pieles pero fácilmente reconocibles, tanto en Weber como en Kelsen. (1980, 267/8).

El cáustico análisis del notable pensador italiano se despliega críticamente, en el desarrollo de varios trabajos acerca de la pertinencia de un análisis funcional del derecho que se yergue, precisamente, como antítesis de aquel modelo instrumental.⁵

⁵ Vg.: las sanciones positivas; estructura y función en la teoría pura del derecho de Kelsen; el Análisis funcional del derecho: tendencias y problemas. Todos reproducidos en *Contribuciones a la teoría del derecho*. Valencia F. Torres, Ed. 1980. También con otros trabajos en *Dallas struttura alla funzione*, Milán, 1977.

Y bien, coyuntura histórica y hegemonía teórica de un cierto modelo explicativo, parecen fundar este divorcio contra natura entre la esfera de lo político y la esfera de lo jurídico que durante tantos años —de estos últimos, claro está— han matizado, a un mismo tiempo, los tópicos del discurso académico y el sentido común de los juristas.

II. OTRAS BÚSQUEDAS

Ciertamente, aquella coyuntura histórica es bien diferente a la que hoy enfrentamos y aquella hegemonía teórica se ha desdibujado a expensas del neo-contratualismo y de la emergencia de corrientes críticas que, a través de abordajes heterogéneos han conseguido, sin embargo, restituir la juridicidad a lo político y la politicidad a lo jurídico.

Podría afirmarse que estas corrientes críticas (*Critical Legal Theory*, en Inglaterra y Estados Unidos; *Critique du Droit*, en Francia; *Crítica Jurídica* en México; *Derecho Alternativo* en Colombia y Brasil; *Teoría Crítica del Derecho* en la Argentina, todos nombres que identifican movimientos intelectuales, publicaciones, trabajos de grupos académicos, etcétera) se han constituido, precisamente, en la afirmación de las dimensiones ausentes o escamoteadas del derecho, tales como las de su historicidad y su peculiar articulación con los niveles de la ideología y del poder.

Tales elementos, por ejemplo, aparecen en nuestros criterios demarcatorios del fenómeno mismo, al que definimos como una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económico-social determinada; práctica de naturaleza discursiva; discurso ideológico y discurso de poder. Sobre estas ideas se han ido desarrollando trabajos que procuran alcanzar textura teórica.⁶

El intento tuvo como punto de partida una ruptura de naturaleza epistemológica con los paradigmas tradicionales de la ciencia del derecho, esto es, el jusnaturalismo y el positivismo, en los que veíamos más una continuidad que una cesura. Continuidad en la medida en que, en ambos casos, el fundamento del orden descansaba en un presupuesto metahistórico, razón o hipótesis gnoseológico-trascendental; continuidad, en cuanto en ambos casos, lo metodológico remitía a una pretensión matematizante. Si detrás del jusnaturalismo del siglo XVII emergía la *demonstratio*,

⁶ La mayoría de los cuales se han publicado en dos volúmenes colectivos: *El Discurso Jurídico AAVV*; Bs.As. Ed. Hachette-1982 y *Materiales para una teoría crítica del derecho. AAVV*; Bs.As. Ed. Abeledo Perrot, 1991, con trabajos, entre otros, de Enrique Mari, Alicia E.C. Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos M. Cárcova.

detrás del positivismo se alzaba la axiomática. De nuestro lado, criticamos el intento de desplegar una teoría de la moral, del derecho o de la política sobre la base de un modelo explicativo, reivindicando la pertinencia de un modelo comprensivo. Estas eran las discusiones de hace pocos años atrás.

Pero en la actualidad se viene produciendo, según me parece, un saludable proceso de desarticulación/ rearticulación de las visiones paradigmáticas. Esas visiones, antes mantenidas en compartimientos estancos, hoy confrontan y en consecuencia se reconocen recíprocamente. También se influyen y se interpenetran. Los analíticos discuten a Derrida o a Foucault, los hermenéuticos realizan la exégesis de Rawls o de Dworkin, los marxistas polemizan con Nozick. Sin duda, es Habermas, el autor emblemático de este proceso, en tanto intenta, —ciertamente despertando ecos profundos— sintetizar distintas y heterogéneas tradiciones culturales que van del constructivismo al funcionalismo, de Frankfurt a Wittgenstein, de Luckacs a Chomsky. Quizá la tolerancia sea la clave de este fenómeno; o quizá el malestar en la teoría que explica poco y predice menos; o quizá la necesidad de comprender una realidad cada vez más esquiva y a la vez más crítica en la que todo lo sólido se desvanece en el aire. Porque convengamos que a la desaparición del socialismo realmente existente, al fracaso del Estado de bienestar, al entierro del populismo distribucionista, no parece haberle seguido el triunfo del neoconservatismo. El capitalismo realmente existente atraviesa hoy una situación compleja en la que parece estarse jugando la gobernabilidad misma del sistema. El aumento de la violencia y la criminalidad; la descomposición social y la anomia; la crisis de representatividad y la fragmentación de las estructuras políticas tradicionales; la ineficacia de las formas parlamentarias asociada a la autonomización perversa de las administraciones; la justicia, a un tiempo, rebasada y complicada; el recrudescimiento del racismo y el particularismo; y por último la progresiva dualización de las sociedades con problemas de marginalidad, sobre explotación, pobreza extrema y grosera inequidad, constituyen un paisaje que no es sólo propio del tercermundo, es también, en el primero, el telón de fondo sobre el que se proyectan las imágenes deletéreas de la reconversión salvaje.

Es esta la encrucijada en la que la teoría social resulta interpelada. Y es este el escenario en el que, una renovada y entramada relación entre lo político y lo jurídico, debería cumplir un nuevo papel, inmodesto y esperanzado, en el diseño de una socialidad alternativa.

No me parece que ello deba ser descartado porque suene utópico, al menos si la utopía puede entenderse a la manera de Hinkelammert, como idea regulativa.⁷ En

⁷ Hinkelammert, Frank, *Crítica de la razón utópica*, Costa Rica, DEI, 1984.

todo caso, los procesos históricos se alimentan tanto de acción como de reflexión. Y las doctrinas, que nacen generalmente demandadas por la materialidad objetiva de los procesos históricos en curso, se insertan en tales procesos reconduciéndolos y rearticulándolos y adquiriendo por ello una similar materialidad. Piénsese, en términos ilustrativos, en el singular papel cumplido por la obra de los tres hitos fundamentales del pensamiento contractualista que funda el desarrollo de la filosofía política del liberalismo clásico. Hobbes es el gran teórico del absolutismo, en un contexto de disgregación política, guerras fratricidas, magnicidios y anarquía; Locke, el gran ideólogo de la democracia censitaria, en el inicio de la transformación y expansión de las fuerzas productivas que la modernidad desataba; y Rousseau quien afirma la lógica de la voluntad general, el consenso y la participación ciudadana, como únicos recursos de legitimación, para radicar el proyecto democrático de la revolución burguesa.

III. SÍNTOMAS DE LA ÉPOCA

Hoy nos enfrentamos a un mundo diferente al que conocimos hasta hace pocos años atrás. Ya no pugnan dos grandes bloques hegemónicos y constituye una incógnita si el sentido del proceso mundial se orientará a la afirmación de un liderazgo único o si sobrevendrán multipolaridades. Nos enfrentamos también a la caducidad de los grandes relatos pero, como he intentado señalar al principio, parece que la historia no ha terminado como pretende Francis Fukuyama, y está dispuesta a inquietarnos nuevamente. Si las asimetrías entre el norte y el sur siguen exhibiendo una crucialidad ominosa, no es menos cierto que algunas cuestiones amenazan a la humanidad entera. Sostiene Pablo Bergel en ese sentido:

La humanidad se ha encontrado con un límite inesperado: La naturaleza no tiene capacidad infinita, ni como proveedora, ni como receptora de desechos, ni como recicladora y productora de vida. De continuarse el actual modelo de producción y consumo de bienes, el ecosistema se verá grave e irremediablemente afectado y con él, la vida misma. Peor aún: el actual modelo de producción/consumo, en un marco de fuertes y crecientes restricciones medioambientales, conduce inevitablemente a una creciente concentración de los beneficios de esta civilización, y también a una creciente expulsión y marginalización de la mayoría de la humanidad y de vastas regiones del planeta. Un acceso más equitativo a los bienes, dentro de los actuales valores, paradigmas y cultura de producción/consumo chocaría con los límites del ecosistema; lo haría reventar. Se impone pues un cambio radical de valores y modelos de organización de la vida en sociedad, de producción y consumo; se trata de un requisito indispensable para la sobrevivencia planetaria de la humanidad y de formas de organización igualitarias y democráticas. Nuevos criterios de ocu-

pación del espacio, de uso de la tierra, el agua y los recursos minerales, vegetales y animales, en relación con nuevos criterios de bienestar y felicidad, menos material-intensivos y más afecto/intelecto/sensible y social intensivos. Una cultura más humano-socio-energética y menos extractivista, que no agote sino que reproduzca la energía del medio ambiente, parece ser condición indispensable para alcanzar una convivencia más justa, más democrática y más racional. A la vez una ciudadanía plena universal, que reintegre a los marginados su dignidad y el goce de iguales derechos, será condición para impedir la devastación planetaria y restablecer un nuevo equilibrio ecológico. No se trata entonces, ni de entrar al actual primer mundo, ni de atrincherarse en el tercero o el cuarto; se trata de inventar un nuevo mundo.⁸

Muchas cuestiones comprometen la gobernabilidad democrática. Una de ellas, quizás la primordial, es si se trata de un modelo que gestione sólo un cierto régimen de toma de decisiones o gestione, en cambio, el conjunto de la vida social. Me parece interesante detenerme brevemente en esta alternativa.

IV. HACIA UNA DEMOCRACIA INCLUYENTE

La cuestión no es teóricamente novedosa pero la crisis de nuestro tiempo le ha otorgado una crucial actualidad. Me refiero, para decirlo en pocas palabras, a los límites de la democracia o a los contenidos inmanentes al pacto democrático. La gran reconversión capitalista, aún en curso, expresada en términos prácticos por el reaganismo o el tatcherismo, estuvo ideológicamente inspirada en las denominadas corrientes liberales anticontractualistas o neoconservadoras, uno de cuyos máximos exponentes ha sido F.A. Hayek. En el pensamiento de este autor, el orden del mercado representa una racionalidad superior a toda deliberación política o pretensión de conducir la economía sobre bases contractuales. De esta manera venía a resolver el viejo dilema del liberalismo clásico, consistente en la preeminencia de la contractualidad central por sobre la contractualidad interindividual, o la preeminencia de esta última por sobre la primera.

En efecto, el contrato que los hombres realizan entre sí, implica el respeto por la voluntad del otro tanto como por su propiedad, pero este contrato presupone otro (central/estatal) que garantiza la eficacia de aquél, mediante la creación de una potestad pública, de una soberanía, que en el pensamiento liberal está limitada. Tales limitaciones son las bases del Estado de derecho, de la división de poderes, de los controles y del reinado de las libertades públicas. Si los convenios indivi-

⁸ Mimeo. (Ponencia presentada en el Primer encuentro de Izquierdas Democráticas Ftad. Fil. y Letras- UBA Bs.As., abril, 1992).

duales debieran subordinarse al pacto central, se correría el riesgo de una intervención en la esfera económica, si se opta por lo contrario, se somete el soberano al mercado. Las tesis de Hayek resuelven el dilema al costo de naturalizar el mercado y con ello, sustraerlo del orden del contrato pues, es ahí, en donde reside aquella racionalidad superior. Existe para él, el cosmos, que es un orden espontáneo, inintencional, acumulativo y portador de las tradiciones culturales; y la taxis, que es, en cambio, el orden intencional, el de los gobiernos, las sociedades, las empresas. Este representa una forma inferior y subordinada de racionalidad. Un orden es superior porque cuenta con mayor información y el mercado (cosmos) provee automática, instantánea y personalmente información a cada individuo sobre la oferta, la demanda y las condiciones en que puede actuar de manera más conveniente a sus fines. El orden espontáneo se transforma en omnisciente, al constituirse a partir de la combinación de los saberes múltiples y diferenciados de cada uno. Es, además el más justo, porque sólo comporta reglas abstractas y negativas. No hace cuestión de personas, pero premia al más hábil y competitivo y sanciona al más torpe o desidioso. Claro que Hayek no sólo afirma, como Locke, el monopolio de la contractualidad individual en el orden económico, sino que, con una lógica que excluye la solidaridad y reivindica una suerte de darwinismo social, va más allá, rechazando la noción de contrato social como fundante del orden político, al diluir la centralidad en la noción de dirección. Su concepción abandona en nombre de un presunto orden natural, el orden contractual. Al hacerlo abandona también a la democracia.

Con otro tipo de fundamentación y, por cierto, con otra intencionalidad, también Hannah Arendt excluía del pacto político de naturaleza democrática las cuestiones relativas a las desigualdades económicas o a la conflictividad social. En una de sus obras clásicas, *On revolution*, publicada en 1960, realizaba una compleja distinción entre las dos grandes revoluciones, la norteamericana y la francesa, atribuyendo el fracaso de esta última a la circunstancia de que hubo de confundir la constitución de la libertad, con la resolución de cuestiones económico-sociales. Para Arendt, la revolución consiste en la constitución de un sistema de libertades caracterizadas por la participación de los ciudadanos en los asuntos de la polis. En América del Norte, la revolución es la consecuencia de una lucha por la libertad política, por la emancipación del poder colonial inglés. Su resultado fue una constitución política manejable y provechosa. Pero la que se convirtió en modelo de las revoluciones posteriores fue la francesa, que había lanzado a las masas pauperizadas a la escena política y había convertido la lucha por la libertad en una lucha de clases sociales. Su instrumento fue el terror y su resultado la contrarrevolución.

El esquema de Arendt está guiado por el intento de reformular productivamente, ciertas categorías del pensamiento clásico aristotélico. Sin embargo, en su des-

pliegue, termina por disolver el contexto de la modernidad, en el que, precisamente el signo de las revoluciones es, a un tiempo, la liberación política y la emancipación social. Es cierto, como afirma, que la eliminación de la pobreza y una administración económica eficaz, no garantizan la libertad, aun cuando un sistema político esté organizado como una democracia de masas, si los ciudadanos no pueden formar y expresar sus opiniones, y no sólo sus estados de ánimo. Ello sólo es posible, para la autora, mediante una participación activa, liberada de toda dependencia, en la gestión de los asuntos públicos. Ninguna de las grandes revoluciones a las que se refiere, ha creado mecanismos de participación plena, cuestión que —como recuerda— preocupaba al pensamiento radical de Jefferson pues encontraba alarmante dotar de todo el poder al ciudadano, sin darle otro espacio público que la urna, ni otra oportunidad de hacer oír su voz, que el día de las elecciones.

Pero los contados intentos de participación plena, aun fallidos (la Comuna de París en 1871, los soviets en 1905 y 1917, los Consejos de la Revolución en 1918), son hijos —como argumenta Habermas en su ensayo crítico sobre la obra de Arendt (1966, 200)— no de la Revolución norteamericana, sino de otras, para las cuales se trataba de la creación de un nuevo orden, concerniente tanto al Estado, como a la sociedad civil. De un nuevo orden que articulara libertad y equidad. Porque, sostiene:...las condiciones de la libertad política sólo pueden discutirse con sentido en el contexto de una liberación con respecto al dominio. La categoría de dominación no puede separar poder político y poder social, sino que ha de mostrarlos como lo que ambos son: como represión. En condiciones de dependencia social, incluso el mejor derecho a la libertad política se queda en ideología.

Este punto de vista es compartido por John Rawls (1979, 23 y ss.) en tanto incluye las cuestiones económicas junto con las de naturaleza política en el contenido necesario del pacto societal. Su famoso principio de la diferencia, según la reformulación que del mismo realizara en 1982, sostiene lo siguiente: Las desigualdades económicas y sociales deben cumplir dos condiciones: en primer lugar, deben ser vinculadas a las funciones y a las posiciones abiertas a todos en condiciones de justa (*fair*) igualdad de oportunidades, y en segundo lugar, deben ser para el mayor provecho de los miembros más desfavorecidos de la sociedad.

Este principio, junto con el primero, que consagra el régimen de las libertades, fundamentan su filosofía jurídica. Se trata de la coexistencia de las buenas voluntades. Los principios de justicia —sostiene— son los que los individuos enunciarán, antes de conocer el lugar que efectivamente ocuparán en el orden social que constituyen. El acuerdo central es, pues, el que rige el reparto de posiciones políticas y económicas. Rawls es un entusiasta defensor del modelo del *welfare state*, y de la redistribución de ingresos a partir de la actividad fiscalista, de suerte de evitar la

concentración excesiva del capital y propender al mismo tiempo al desarrollo del mayor número de pequeños propietarios.

Ciertamente, como afirma Jacques Bidet (1990, Cap.I) su esquema es puramente normativo y no se conecta a ninguna teoría analítica de la sociedad, con lo que no provee los medios para una aproximación explicativa a las sociedades históricas, ni al funcionamiento de las mismas o a la naturaleza específica de sus contradicciones.

Sin embargo, Bidet, representante de una importante corriente del neomarxismo, reunida en gran medida alrededor de la revista teórica *Actuel Marx*, editada por Presse Universitaire Francese, rescata con entusiasmo las tesis rawlsianas, para proponer un encuentro entre el contractualismo y el marxismo que, aduce, habrían tenido una cita fallida.

Bidet piensa que los socialistas y particularmente Marx, han carecido de una filosofía política y por ello, de un discurso acerca de la democracia socialista. Postula retomar el paradigma del contrato social, admitiendo todas las dificultades implicadas en el intento, porque dicha noción es demasiado preciosa para ser abandonada a los liberales. Ella constituye la trama misma de la teoría democrática, a partir de la cual, según la fórmula habermasiana, se crean las condiciones para la formación discursiva de la voluntad general. La forma contrato es la forma de la cuestión democrática, aplicada a las dos figuras de orden que derivan contradictoriamente de la contractualidad central o interindividual, es decir, el plan (intervención teleológica de la soberanía) y el mercado (juego espontáneo de los intereses privados). Expresa Bidet: La contractualidad central democrática debe asegurar la posibilidad de una contractualidad descentrada formando mercado; pero ella no queda igual sino en tanto que asegure efectivamente, la capacidad de los individuos para pensar y hacer lo universal. (*Op. cit.*, p.83).

En el momento en que las voluntades se conjugan en el acuerdo fundante, constituyen una potestad indestructible, a propósito de la cual el problema que se plantea no es el de su extinción —como en la aporía marxista— sino el de su ejercicio por la multitud. El contrato se constituye en una instancia que domina tanto el orden del plan como el del mercado, porque éstos adquieren de aquél su legitimidad. Para nuestro autor, entonces, el socialismo será la sociedad del contrato universal, y plan o mercado, serán formas subordinadas a las exigencias generales de la contractualidad. El plan tendría una primacía epistemológica, por ser una modalidad más universal respecto de las modalidades particulares, lo cual significa, que sería la colectividad en su conjunto, la llamada a definir la naturaleza y la amplitud de las relaciones mercantiles, so pena de ser sometida a la lógica diferencial de estas últimas. La ecuación sería, consiguientemente, subordinación del mercado al plan y de éste al contrato.

En la base de las decisiones sociales, tanto políticas como económicas es posible hallar pues, un fundamento cuya legitimidad derive de su generación crítico-discursiva.

Tal como era de prever las ideas de Bidet han provocado reacciones críticas al interior del pensamiento marxista. Con todo, ellas han sido respetuosas y ponderadas y constituyen la mejor prueba acerca de los méritos de una elaboración imaginativa y renovadora, que ha venido a agitar las aguas, en un ámbito patéticamente esclerosado desde hace ya más de una década.

En cualquier caso, lo importante es que, del complejo cruce de las ideas que hemos reseñado pueden extraerse algunas conclusiones. Frente a la crisis de civilización que enfrentamos y a la ingobernabilidad que proponen los modelos de democracia excluyente, queda aún la posibilidad de recorrer caminos alternativos. Los de la participación, la ampliación del espacio público y la producción discursiva de un consenso democrático, que fusione los dos grandes valores de una polaridad desafortunada. Es decir, los grandes valores de libertad e igualdad.

Acudo, nuevamente al concluir, a la elocuencia de P. Bergel: ...Es difícil —dice— que vuelva a existir un gran relato totalizante, pero más improbable aun que surja un gran narrador. Por eso, el lugar del narrador individual, es una desmesura...Entonces, los lectores, escuchantes y oidores no tenemos más remedio —y también la desafiante y feliz oportunidad— que sentarnos en rueda y construir, de a poco y entre todos, un nuevo cuento. Será (¡ojalá sea!) un relato con timbres diferentes, que además del virtuosismo de la razón, deje escuchar los sonidos profundos de la tierra y de los cuerpos, los reclamos y los goces del alma. Será a la vez una utopía del cambio y la reconciliación; el centramiento y la transgresión. Una utopía serena, pero también picante y colorida. Un verdadero cuento verde. (*op. cit.*).

BIBLIOGRAFÍA

ARENDET, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid Alianza, 1988.

BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Madrid, Taurus, 1991.

BIDET, Jacques, *Théorie de la Modernité suivi de Marx et le marché*, Paris, 1990 (tomado de la traducción publicada en El Cielo por Asalto, año I núm. 3- verano 1991/92).

BOBBIO, Norberto , *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Torres 1980.

HABERMAS, Jürgen, *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid, Taurus, 1984.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, F.C.E., 1979.

LA PROPIEDAD EN LOS NEOLIBERALES: EL EJEMPLO DE NOZICK

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS*

Pocos teóricos y estudiosos del Estado pueden hoy permitirse el lujo de no reflexionar, cuando menos, sobre el presente y el futuro del Estado de Bienestar. Decir que la fórmula propuesta por dicho Estado ha hecho crisis es ya un tópico. Escudriñar entre las causas y los tipos de crisis, aunque pertenece a un discurso menos unísono, ha alcanzado a estas alturas un importante “consenso intelectual”, incluyendo autores de las más diversas convicciones y propuestas. Desde Rosanvallon a Claus Offe, se habla en plural de la crisis en el Estado del Bienestar. Rosanvallon distingue tres tipos confluyentes de crisis: financiera, de legitimidad y de eficacia.¹

La “crisis de legitimación” del “capitalismo tardío” es tratada en profundidad por Jürgen Habermas,² para quien los fundamentos teóricos y prácticos del liberalismo clásico han recibido un golpe mortal por la creciente intervención estatal y por la interdependencia entre técnica e investigación, tesis que, como posteriormente se verá, han sido ratificadas por los propios representantes de dicho ismo.

Otros autores, sin embargo, ponen el acento en la economía, como es el caso de Ramón García Cotarelo, para quien “la crisis del Estado del bienestar es una crisis económica en lo fundamental y, como tal, materia de la teoría económica, si bien, el envite de los economistas más conservadores, como Hayek o Friedman contra el Estado social se centra en la falta de libertad que esa forma de Estado implica”.³

* Universidad de Zaragoza.

1 Lepage, H., “Prólogo”, *Por qué la propiedad*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1986, p. 17

2 Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu (trad. J.L. Etcheverry).

3 García Cotarelo, Ramón, *Del estado del bienestar al estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 218.

Sin embargo, para Offe, los reproches liberales esgrimidos en contra del Estado del bienestar se resumirían básicamente en: “su falta de garantía de la propiedad privada, relaciones contractuales de mercado y, por tanto, de una economía capitalista”, por lo que dicha forma de Estado se estaba convirtiendo “en una carga demasiado gravosa para la economía.”⁴

Argumentos que, hasta aquí, incluyen el ideario neoconservador clásico, por ello, según Offe, el único argumento nuevo aportado por la crítica desde la derecha al Estado del bienestar es el del “*daño moral*” causado por éste al orden liberal, achacando al bienestar estatizado un “efecto desmoralizador y, por lo tanto, de naturaleza inmoralista”.⁵ En similar sentido han de interpretarse las palabras de Antonio Sáez de Miera cuando dice que la política redistributiva del Estado social ha producido “una crisis de la solidaridad individual.”⁶

¿Por qué se ha producido ese marasmo moral? Desde el punto de vista de liberales y conservadores, lo que en otros tiempos se consideraron atributos del hombre lógicos, necesarios y “naturales”, como *la propiedad y la libertad*, con el reconocimiento en el derecho positivo del Estado social han dejado de tener contenidos pacíficos y se han convertido en auténticos caballos de batalla, quedando, a su juicio, relegados a un segundo plano los valores humanos insertos en la sociedad civil, uno de cuyos ejemplos sería el de la solidaridad, vaciada de contenido actualmente al ser “confiada” y reducida con exclusividad a la función redistributiva del Estado, poniéndose fin de este modo a las relaciones humanas más directas; y es que “este Estado penetra en todas las esferas de la sociedad civil” convirtiendo esferas de la vida consideradas en otros tiempos “naturales” o “prepolíticas” en posible blanco de la “política estatal y el conflicto social.”⁷

En todo caso, el rescate de la sociedad civil, es como dice Nicolás López Calera⁸ “ambiguo”, pues si por su “recuperación” se entiende: la “desregulación” jurídica, la reprivatización y libertad económica y a la vez la seguridad política, dicha propuesta ha de ser atribuida, a “los sectores sociales conservadores”, entre cuyos representantes destaca Friedman o Nozick que no parecen conformarse con defender la simple utopía de un mercado plenamente emancipado, sino más bien mercados libres y Estados fuertes,⁹ sin descuidar el hecho de que Robert Nozick sea el padre del Estado mínimo.¹⁰

4 Offe, Claus, *Contradicciones del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 171. (trad. A. Escotado).

5 Offe, *op. cit.*, p. 174.

6 Lepage, *op. cit.*, p. 21.

7 Introducción a: Offe, *op. cit.*, p. 15.

8 López Calera, Nicolás, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, ed. Trotta, 1992, p. 16.

9 Offe, *op. cit.*, p. 292.

10 Sobre este aspecto, más adelante se analizará brevemente la propuesta de Nozick, así como dos interpretaciones de las mismas por la doctrina española

Tal recuperación no es, pues, neutral, bien al contrario, sus más enérgicos defensores manifiestan su solución a la crisis del Estado social —crisis, que, quizás como sus antecesoras, se acabe convirtiendo en estructural y cíclica— arremetiendo contra las limitaciones que dicha forma de Estado impuso a la libertad de mercado en cuanto que, las medidas adoptadas en ese sentido, han producido “una tendencia a la estatalización de la sociedad ... y una tendencia a la socialización del estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos.”¹¹

Al parecer, libertad y propiedad siguen siendo las piezas claves de este rompecabezas. Para calibrar su importancia, quizás nos sirva de explicación la dicotomía filosófica que según Henri Lepage se da en el tema de la libertad: “existen dos grandes filosofías políticas de la libertad: la liberal (la del liberalismo clásico), la no liberal (de la que el socialismo, la socialdemocracia, y también la mayor parte de las reformas contemporáneas del liberalismo, no son más que variantes más o menos pronunciadas)”.¹²

¿Qué es la libertad para un reconocido liberal como Lepage?¹³ En primer lugar es un concepto individual cuyo sentido se manifiesta en la acción, es decir, “ser libre”, dicha acción requiere el reconocimiento “de ser plenamente dueño (o propietario) de uno mismo, dueño de su vida, de su cuerpo, de su espíritu, de sus movimientos, de sus actos y de sus decisiones”, esta atribución, la existencia misma de este derecho, no depende en su opinión de ningún tipo de “intervención legislativa o jurídica”, rechazando así la posible aportación en este sentido del positivismo.

Algo hemos avanzado. En primer lugar, hemos conocido el deseo neoliberal de devolver su justo protagonismo a la sociedad civil, habida cuenta de los efectos desmoralizadores del actual Estado. Después se ha logrado concretar cómo el valor neurálgico de dicha sociedad civil se centra, para sus *rescatadores*, en la garantía de la libertad y la propiedad, pero es que además, en virtud del párrafo anterior, de cuña netamente liberal, la propiedad quedaría englobada en un concepto laxo, amplio de libertad, las dos “piedras de toque” han sido reducidas a una.

¹¹ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 25.

¹² Lepage, *op. cit.*, p. 321.

¹³ *Id.*, pp. 14 y 25 aunque en general dicha conclusión puede extraerse de todo el libro.

Pero dicho concepto de libertad, no lleva a H. Lepage a sustentar —pese a lo que podría esperarse— una argumentación contractualista de este derecho, según la cual, y habida cuenta de sus diversas plasmaciones, se justificarían no sólo éste sino también los demás, en un derecho natural preexistente al nacimiento del Estado el cual habría tenido lugar mediante un pacto social.

Como él mismo reconoce la virtud de su “demostración” consiste en que no es preciso “imaginar que haya existido un estado de naturaleza antes de que apareciese la sociedad”, sino que ésta, la libertad, y otros derechos naturales proceden directamente “de la moral universal que es inherente a los seres humanos, por el mero hecho de las características comunes de su naturaleza”.¹⁴

No es Lepage el único crítico actual del estado de naturaleza como punto de partida previo al contrato social del que arrancarían el Estado e incluso, para algunos, la sociedad. N. Bobbio, desde una postura y una propuesta bien distintas a las de aquél, califica al estado de naturaleza como “una mera ficción doctrinal que debía servir para justificar como derechos inherentes a la naturaleza misma del hombre, y como tales inviolables por parte de los detentadores del poder público, e inalienables por parte de los mismos titulares de estos derechos”.¹⁵

Pese a que el autor italiano rechaza “la hipótesis abstracta de un estado de naturaleza simple, primitivo” porque “no tendría nunca fuerza persuasiva alguna, y, por consiguiente, ninguna utilidad ni teórica ni práctica”. La prueba evidente de la pérdida de verosimilitud del estado de naturaleza como punto de partida hipotético, reside en el hecho del *continuo aumento* de la lista de derechos originariamente basada en dicha situación.¹⁶

La conclusión de Bobbio no obvia en ningún momento la importancia misma de las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII a la hora del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y del Estado en la que se basa la democracia, en oposición a la concepción orgánica propia de las Edades Antigua y Media, sino que, bien al contrario, las considera como el primero de los “tres acontecimientos que caracterizan la filosofía social de la Edad Moderna”.¹⁷

Sea como fuere, parece que la interpretación del ya referido estado de naturaleza no es unívoca, pero, pese a que los dos autores mencionados con anterioridad han

¹⁴ *Id.*, p. 321.

¹⁵ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, ed. Sistema, 1991, p. 120, trad. R. de Asís Roig.

¹⁶ *Id.*, p. 120.

¹⁷ Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, ed. Plaza y Janés, 1985, p. 26 (trad. J. Moreno).

rehusado basar sus argumentaciones teóricas en dicha “ficción” desde planteamientos bien diferentes, lo cierto es que podríamos considerar esa opción como minoritaria, ya que, de hecho, a lo que en verdad estamos asistiendo, es a una revitalización de la teoría del Contrato social, cuyo resultado no es otro que la proliferación de teorías modernas del contrato social o teorías neocontractualistas.¹⁸

Aunque, para autores como Gerald A. Cohen, la conexión conceptual no deja de ser una ilusión ideológica,¹⁹ conservadores y liberales neocontractualistas o no,²⁰ coinciden en la concepción global, conjunta e incluso genérica de propiedad y libertad, pero, mientras que en el ejemplo anteriormente citado de Lepage, se consideraba a la propiedad como parte integrante e indisoluble de la libertad.

Las nuevas teorías contractualistas, como pueda ser el caso de R. Nozick, comprenden la libertad como uno de los contenidos esenciales mínimos de la propiedad, aunque dicha asimilación se remonta a los siglos XV y XVI, y en particular a la obra Jean Gerson,²¹ el antecedente más elaborado de dicha noción de propiedad procede, sin duda, de las teorías contractualistas clásicas, en especial de la de Locke,²² a quien “se considera generalmente como el inventor de la filosofía liberal de la propiedad”,²³ dicha consideración general no impide, sin embargo, la existencia de fricciones entre algunos autores en cuanto a los límites y objetivos del análisis lockeano.

Muestra de esa variedad interpretativa son las diferentes reacciones que ha suscitado la *Teoría Política del Individualismo Posesivo* de Crawford B. Macpherson,²⁴ uno de cuyos principales méritos consiste en la vinculación y fundamentación filosófica de la democracia liberal, que impregnó todo el s. XVII, en el *Individualismo Posesivo* obra a la que, mientras Lepage achaca una lectura sesgada y estrecha de la propiedad lockeana determinada por la ideología “netamente marxista”²⁵ de su autor, Bhikhu Parekh,²⁶ por el contrario, concluye que en ella aparece un Macpherson “comprometido fundamentalmente en el

18 Vallespin Oña, Fernando, *Nuevas teorías del contrato social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan*, Madrid, Alianza Editorial, p. 189.

19 Cohen, Gerald A., “La apropiación en Nozick”, en *Zona Abierta*, núms. 51-52, abril-septiembre 1989, p.33.

20 Nos referimos de nuevo a Lepage.

21 Lepage, *op. cit.*, p. 77.

22 Su teoría de la propiedad se desarrolla en su obra *Segundo Tratado del Gobierno civil*. En este trabajo, se maneja la edición de Espasa Calpe, 1991, prologada por Joaquín Abellán.

23 Lepage, *op. cit.*, p. 76.

24 Macpherson Crawford, B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Barcelona, ed. Fontanella, 1970, trad. J.R. Capella.

25 Lepage, *op. cit.*, p. 80.

26 Parekh, *Pensadores políticos contemporáneos*, Bhikhu, Madrid, Alianza Universidad, 1986, p. 93, trad. V. Bordoy.

liberalismo y que absorbe la cantidad de marxismo que sus ideas liberales permiten” por lo que “no consigue trascender el marco liberal de pensamiento, ni proporcionar ninguna alternativa para ello”, de similar opinión es Juan Ramón Capella, quien también mantiene la pertenencia de Macpherson a la tradición liberal.²⁷

Ante esa disparidad de planteamientos quizás lo más conveniente y justo sea conocer directamente los contenidos más destacables, a nuestros efectos, del *Individualismo posesivo* cuyas siete características son refundidas por el propio autor en una proposición básica: “que el hombre es libre y humano en virtud únicamente de la propiedad de su persona, y que la sociedad humana consiste esencialmente en una serie de relaciones mercantiles”.²⁸

Sin embargo, y tal y como lo reconoce el propio Macpherson, los supuestos del individualismo posesivo no se presentan en Locke, a diferencia de Hobbes,²⁹ en su “estado puro”. Entre otros motivos, esa diferencia entre ambos podría explicarse teniendo en cuenta que el pensamiento de Hobbes domina, más bien, en la primera fase de la teoría del contrato, momento en el que se lucha contra las instituciones feudales; etapa que sucintamente podríamos caracterizar por la preponderancia del afán competitivo, la lucha por el máximo beneficio individual en el marco de una sociedad capitalista, aún no desarrollada pero sí en vías de consolidación, mientras que el arraigo de las proposiciones de Locke tiene lugar una vez que ya se ha producido el asentamiento definitivo del poder social y económico de la burguesía.

Aunque la construcción lockeana se basa en buena medida en las aportaciones hobbesianas y en las fundamentaciones políticas de Hooker,³⁰ no compartió con Hobbes el último paso de convertir las relaciones sociales en relaciones mercantiles cuyo único faro se reducía al ejemplo del mercado, pero ello no significa que sus aportaciones no hayan sido de todo punto esenciales para los postulados liberales,³¹ ya que tanto Hobbes como Locke fueron los “primeros en teorizar sobre el

27 Afirmación realizada por Juan Ramón Capella en la “Introducción” a la obra de Macpherson *op. cit.*, p. 9.

28 Macpherson, *op. cit.*, p. 231.

29 En este sentido, sirva de ejemplo una breve cita: “La valía o el valor de un hombre es, como en todas las demás cosas, su precio; es decir, lo que se ofrecería por el uso de su poder”, en *Leviatán*, (tr. A. Escohotado), Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 190. De similar opinión parece Macpherson para quien Locke fue menos lejos que Hobbes en su aceptación de los valores burgueses, *Ibid.*, p. 190.

30 Macpherson, *op. cit.*, p. 230. Las alusiones y referencias al juicioso Hooker, que introdujo en el s. XVII la tradición cristiana del derecho natural, son abundantes en el *Segundo Tratado*, *cf.* pp. 205, 213 y ss.

31 Son innumerables las investigaciones que reconocen el valor y la trascendencia de la contribución lockeana al libre mercado y por lo tanto al sistema capitalista, muestra de ello son los libros presentados hasta aquí en el presente trabajo entre muchos otros, como por ejemplo: Picó, J. *Teorías sobre el estado de Bienestar*, 2ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1990, p. 93.

liberalismo orientado hacia el mercado”,³² consiguiendo el primero con el perfeccionamiento del segundo construir el edificio de la teoría liberal inglesa.

Una de las nociones rescatadas por los teóricos del neocontractualismo, de gran importancia en las tendencias políticas actuales, es la de que cada ser humano posee un derecho de propiedad sobre sí mismo: “propiedad de sí”, si bien el desarrollo y la elaboración de la misma deben atribuirse a Locke, no debe hacerse lo mismo con su origen y autoría ya que las mismas se remontan al Renacimiento y a autores como Grotius. La aportación lockeana en este punto, contenida en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* concluye: “cada hombre es propietario de su propia persona, sobre la cual, nadie, excepto él mismo, tiene algún derecho”.³³

Ese mismo pasaje continúa con la demostración de que la propiedad de sí implica “naturalmente” la del trabajo realizado “por sí” y por añadidura, “naturalmente”, la de los frutos obtenidos por ese trabajo y la de la tierra con la cual se ha mezclado su labor.³⁴ Pero no se agota el concepto de propiedad en esos “fleclos” procedentes del trabajo “de sí”, sino que, como ya se dijo con anterioridad, vida, libertad y hacienda, así como su preservación, componen el régimen perfecto de los hombres en condiciones de igualdad.³⁵ La defensa de esta concepción amplia no escapa a cierta ambigüedad e incluso “confusión” reflejada en el hecho de que en ocasiones Locke no ha incluido en ella la vida y la libertad, lo cual en opinión de Macpherson trasluce la postura aun ambivalente entre “los valores tradicionales residuales y los nuevos valores burgueses”.³⁶

En todo caso, y reconocidas las posibles matizaciones, mientras que para Macpherson la *hazaña* de Locke consistió en acabar con las teorías restrictivas de la apropiación capitalista y con su fundamentación moral al aportar una inapreciable justificación moral a la sociedad capitalista, “eliminando todos los límites del derecho natural para el derecho de propiedad”,³⁷ para Lepage, Locke considera y mantiene las limitaciones a la propiedad como tan legítimas y procedentes de la ley natural como la propiedad misma, cuya utilidad es sólo de orden secundario y cuya única y verdadera justificación reside en la ley moral.³⁸

Quizás la piedra de toque sea, como casi siempre, el dinero, la moneda. Lepage interpreta la aparición de la moneda (en la teoría de Locke) como algo natural, y sin embargo, Macpherson interpreta que la aparición del dinero elimina, con

32 Parekh, *op. cit.*, p. 84.

33 Locke, *op. cit.*, cap. V, p. 223.

34 *Id.*, *op. cit.*, cap. V, pp. 223 y ss.

35 Locke, *op. cit.*, cap. VII, p. 265.

36 Macpherson, *op. cit.*, pp. 172 y 190; Locke, J., *op. cit.*, cap. XI, p. 305.

37 Macpherson, *op. cit.*, p. 173.

38 Lepage, *op. cit.*, p. 79 y ss.

consentimiento tácito, las limitaciones naturales de la justa: la limitación de la inutilización, la limitación de la suficiencia y la “supuesta limitación del trabajo”³⁹ dando entrada al *individualismo posesivo* necesario en esencia, a su juicio, para el funcionamiento de la sociedad de mercado.

Como consecuencia de la crisis del Estado del bienestar, a la que se ha hecho referencia, “la política de las sociedades capitalistas occidentales ha sufrido un desplazamiento hacia la derecha”,⁴⁰ la cual ha intentado resucitar a la sociedad civil,⁴¹ habida cuenta de que, como señala García Cotarelo, la irrupción del Estado en el ámbito de la sociedad civil ha constituido una de las causas de mayor irritación del pensamiento liberal tradicional en Europa,⁴² la enérgica propuesta conservadora mantiene su intención de despolitizar la economía y los problemas económicos mediante la “desregulación”,⁴³ puesto que se culpaba a la hipertrófica normativa asistencial de un doble efecto, por una parte, de crear expectativas imposibles de satisfacer desde la administración, pero además del fomento de la falta de incentivo empresarial en una sociedad en la que el éxito suele provenir más de concesiones, subvenciones y ayudas estatales que de estrategias de mercado.

Esta tesitura ha propiciado la creciente influencia de la política libertaria, cuya base fundamental es “la tesis de la propiedad de sí, según la cual todo ser humano es propietario moralmente legítimo de su persona y de sus capacidades”⁴⁴ como se deducirá el escenario en el que se van a pasar a desenvolver buena parte de los “actos” más importantes va a ser el mercado. La importancia que se va a otorgar al mercado va a ser visiblemente opuesta desde una u otra filosofía político-social, el paradigma de esta antagónica posición puede ser representado por el enfrentamiento entre movimientos ecologistas y aquellos defensores del sistema de propiedad privada que niegan cualquier jerarquización de los potenciales usos y abusos ejercidos sobre el medio ambiente que no provengan del precio que se esté dispuesto a pagar por unos u otros⁴⁵ ya que en su opinión, el “mercado, conserva más” siendo indiscutible “la superioridad del régimen de la propiedad privada en materia de gestión de recursos naturales”.⁴⁶ En realidad, lo que parece

39 Macpherson, *op. cit.*, pp. 177-185.

40 Cohen, *op. cit.*, p. 11.

41 Aunque no constituyan el tema de este trabajo ni la crítica al Estado del bienestar desde la izquierda, ni el intento de reconstrucción de la sociedad civil desde sus diversos planteamientos político-sociales, como puedan serlo el neocorporativismo o el auge de los valores posmateriales de C. Offe, no se debe cometer el error de ceñir ambas cuestiones a posiciones liberales o conservadoras.

42 García Cotarelo, *op. cit.*, p. 34.

43 López Calera, *op. cit.*, p. 27.

44 Cohen, *op. cit.*, p. 12.

45 Lepage, *op. cit.*, p. 267.

46 *Id.*, pp. 271 y 272.

subyacer bajo tales afirmaciones es la mitificación de “un derecho general a la no interferencia”.⁴⁷

El respaldo filosófico aportado en este sentido se basaría en que son ilegítimas aquellas obligaciones que, por no provenir de pactos voluntariamente asumidos, carecen de título moral y fundamentación política que justifique su imposición a los ciudadanos.

La única solución que evitaría dicho atentado contra la libertad sería la de reducir las obligaciones coactivamente exigibles únicamente a aquellas que quedasen comprendidas en un contrato libre “base de todas las obligaciones legítimas”.⁴⁸ A mi juicio, la proposición tiene un doble sentido, en el plano político-económico el de la vuelta al libre mercado y, en el plano filosófico, el del rescate de la fábula del contrato social.

En cualquier caso, y como dice Jesús Ignacio Martínez García, “el contrato es la fuerza vinculante de la ley pero no se presenta como hecho histórico”⁴⁹ y habida cuenta de que, por ende, “un contrato fingido no puede obligar”,⁵⁰ ¿cuál es el valor de la metáfora? Rechazado el contrato como hecho empírico, su fuerza se sostiene en el consentimiento tácito y supuesto respecto al marco político pero en la solidez de los acuerdos realmente voluntarios en lo concerniente a mercado, es decir, en la esfera mercantil la metáfora del contrato se apea del mero nivel hipotético, optando por la plena aplicación de la teoría del contrato.

La disyuntiva es clara y la elección necesaria, o se aplica la lógica de las instituciones de mercado o se favorece la dinámica de instituciones de no-mercado.⁵¹ En esta formulación parece concretarse buena parte de los problemas sociales con los que se enfrenta la Europa de hoy, cuyas democracias de providencia y bienestar han dejado de ser la solución para convertirse en el problema.

R. Nozick o la propiedad de sí para sí

Una de las alternativas más radicalmente antisociales es la ofrecida por R. Nozick en su obra *Anarquía, Estado y Utopía*⁵² publicada en 1974 muy poco

47 M. Scanlon, Thomas, “Libertad, contrato y contribución” en: *Mercado y Ética*, VV.AA., Madrid, Ed. Pirámide, 1980, p. 63, trad. P. Rodríguez Santidrián.

48 *Id.*, p. 68.

49 Martínez García, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Madrid, ed. Debate, 1992, p. 173.

50 *Id.*, p. 173.

51 El planteamiento abiertamente excluyente entre instituciones de mercado o de no-mercado es elegido por Scanlon en su artículo *Libertad, mercado y contribución* con el objetivo de enfrentar los dos polos opuestos que, a todas luces, representan los defensores del neoliberalismo y los partidarios de políticas redistributivas guiadas desde el Estado.

52 Se ha consultado la edición *Anarchie, Etat et Utopie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

después de que la crisis energética internacional embargara el futuro del Estado del bienestar y cuyo contenido se abordará brevemente.

El libro comprende tres partes bien diferenciadas. La primera de ellas se preocupa de la legitimidad del Estado mínimo, cuya construcción teórica se lleva a cabo desde un hipotético estado de naturaleza, en la segunda parte se trata de la deslegitimación de todo Estado que trascienda las funciones mínimas, consistentes en la protección contra el robo, el fraude, la ejecutoriedad de los contratos y otras similares. Se rechaza, en consecuencia, todo mecanismo de redistribución que suponga un aumento de dicha acción estatal por lesionar los derechos individuales, ya que serían de obligado cumplimiento obligaciones que en ningún caso hubiesen sido elegidas por los ciudadanos. En la última parte el autor presenta al Estado Mínimo como el Estado Ideal,⁵³ lo propone como marco idóneo para impulsar experimentos utópicos, es decir, no es ciertamente la utopía pero sí ciertamente el *framework for utopia*.

El trasfondo ideológico desde el que se elabora dicha teoría es: el desmontaje técnico del Estado, el *Welfare State*, por supuesto; la negación de la idea misma de la justicia distributiva y una crítica a la teoría de la justicia de Rawls.⁵⁴

Mientras que para la mayoría de la doctrina, la obra de Nozick se enmarca en el neocontractualismo,⁵⁵ para otros autores, como M. Jiménez Redondo la obra —*Anarquía, Estado y utopía*— contiene una negación sistemática de las teorías del contrato social, y, pese a verificar el uso recurrente por parte de Nozick al estado de naturaleza, lo engloba junto a Rawls en lo que él llama constructivismo cuya metodología permite que, desde dicho estado de naturaleza, y a través de un proceso inmaculado, en tanto en cuanto no viola los derechos de nadie, surja el Estado Mínimo.⁵⁶

En cualquier caso y desde cualquiera de las dos posturas, se reconoce que la formulación de Nozick⁵⁷ respecto al estado de naturaleza es, salvo algunas

53 No obstante, no sólo puede mantenerse la opción del E. Mínimo como un ideal, sino que también cabe, y así es sugerido por algunos autores, la defensa cuando menos o como "mínimo" de ese E. Mínimo, barrera de separación entre el E. y la anarquía. Esta sería, por ejemplo, la opción de Fernández García, Eusebio, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 38.

54 Jiménez Redondo, Manuel, *Constructivismo. Rawls y Nozick*, Universidad de Valencia, 1983, p.143.

55 En España dicha interpretación es defendida por ejemplo por Vallespín Oña en su libro *Nuevas Teorías del contrato Social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan*, Madrid, Alianza Universidad, 1985.

56 Jiménez Redondo, *op. cit.*, p. 144.

57 Con actualizaciones me refiero a que, como señala Vallespín Oña *Ibid.*, p. 151 incorpora a su modelo todas las características de una economía comercial avanzada, abstraída de todo intervencionismo estatal haciendo uso de mecanismos financieros y de terminología propia del mercado: empresas, compañías monopolistas y opigopólicas... a partir de la distinción realizada por Locke del estado de naturaleza en dos fases bien distintas: antes y después de la invención del dinero, a cuyo significado ya se hizo alguna referencia con anterioridad.

divergencias y actualizaciones, paralela a la de Locke,⁵⁸ quien define el estado de naturaleza como un estado de completa libertad para ordenar (los hombres) sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les plazca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona.⁵⁹

Pero cuando en un determinado momento del proceso de acumulación el estado de perfecta igualdad⁶⁰ desaparece las reglas morales ya no son suficientes y la mayoría de los hombres dejan de observar estrictamente los mandatos de la equidad y la justicia, por lo que resulta difícil e inseguro el disfrute de los bienes que cada cual posee, es entonces cuando los hombres del estado de naturaleza tienen un interés creciente en entenderse entre ellos para crear, por contrato una autoridad común... el Estado según propugna el contrato social lockeano.⁶¹

Pues bien, precisamente para superar dicha inseguridad, conservando todos los derechos individuales, Nozick va construyendo entidades y asociaciones que desembocan en el Estado.

En principio, y de forma espontánea se crean *asociaciones protectoras* de las cuales, el cliente que contrata sus servicios pretende que *la agencia* resuelva los enfrentamientos que pudieran surgir entre miembros de la misma o entre miembros y no miembros. Pero la agencia no tiene la exclusiva de esta protección porque los clientes no renuncian a ejercitar su derecho a la ejecución privada de la justicia frente a otros clientes de la misma.⁶²

Como es posible que surjan problemas entre miembros de distintas agencias y que éstas no alcancen una solución consensuada, lo que acabará ocurriendo es que una de las agencias coexistentes en un determinado territorio se convertirá en dominante, puesto que en su hipotética construcción, Nozick presume que las agencias actuarán de buena fe y dentro de los límites del estado de naturaleza lockeano, surgiendo así un embrión de Estado con funciones protectoras y semijudiciales⁶³ el cual concentrará la cuasi-monopolización de dichas funciones, es el estadio del *cuasi-Estado*.

Será en un segundo momento del proceso cuando un cambio cuantitativo en la posesión de la fuerza, el dominio absoluto de la misma, provocará un cambio cualitativo ya que la agencia dominante en una zona pasará a convertirse por ello en un auténtico Estado, habida cuenta que, al controlar todo el uso de la fuerza,

58 Rodilla, Miguel Ángel, "Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, p. 258.

59 Locke, *op. cit.*, cap. II, p. 205.

60 Locke, *op. cit.*, cap. II, p. 207.

61 Lepage, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

62 Vallespin Oña, *op. cit.*, p. 139.

63 *Id.*, p. 139.

estará en disposición de proteger a toda persona de su territorio. Pero en esta fase todavía es posible que existan independientes, es decir, aquellos que no contrataron los servicios de la agencia y en cuyo beneficio podrán aplicar la ley natural con la misma legitimidad que dicha agencia. En cualquier caso, la agencia no se encargará de su protección puesto que nadie asume la protección de terceros, es decir nadie paga por ello a menos que lo decida expresamente. Se ha llegado de este modo al *Estado ultramínimo* en tanto en cuanto no se han extendido sus servicios a toda la población.

A la solución definitiva del Estado mínimo se llegaría mediante una redistribución de la protección para independientes. La explicación que da Nozick de cómo se llega al Estado mínimo es tal y como él mismo reconoce una explicación de mano invisible (al estilo de Adam Smith) en tanto que se produce sin que nadie realmente lo intente.⁶⁴

¿Cómo conseguir que el paso del Estado ultramínimo al Estado mínimo sea una transición legítima? Se da en esta situación la concurrencia de tres condicionantes, en primer lugar los miembros de la agencia protectora monopolista harán intervenir a ésta frente a las acciones de los independientes en defensa de sus derechos, por otra parte, los independientes no se someten al procedimiento unitario previsto por la asociación para la defensa de los derechos de sus miembros, pero, y en tercer lugar, como toda persona tiene el derecho de no ver amenazados sus derechos, para poder privar legítimamente a los independientes de su peculiar acción de defensa será preciso compensarles las desventajas que ello produce. ¿Cómo? Extendiendo a todos ellos los servicios de la asociación dominante: así se ha llegado, por fin, al *Estado mínimo*.

La justificación de dicha prohibición a los independientes se basa en que a toda persona le asiste el derecho de impedir a los demás que lleven a cabo acciones peligrosas, procedimientos injustos o no suficientemente garantizados en la resolución equitativa de los conflictos. Como se verá, se habla de independientes como una pluralidad de individuos, rechazando implícitamente su configuración como comunidad, pues en la cumbre del individualismo más abstracto no hay ninguna entidad social con un bien,⁶⁵ lo cual es lógico, pues Nozick abandera una moral individual radical, en la que los únicos y auténticos titulares de derechos son los individuos, de forma que, lo único que legitima la

64 En este sentido, la argumentación de Nozick carece, en mi opinión, de solidez, puesto que, recogiendo la crítica de Vallespín Oña puede suceder que la mano invisible acabe lesionando los derechos individuales sin nadie realmente quererlo; por su parte, Rodilla duda de la utilidad de dicho tipo de argumentación, *op. cit.*, p. 262.

65 Vallespín Oña, *op. cit.*, p. 172.

actuación de la asociación protectora dominante es la delegación previa de los individuos en la asociación.⁶⁶

En todo momento priman los fines individuales, cuyo único límite es según la teoría de los límites laterales el respeto a los derechos de los demás.⁶⁷ Dicha teoría no debe confundirse con el utilitarismo, que es entendido por Nozick como una teoría de estados finales, donde por maximizar un determinado fin, por alcanzar una meta, pueden sacrificarse los derechos que fuese preciso, mientras que para Nozick, los individuos son fines en sí mismos y no medios, son inviolables.

Nozick fortalece su teoría de los límites laterales frente al utilitarismo mediante la concreción del contenido moral de los derechos, ese contenido, que se sitúa entre los límites libertarios, se concreta, como corresponde a cualquier variante del individualismo-liberalismo, en obligaciones negativas: no agredir físicamente a nadie, no utilizar a nadie en beneficio de otro u otros y, además, no al tratamiento paternalista. La salvaguarda de dichos derechos es la única exigencia moral imponible a cualquier sistema social.

El individualismo llega a todos los rincones, pues no caben posibles delegaciones en favor de una u otra agencia protectora por razón de la clase social a que se pertenezca, puesto que es consustancial del estado de naturaleza originario la identidad de intereses, intereses que no son otros que la eficacia de gestión —la opción por la lógica de las instituciones de mercado no deja lugar a dudas.

La construcción no es la de un contrato social en el sentido clásico, según las palabras de su autor el proceso no se parece en nada a un acuerdo conjunto unánime para crear un gobierno o Estado, sino que bien al contrario, se trata de un proceso espontáneo e inevitable, como ya se dijo, al estilo de la mano invisible, aspecto duramente criticado por la doctrina.

Volviendo de nuevo a la estructura del libro que nos ocupa, en la segunda parte, su autor proyecta su argumentación hacia la ilegitimidad de todo Estado que sobrepase las funciones encomendadas al Estado mínimo.⁶⁸

La piedra de toque de esta parte es su teoría de la justicia, que casi completamente reducida a su teoría de la apropiación, está decisivamente influida por la teoría de la propiedad de Locke: Cada hombre es propietario de su persona, sobre la cual nadie, excepto él mismo tiene ningún derecho. Podemos añadir a lo anterior que el trabajo de su cuerpo y la labor de sus manos también son suyos.⁶⁹

⁶⁶ Este sería uno de los numerosos ejemplos de alarde del protagonismo de los mecanismos de derecho privado sobre los públicos.

⁶⁷ De igual opinión es Rodilla, quien comprende el individualismo iusnaturalista de Nozick como "un sistema de barreras", *Ibid.*, p. 254.

⁶⁸ Entiéndase que la justificación del Estado elaborada por Nozick no es histórica sino moral, en este sentido, *cf.* Rodilla, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁹ Locke, *op. cit.*, cap. V, p. 223.

Una aguda crítica a dicha forma de apropiación aparece en el ya citado artículo de Cohen “La apropiación en Nozick”, en el que, de entrada, se enmarca al filósofo de Harvard en el libertarismo, cuya epopeya consiste en avalar moralmente a los propietarios para adquirir importantes recursos, sin que la desigualdad así generada pueda ser tachada de injusta o ilegítima, pues para que algo sea justo es suficiente con que surja de una situación justa por pasos justos.⁷⁰ Esta justicia procesual se concreta en tres supuestos: justicia de las adquisiciones, de las transmisiones y en la rectificación de las posibles injusticias.

Cohen reprocha a Nozick la falta de exhaustividad respecto a las restricciones de la apropiación y la falta de claridad respecto a las alusiones a Locke, en el sentido de que no se distingue claramente cuándo acude a aquél y cuando es elaboración propia. A pesar de lo cual parece deducirse que la condición restrictiva a la justa apropiación impuesta por Nozick es más laxa y débil que los imperativos lockeanos.⁷¹

Mientras que para Locke la condición de la apropiación es que exista la cosa en la suficiente cantidad para que la usen los demás,⁷² Nozick le dota de un contenido y una extensión distintas.⁷³ cualquier adquisición será legítima si por ello nadie resulta en peligro de perder su vida y mientras pueda mantenerse que, en general, nadie sufre una pérdida neta como consecuencia de la apropiación de otro.

Pese a dicha laxitud tampoco se trata, como se dijo, de una argumentación utilitarista, porque no se dice que el sistema de propiedad privada por ser el mejor debe ser el único, sino que lo que Nozick dice es que, aunque existan personas no propietarios, el sistema de propiedad privada no debe sustituirse, de nuevo prima aquí el derecho de los individuos a adoptar decisiones privadas.⁷⁴

Los mayores escollos a la hora de la aplicación de la “cláusula lockeana” surgen en la actualidad con respecto a los recursos naturales, ¿a quién atribuir la titularidad de los mismos? Frente a este dilema caben fundamentalmente tres posiciones; la de Nozick consistente en suavizar la apropiación directa mediante dicha cláusula lockeana; ésta sería una posición intermedia entre la mantenida por Cohen, quien proclama la propiedad pública de todos los bienes externos, y la de autores como Israel Kirzner y Hillel Steiner quienes defienden sin paliativos una apropiación originaria no suavizada “el que primero llega, se sirve”, no podría ser de otro modo

70 Vallespín Oña, *op. cit.*, p. 158. Evidentemente se trata de una concepción procesual de la justicia en la que el fondo se diluye en la forma.

71 Cohen, *op. cit.*, p. 20 y ss.

72 Locke, La teoría de la adquisición aparece a lo largo del capítulo V, del Segundo Tratado.

73 Macpherson, *op. cit.*, p. 162.

74 Vallespín Oña, *op. cit.*, p. 160.

si lo que se pretende es legitimar los resultados de la distribución del capitalismo salvaje.⁷⁵

Los no propietarios o proletarios no son para Nozick víctimas de una injusticia, sólo lo serían si su actual condición fuera peor de la que les hubiera correspondido en el sistema de común propiedad lockeana, según el cual:⁷⁶ la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen a todos los hombres en común, el agravio comparativo parece para el autor imposible.⁷⁷

Pero Nozick no se contenta con aceptar como única alternativa al capitalismo el sistema de la común propiedad lockeana ya mencionado (con toda la carga hipotética que ello supone), sino que además, prescinde del valor concedido por los no propietarios a las relaciones de poder y por tanto a sus libertades concentrándose únicamente en los resultados económicos.⁷⁸

Lo cual no le impide cimentar su construcción sobre la base de que el proletario es libre porque es dueño de sí mismo y sólo ello le permite vender diariamente su fuerza de trabajo.⁷⁹

Distingue Nozick dos supuestos bien diferenciados en virtud de la relación contractual del no propietario con el mercado: aquellos que efectivamente han vendido su fuerza de trabajo obtendrán gracias al sistema capitalista probablemente más de lo que hubieran podido obtener en el tosco estado de naturaleza y en cuanto aquellos que no han conseguido venderla, aun considerando la extrema posibilidad de su muerte por falta de asistencia (téngase en cuenta que el Estado propuesto por Nozick es no asistencial) su situación no sería adicionalmente peor pues probablemente también hubieran muerto en el estado de naturaleza.⁸⁰

La intención de promover la igualdad imponiendo gravámenes a la propiedad privada es, como fácilmente se deducirá a estas alturas, una violación e intromisión inaceptable en la libertad y propiedad de los individuos. Lo que late tras dichas afirmaciones es la negación de la redistribución, se rechaza frontalmente el carácter social de la justicia desvirtuando toda toma de decisiones social.⁸¹

El autor sostiene de forma concluyente que no existe mecanismo de reparto central ni persona ni grupo alguno facultado para controlar todos los recursos y decidir en bloque cómo han de distribuirse,⁸² todo lo cual no deja de ser una antítesis

⁷⁵ Para profundizar más en estas disquisiciones. *Cfr.* Philippe van Parijs, *¿Qué es una sociedad justa?*, tr. J. A. Bignozzi, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 116 y ss.

⁷⁶ Cohen, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ Locke, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁸ A juicio de Cheney C. Rian Nozick olvida sistemáticamente que la institución de la propiedad privada implica, por sí misma, una interferencia continua en la libertad de la mayoría, en Lepage, *op. cit.*, p. 319.

⁷⁹ Cohen, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰ *Id.*, p. 29.

⁸¹ Vallespin Oña, *op. cit.*, p. 160.

perfecta al fundamento hegeliano del Estado quien superando una sociedad basada en el egoísmo puro precisa justamente del Estado para representar el interés general sobre las pretensiones en conflicto de los intereses privados.⁸³

Pese a la lógica de la tesis de que las desigualdades económicas conducen (al menos potencialmente) a conflictos políticos y sociales, o tal vez por el trasfondo marxista de dicho planteamiento, Nozick propone el antídoto del Estado Mínimo como la mejor forma de curar la falta de neutralidad del Estado.⁸⁴

Nada más lejos de la función legitimista del Estado mantenida por J. O. Connor y satisfecha a través de sus gastos sociales, entendidos como los proyectos y servicios necesarios para el mantenimiento de la armonía social, buen ejemplo de lo cual sería la asistencia social cuyo objetivo principal es mantener la paz social entre los trabajadores en paro.⁸⁵

Uno de los argumentos de su repertorio para rechazar la redistribución, consistente en que a la larga acaba beneficiando más a las clases medias que a las pobres,⁸⁶ es curiosamente compartido por C. Offe para quien dichas clases medias adicionalmente favorecidas serán paradójicamente las más empeñadas en el desmontaje de la redistribución a través de la desestimación del Estado de bienestar.⁸⁷

Por último, en la tercera parte del libro se reflexiona sobre un marco para la utopía. No se trata de un análisis de la utopía en el sentido clásico sino de un recurso metodológico tendente a demostrar que el único marco posible para la utopía es el Estado mínimo.

Desde un planteamiento radicalmente individual se intenta construir una organización sociopolítica en la que todas las personas puedan alcanzar o al menos aproximarse a su ideal de bien,⁸⁸ el mejor mundo de los posibles.⁸⁹

En este planteamiento el mayor problema lo constituye la posible diversidad e incluso multitud de mejores mundos posibles, por ello será necesario lograr una asociación estable,⁹⁰ es decir, un mundo feliz en el que ninguno de sus habitantes pueda imaginar un mundo alternativo en el que prefiera vivir,⁹¹ pese a ello, a cualquier sujeto le asiste el derecho a emigrar en el caso de que prefiera una

82 Jiménez, Redondo, *op. cit.*, p. 172.

83 Clarke, Simón, "Estado, lucha de clases y reproducción del capital", *Capitalismo y Estado*, VV.AA., Madrid, ed. revolución, 1985, p. 56.

84 Jiménez, Redondo, *op. cit.*, p. 205.

85 O Connor, James, *La crisis fiscal del Estado* (tr. G. Di Masso et alter), Barcelona, ed. Península, 1981, p. 27.

86 Nozick, *op. cit.*, p. 335.

87 Offe, *op. cit.*, p. 205.

88 Jiménez, Redondo, *op. cit.*, p. 207.

89 Nozick, *op. cit.*, p. 376.

90 *Id.*, p. 373.

91 Vallespin Oña, *op. cit.*, p. 169

comunidad distinta a la suya para vivir.⁹² El efecto más importante de semejante derecho a la emigración es el teórico, al convertir todas las instituciones legítimas en otras que se aproximen a un sistema de contrato libre del tipo que favorecen los defensores del mercado.⁹³ Todo lo cual, sin embargo, no soluciona el caso de aquellos para quienes la emigración no resulta una alternativa práctica.⁹⁴

Como era de esperar, el Estado habrá de mantener en este contexto una posición totalmente neutral ante las distintas comunidades respecto a las posibles invasiones o perjuicios de unas a otras, desarrollándose un mecanismo contractual de carácter preventivo para tales casos⁹⁵ ya que no cabrá una compensación por los daños *a posteriori* puesto que como se dijo con anterioridad no hay ninguna entidad social con un bien.

Contra este mecano intelectual no carente de desorden⁹⁶ en el que su autor ha suprimido aquella parte de la realidad que le disgusta⁹⁷ arguye M. Jiménez Redondo que no existe ninguna evidencia histórica de que la dinámica del principio liberal abandonado a sí mismo en el sentido de una privatización de la existencia frente a un Estado guardián —*Watchman State*— tenga que traducirse en la estructuración del orden social que Nozick nos promete. La experiencia histórica es muy distinta.⁹⁸

Para Jiménez Redondo el fracaso a que condujo el Estado que entre nosotros más se ha parecido al Estado mínimo de Nozick es innegable ya que, al conducir a un orden social estancado en clases durante largo tiempo, se redujeron demasiado las posibilidades para la experimentación utópica en los distintos órdenes de la vida.

Lo que parece indudable, es que la construcción de R. Nozick es fácilmente instrumentalizable por aquellas personas o grupos cuyos intereses propios no coinciden con el imperativo de la cooperación o solidaridad social⁹⁹ o lo que es lo mismo, por aquellos que reducen y hacen reducir la propiedad de sí para sí premiando el valor económico de la diferencia sobre el político de igualdad.

92 Nozick, *op. cit.*, pp. 365 y ss.

93 Scanlon, *op. cit.*, p. 74.

94 *Id.*, p. 74.

95 Nozick, *op. cit.*, pp. 385 y ss.

96 Cohen, *op. cit.*, p. 35. y Rodilla *op. cit.*, p. 254.

97 Vallespin Oña, *op. cit.*, p. 151.

98 Jiménez Redondo, *op. cit.*, p. 212.

99 Vallespin Oña, *op. cit.*, p. 157.

O DISCURSO NEOLIBERAL: REFLEXOS JURÍDICOS¹

Eros Roberto GRAU²

RESUMEN: El derecho es visto en este artículo como equivalente a políticas públicas. El texto analiza las ideas neoliberales y el concepto de libre mercado. Sobre esta base, analiza la desregulación como una antítesis del llamado derecho moderno, y enfatiza alguna de sus contradicciones.

ABSTRACT: Law is referred to as a public policy. The text analyses neo-liberal ideas and the free market concept. It then analyses deregulation as an antithesis of the so-called modern law and points out some of its contradictions.

1. Tenho reiteradamente afirmado, em outras oportunidades, que o Estado do nosso tempo o *Estado contemporâneo* é, fundamentalmente, Estado implementador de *políticas públicas*.

Penso, aqui, originariamente, a noção de *Estado moderno*, produzida a partir da Revolução Industrial e da Revolução Francesa. O *Estado moderno* nasce e se afirma como produto do capitalismo, ainda que se possa encontrar os primeiros traços do esboço de seu perfil em momentos históricos anteriores. Cumpre as funções de instalação das condições indispensáveis à produção capitalista e de produção de normas jurídicas necessárias à fluência das relações econômicas (*segurança e certeza jurídicas*) e de arbitragem dos conflitos individuais e sociais (*ordem e segurança*).

Esse modelo inicial de Estado no entanto evolui, até aquele que se identifica como *Estado do bem estar (Welfare state)*, hoje em declínio.

No obstante, devemos ainda insistir na afirmação de que o *Estado contemporâneo* é, fundamentalmente, Estado implementador de *políticas públicas*.

2. Evidentemente e isso nem seria necessário salientar, visto ser óbvio refiro-me, aqui, a um *modelo ideal* de Estado, qual me refiro, também aqui, a *modelos ideais de direito e de capitalismo*

1 Contribuição ao workshop «Derecho y Política: las transformaciones del Estado y las políticas neo liberales», sob a coordenação de Oscar Correias, em Oñati, Espanha, 29 e 30 de junho de 1993.

2 Universidade de São Paulo.

Em cada sociedade manifesta-se um *determinado direito* (*direito posto* = *direito positivo*), diverso e distinto de outros *direitos* (*direitos postos* = *direitos positivos*) que se manifestam em outras sociedades.

A análise histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção pertence um *direito* próprio e específico. Em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela; isso porque toda formação social autoriza diversos modos de produção e relações entre modos de produção³. Ora, ainda que domine, nela, o *direito* do modo de produção dominante, o *direito positivo* [*direito moderno, direito posto pelo Estado*] de cada sociedade é resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção.⁴

Essa circunstância é que explica a especificidade de cada *direito positivo*, em cada sociedade. No se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupe a existência do *seu direito*, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se um *determinado direito*, produto da coexistência do *direito* do modo de produção dominante nessa sociedade com os *direitos* próprios a outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.

Por isso não há que falarmos, concretamente, no “*direito*”, senão nos “*direitos*”. o *direito*, produto de uma determinada cultura, não pode ser concebido como *universal e atemporal*. A cada sociedade corresponde um *direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios. No obstante podemos, no plano do abstrato, falar em certos *modelos de direito*.⁵ Assim, de uma parte dizemos que o *modelo de direito* conhecido e praticado no tempo em que vivemos é o *direito formal* (*modelo de direito formal*). Desde outra perspectiva, diremos que esse *modelo*, conhecido e praticado em nosso tempo, é o *direito moderno*.⁶

Dai também porque cumpre falarmos *dos capitalismos* e não *do capitalismo* (repeto: em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela; isso porque toda formação social autoriza diversos modos de produção e relações entre modos de produção; logo, em cada sociedade capitalista se manifesta um *capitalismo*, resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção).

3 Cfr., Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, t. 2, p. 184.

4 Vide Nicos Poulantzas, A propos de la théorie marxiste du droit, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1967, t. XII, pp. 154/155.

5 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), 2a edi, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 20/21.

6 Vide meu «A dupla desestruturação do direito», contribuição ao workshop, *El papel del derecho en la Post-Transición Democrática*, sob a coordenação do Prof. Carlos M. Cárcova, em Oñati, Espanha, 1 e 2 de julho de 1993.

3. A expresso *política pública* designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre *Estado e sociedade*.⁷

Assim, toda atuação estatal é, neste sentido, expressiva de um ato de *intervenção*. O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, *intervindo* na ordem social. A mera produção do *direito* (onde a instauração de uma ordem jurídica *estatal*), a simples definição das esferas do privado e do público esta última concebida como o universo dentro do qual gravitam os interesses tidos como públicos (e que, por isso, encarnam “*questes públicas*”) desde logo consubstanciam expressões de atuação *interventiva* estatal.

É fora de dúvida, de toda sorte, que o Estado instituição somatório de instituições na sociedade inseridas esteve sempre a “*intervir*” na ordem social e, por isso, a desenvolver *políticas públicas*. O advento, neste século, do Estado “*intervencionista*” desencadeia, contudo, um verdadeiro *salto qualitativo*, que informa, enriquecendo-o, o conteúdo de suas atuações.

4. A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal. A economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para o que é chamado a atuar o Estado. A “*mo invisível*” de Smith é substituída pela *mo visível* do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais se tenham dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da *economia política* caminhássemos para a *política econômica*.

Deixa o Estado, desde então, de “*intervir*” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* atua não apenas como *terceiro-árbitro* mas também como *terceiro-ordenador*.

Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das *políticas econômicas*; antes, de modo mais amplo, englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*). A expresso *políticas públicas*, assim, designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida

⁷ O modo de produção capitalista supe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Dai porque se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele “*intervem*” e cumpre papel de “*regulação*” da economia (Nicos Poulantzas, “*Les transformations actuelles de l’Etat, la crise politique et la crise de l’Etat*”, in *La crise de l’Etat*, 2a. ed., Paris, PUF, 1977, p. 33).

social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma *política pública* o direito é também, ele próprio, uma *política pública*.

Uma das características produzidas por aquele *salto qualitativo* encontra-se na circunstância de romper-se a rigidez da separação entre *Estado e sociedade*, qual cristalizada no momento inicial, *liberal*, do Estado.

5. O discurso neoliberal postula o rompimento da concepção de *Estado do bem-estar*.

Esse discurso é projetado desde um quadro de transformação que se opera na base econômica a revolução da informática, da microeletrônica, das telecomunicações. Um passo histórico foi consumado e esse é um dado da realidade. O capitalismo se transforma ao tempo em que fracassam as experiências do chamado “*socialismo real*” e isso o “*reforça*”. Reestrutura-se a nível planetário, no advento de uma *poliarquia global*,⁸ internacionalizada, globalizada.

Essa transformação histórica reclama análises empreendidas a partir de novas categorias epistemológicas, necessárias não apenas à *explicação*, mas sobretudo à *crítica* do discurso.⁹

Ao jurista parece-me deve importar imediatamente a afirmação, enunciada naquele discurso, de “*mais sociedade, menos Estado*”.

6. Penso, no obstante, estarem a olvidar, os áulicos do neoliberalismo, que o *Estado do bem-estar* ainda é uma máquina essencialmente capitalista.

A reafirmação da excelência do *mercado livre*, entendo deva ser objeto de detida reflexo.

De outra parte, embora não seja este o momento adequado para uma análise das virtudes e das desvantagens do cumprimento, pelo Estado, de suas *funções* de *integração* e de *modernização capitalista* [esta análise seria tardia, mesmo porque o mundo, a esta altura, já está dividido entre Estados nos quais o capitalismo manifesta-se integrado e modernizado e Estados em que isso não ocorre] importa considerarmos que o intervencionismo estatal e as políticas de subsídios praticadas no Terceiro Mundo, à custa de um violento endividamento social, fracassaram: o Terceiro Mundo não se modernizou. Mas, se isso ocorreu entre nós, que cá vivemos, no Terceiro Mundo, o inverso se manifestou acima do Equador; pois é justamente

⁸ Expresso de que lança mo Juan Ramón Capella em texto inédito “Deemocracia más allá de la soberanía” discutido no Centro de Investigaciones Jurídicas da UNAM, México, em seminário realizado em abril de 1993.

⁹ Será no mínimo ingênua a suposição de que o discurso neoliberal reproduz o individualismo possessivo em sua pureza; o fenômeno reclama reflexo, prática aparentemente em desuso.

o perfeito desempenho, lá, dessas funções, que viabiliza seja o discurso neoliberal, lá, fluentemente pronunciado.

Logo, se esse é o discurso da *modernidade* (ou da *pósmodernidade* ?), como se propala, cumpre indagarmos o que significa, atualmente, nos quadros da natureza singular do presente, ser *moderno*.¹⁰

Modernos so a economia japonesa e os regimes de protecionismo econômico interno europeu e norte-americano, *que no fazem nenhum exemplo de mercado livre*.

De modo que ser *moderno*, hoje, é no mínimo já ter consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja e uma vigorosamente racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação; de que os postulados da racionalidade dos comportamentos individuais, do ajuste espontâneo das preferências e da harmonia natural dos interesses particulares e do interesse geral so insuficientes; de que os fenômenos de dominação desnaturam o mercado. Assim, parece-me que a opção por um *mercado livre*, hoje, apenas no corresponde a uma aspiração de volta ao passado porque em verdade os mercados jamais funcionaram livremente. A noção de *mercado livre* tem sentido única e exclusivamente enquanto expressiva de um *tipo ideal*. O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o *Estado moderno*, em última instância, é produzido pelo capitalismo.

Dai também porque o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que no prescinde de uma ordem jurídica estatal, cujo modelo projeta um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (*perante a lei*), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que se compe nesse modelo há de ser abstrata e geral e, em um primeiro momento, a essa ordem jurídica é atribuída a função de viabilizar a circulação mercantil. Apenas em um segundo momento, marcado pelo fenômeno do advento das crises nos processos de mercado, essa mesma ordem jurídica passa, ademais disso, a ser manipulada pelo Estado como instrumento de implementação de suas políticas, em última instância voltadas à superação das crises e à preservação dos mercados.

7. É necessário, pois, precisarmos o significado veiculado pela expressão “*mercado livre*”.

¹⁰ Os neoliberais, sobretudo, fazem uso da dicotomia arcaico/moderno, preferindo-a, em relação à dicotomia esquerda/direita, para evidenciar diferenças entre idéias e homens; nesse quadro, imediatamente associam a atuação estatal na e sobre a economia ao arcaico, indicando como expresso do moderno os ideais da livre empresa e da livre concorrência.

“*Mercado livre*” pode, por um lado, expressar estereótipo que se coloca em oposição ao modelo de *Estado moderno*. A *crise* do nosso tempo é, em sua origem, no *crise* da intervenção estatal *na e sobre* a economia,¹¹ porém *crise do Estado*.

O que se encontra enterrado sob o muro de Berlim tenho reiteradamente repetido é esse *modelo de Estado*. Da *crise* do Estado decorre no apenas a *crise* do socialismo, mas uma outra *crise*, mais ampla, que abrange os sistemas econômicos apoiados sobre aquele modelo de Estado, o *direito formal*¹² e os próprios mercados.

“*Mercado livre*”, expresso tomada sob essa conotação, há de ser então concebida como idéia de correção menos da intervenção estatal do que da própria *noção de Estado*, do que há de sobrevir no a destruição, mas a constituição de um *novo modelo de Estado*. Neste sentido, ao que tudo indica, caminhamos.

Se, no entanto, a expresso “*mercado livre*” for usada sob conotação indicativa de um retorno ao passado, neste caso nem será necessário que a afastemos, pois a realidade histórica e basta lembrar as experiências, recentíssimas, inglesa e norte-americana recusa as postulações ideológicas por ela veiculadas.

8. Habermas, no seu texto sobre a *crise* de legitimação do capitalismo tardio,¹³ observa que, diante das *crises*, o Estado passa a perseguir o fim declarado de conduzir o sistema econômico, visando evitá-las. Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal.

Em primeiro bloco, as atividades de *constituição e preservação* do modo de produção, de sorte que certas premissas da existência contínua do sistema sejam realizadas (v.g., legislação anti-trust, estabilização do sistema monetário).

Em um segundo grupo, as atividades de *complementação* do mercado, de modo que o sistema jurídico seja adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento.

Um terceiro bloco compreende as atividades de *substituição* do mercado, em reação frente à debilidade das forças motrizes econômicas (v.g., qualificação de mo de obra, estímulo ao desenvolvimento tecnológico).

No quarto, finalmente, as atividades de *compensação* de disfunções do processo de acumulação (o Estado assume efeitos externos da economia privada; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados; implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores).

11 Vide nota (7).

12 Vide meu A dupla desestruturação do direito, citado na nota (4).

13 *Legitimations probleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, pp. 77/79.

As duas últimas modalidades *substituição e compensação* Habermas as identifica como típicas do capitalismo organizado.

9. As observações até este ponto enunciadas me permitem tomar como objeto de perquirição um dos aspectos que, no quanto mais diretamente importa ao jurista, tenho como relevante. Refiro-me à afirmação de “*mais sociedade, menos Estado*”. A busca de “*mais sociedade, menos Estado*” supe a substituição da *regulação estatal* [= *regulamentação*] por *regulações sociais*.

Aí a “*deregulation*” dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo “*regulação*”.¹⁴ E, nisso, a estruturação de uma nova *teoria do direito*.¹⁵ Uma teoria *sistêmica* que pressupe a *harmonia dos interesses* e a possibilidade da construção (através de “*mo invistível*”?) do *coletivo* a partir do *individual*; teoria, vê-se para logo, estruturada desde uma viso estática e conservadora da ordem social. Essa teoria a *teoria da regulação* ao supor seja a sociedade auto-sustentável, prope a *regulação* a partir “*de dentro*” (substitui a *exoregulação* pela *endoregulação* ou *autoregulação*) e, ao dispensar a participação do Estado (também) como agente de produção do *direito moderno*, deita por terra a concepção da “*volonté générale*”, ignora a correlação entre *direito* e *violência*¹⁶ e a noção de *interesse público* recuperada como *interesse social* e predica serem todos os homens dotados da sabedoria da *prudência*.

So inúmeros, aqui, os pontos que reclamam reflexo, mas que, no espaço desta minha exposição, apenas brevemente cabe mencionar, um ou outro.

De uma parte, indagaría eu se, de fato, o apelo à *regulação* está fundado na suposição de que o capitalismo pode prescindir do *direito moderno*.¹⁷ Isso no me parece crível, visto que o *direito moderno* funciona como verdadeira *política pública*, da qual lança mo o Estado para *preservar* os mercados; e isso, mesmo depois que “*os bárbaros se foram...*”¹⁸. O *direito moderno* é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo no dos socialistas, mas dos capitalistas... Dizendo-o de outro modo: a destruição do Estado hoje, no momento histórico

14 Como os norte-americanos usam o vocábulo “*regulation*” para significar o que designamos “*regulamentação*”, “*deregulation*”, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo “*regulação*”; vale dizer: a “*deregulation*” dos norte-americanos está para a “*regulation*” assim como, para nós, a “*regulação*” está para a “*regulamentação*”.

15 Note-se que a *regulação* pode ser tomada tanto como *objeto* [a prática da *regulação*] quanto como *teoria do social*.

16 Vide, por todos, Eligio Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Bari, 1992, especialmente p. 18 e ss.

17 A respeito do direito moderno, vide meu *A dupla desestruturação do direito*, citado na nota (4).

18 Vide Norberto Bobbio, *O reverso da utopia*, in “*Depois da queda*”, Robin Blackburn (org.), trad. de Maria Inês Rolin, Paz e Terra, São Paulo, 1992, p. 20.

presente, pelo capitalismo, consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados, os mercados, à mercê dos capitalistas...

Por isso mesmo, e porque estou convencido de que a proposta da *regulação* é *ambígua* o movimento [da *regulação*] no postula a *anomia* nos mercados, porém *novas modalidades de regulação*,¹⁹ mais eficientes a *teoria [jurídica] da regulação* no é consistente. Consistente, no sentido de que *no prope a excluso do terceiro-ordenador* [o Estado, que é também *terceiro-árbitro*]. Ou o *prope*? Se é isso o que *prope* e isso é mais grave do que tudo nisso e com isso estará a escamotear a imagem de um *terceiro-ordenador* (o “*grande irmo*”, comandante em chefe da *poliarquia* [Capella]), qual, é óbvio, pretende escamotear o conflito.

De outra parte, da trilha que aparentemente estamos a palmilhar, na construção de uma grande Idade Média, vê-se bem as pedras quando visualizamos, na *regulação* aplicada à organização da atividade econômica (aqui como *autoregulação*), a institucionalização de autênticas *corporações de ofício*. A *contradição* que é própria dele neste passo aparece inteiramente desnudada: quem poderia supor que uma das manifestações do *discurso neo-liberal*, a da *autoregulação*, conduzisse justamente a um retorno às *corporações de ofício* (!!!); o capitalismo no perde o pêlo...

10. Que no fique, de modo nenhum, a impresso de que desenvolvo discurso, irreversível, de radical oposição a essa teoria.

A História ensina que nada é irreversível. O cotidiano tem me dado provas de que apenas os que já no pensam so proprietários de certezas. Mantenhome na expectativa dos efeitos que a prática da teoria produzirá.

De toda sorte, embora seja capaz de admitir possa a teoria ser aplicada de modo socialmente adequado às relações de *comunho de escopo* travadas entre os homens, penso ser ela de todo inadequada àquelas que denominamos *relações de intercâmbio*. Nas primeiras, as vontades dos que entram em relação caminham paralelas; nas segundas, essas vontades se encontram em oposição.²⁰

¹⁹ Vide meu A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), cit., pp. 47/52.

²⁰ Refiro-me à distinção que ope os contratos de intercâmbio e os contratos de comunho de escopo, equacionada por von Jhering em seu monumental *Der Zweck im Recht (Erster Band, Zweite Umgearbeitete Auflage, Britkopf & Härtel, Leipzig, 1884, pp. 212/213)*. Nos contratos de intercâmbio os interesses das partes esto em contraposição, polarizados. Cada parte persegue os seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é o meu lucro (sein Schaden mein Gewinn). Nos contratos de comunho de escopo von Jhering refere-se aos contratos de sociedade os interesses dos contratante so paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (sein Vorteil mein Vorteil, sein Vorteil sein Vorteil). A distinção, em verdade, fora já discernida por Grotius, no século XVII, como observa Ascarelli (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito*

Isso me permite afirmar que embora o recrudescimento da ideologia do *mercado livre* possa, de fato, induzir a redução de inúmeras das funções do Estado inclusive a de produção do *direito moderno* em determinados setores, a sua função de *exoregulação* do mercado ha de subsistir, em benefício do mercado. Refirome especialmente à quarta categoria de atividade estatal enunciada por *Habermas*, a de *compensação* de disfunções no processo de acumulação.

Atuação do Estado para o fim de *compensar* essas disfunções é ainda indispensável a produção do que temos designado *direito moderno*. E tudo me faz crer assim o Estado no se afastará (ou no será afastado), para os no *regulamentar*, seno de setores que possam persistir desregulamentados sem comprometimento do dinamismo dos mercados. Ademais, insisto, penso ser, a *regulação*, inteiramente inadequada à ordenação das relações sociais que designamos como *relações de intercâmbio*.

11. A quantos estejam envolvidos com o *direito*, pretendendo dele cogitar no apenas como *técnica*,²¹ incumbe refletir a respeito da racionalidade do discurso neoliberal e desse seu desdobramento, a noção de *regulação*.

Poderemos eventualmente encontrar aí uma via à estruturação de um *novo direito*. Ou, talvez, apurar que precisamente esta, a da *regulação*, é, para tanto, a via a no ser percorrida...

Comparado, 2a ed., Saraiva, São Paulo, 1969, p. 255): os contratos de intercâmbio dirimunt partes, os de comunho de escopo communionem adferunt. Se nos contratos de intercâmbio o elemento fundamental é o sinalagma vinculo de reciproca dependência entre as obrigações do contrato bilateral na associação, como na sociedade e no consórcio, o elemento fundamental é o escopo (objetivo) comum (Vide Fbio Konder Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 137 e *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 44). Daí a observação, ainda de von Jhering (*op. cit.*, p. 208); o contrato de intercâmbio tem por pressuposto a diversidade, enquanto que o contrato de sociedade contrato de comunho de escopo a identidade de objetivo.

²¹ Vide meu *A dupla desestruturação do direito*, citado na nota (4).

LA PROPIEDAD INMATERIAL DE LOS GRUPOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Hedwig A. LINDNER LÓPEZ
José Emilio R. ORDÓÑEZ CIFUENTES

SUMARIO: I. *Marcas*; II. *Avisos comerciales*; III. *Nombres comerciales*; IV. *Patentes de invención*; V. *Modelos de utilidad*; VI. *Secretos industriales*; VII. *Certificado de protección de variedad vegetal*; VIII. *Denominaciones de origen*; IX. *Diseño industrial*; *Conclusión*.

La definición que Francisco Arturo Schroeder Cordero¹ da sobre lo que debe entenderse por patrimonio cultural actual de las etnias indígenas, nos induce a preguntarnos si en dichos grupos pueden o no existir obras, creaciones o manifestaciones del intelecto susceptibles de protegerse a través del derecho de la propiedad intelectual *lato o stricto sensu*, es decir, a través de la propiedad intelectual propiamente dicha, o a través de la llamada propiedad industrial, conceptos ambos que más adelante habremos de delinear.

Dicho autor define que el patrimonio cultural de las etnias indígenas se conforma, en resumen, de “todos aquellos bienes muebles o inmuebles creados por los aborígenes del país, e incluso los intangibles, tanto comunales como privados, que por sus valores históricos, artísticos, técnicos, científicos, tradicionales o religiosos, principalmente, sean dignos de conservarse y en su caso, restaurarse para la posteridad”. Sin embargo, esta definición en un primer momento nos lleva a concluir que, si bien las etnias son capaces de crear, en lo individual o en forma colectiva, obras que en otras circunstancias serían susceptibles de protegerse a través de las citadas materias, en el caso concreto de las etnias indígenas su uso y explotación no son susceptibles de reservarse en exclusiva en beneficio del individuo o colectividad creadoras, en aras o en respuesta a un presunto fin superior de

¹ Schroeder Cordero, Francisco Arturo, “Perspectivas del derecho nacional sobre la protección del patrimonio cultural de las etnias indígenas” en *Derechos contemporáneos de los pueblos indios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, pp. 13-23.

conservación y subsumición, ya no al propio patrimonio cultural de la etnia respectiva, sino al patrimonio cultural de la Nación.

Esta apriorística conclusión que habrá de analizarse con mayor detenimiento líneas adelante, nos conduce a otra: la propiedad inmaterial pasada, presente y futura, de los indígenas se encuentra irremisiblemente incluida en el régimen de excepción de la legislación relativa a la propiedad intelectual, *lato sensu*.

Una vez formuladas las cuestiones que habrán de dar directiva al presente estudio, resulta conveniente comentar, en breve, cuál es el marco jurídico de la llamada propiedad inmaterial en México.

Un ilustre tratadista en esta materia, el doctor David Rangel Medina, en su obra, *Tratado de derecho marcario*, divide la propiedad inmaterial o propiedad intelectual *lato sensu*, en la propiedad intelectual *stricto sensu* o derechos de autor y en la propiedad industrial. La primera comprende las obras de la inteligencia y del ingenio humano que se manifiestan en el campo de las artes y de las ciencias y la segunda las producciones que operan en el campo industrial y comercial.²

El primero de estos campos en que doctrinalmente se ha dividido la propiedad inmaterial, se regula positivamente por la Ley federal de derechos de autor,³ que en su artículo 7 define las obras que quedan comprendidas en el ámbito de la protección que confiere dicho ordenamiento especial:

Art. 7.- La protección a los derechos de autor se confiere con respecto de sus obras, cuyas características correspondan a cualquiera de las ramas siguientes:

- a) Literarias.
- b) Científicas, técnicas y jurídicas.
- c) Pedagógicas y didácticas.
- d) Musicales, con letra o sin ella.
- e) De danza, coreográficas y pantomímicas.
- f) Pictóricas, de dibujo, grabado y litografía.
- g) Escultóricas y de carácter plástico.
- h) De arquitectura.
- i) De fotografía, cinematografía, audiovisuales, de radio y televisión;
- j) De programas de computación, y
- k) Todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de obras artísticas e intelectuales antes mencionadas. La

² Rangel Medina, David, *Tratado de derecho marcario*, México, Editorial Libros de México, 1960, p. 100.

³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1956, reformada por última ocasión el 11 de julio de 1991 por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 17 del mismo mes y año.

protección de los derechos que esta Ley establece surtirá legítimos efectos cuando las obras consten por escrito, en grabaciones o en cualquier otra forma de objetivación perdurable y que sea susceptible de reproducirse o hacerse del conocimiento público por cualquier medio.

Por su parte los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito en esta materia y que conservan plena vigencia son los siguientes:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886.⁴
- Convención universal sobre derechos de autor firmada en Ginebra de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971.⁵
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radio difusión de 26 de octubre de 1961.⁶
- Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas suscrito en Ginebra el 29 de octubre de 1971.⁷

En cambio la mal llamada propiedad industrial⁸ se encuentra regida fundamentalmente por la Ley de fomento y protección de la propiedad industrial y el aun vigente reglamento de la Ley de invenciones y marcas.⁹ Dicha ley regula las siguientes figuras o privilegios:

- marcas
- avisos comerciales

4 La última acta suscrita por México es la de París de 17 de diciembre de 1974.

5 El decreto promulgatorio respectivo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de marzo de 1976

6 En México entró en vigor el 25 de febrero de 1976.

7 En México entró en vigor el 21 de diciembre de 1973.

8 Se dice mal llamada propiedad industrial, porque dicho término es equivoco dada la idea que sugiere su propio significado semántico que dista mucho de la realidad que en la actualidad tal concepto abriga y que, sin embargo, por la amplia aceptación y acogida de que ha sido objeto a nivel mundial, conviene conservar

9 Por disposición expresa del artículo cuarto transitorio de la Ley de Fomento y protección de la propiedad industrial.

- nombres comerciales
- patentes de invención
- modelos de utilidad
- diseños industriales
- denominaciones de origen
- secretos industriales
- certificados de protección de variedad vegetal

De entre los instrumentos internacionales que existen en esta materia, México es parte del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial que es el texto base de toda la extensa y actual regulación internacional en esta materia.¹⁰ Sin embargo, existen otros instrumentos internacionales en esta materia de los cuales eventualmente México podría formar parte.

- Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas.¹¹
- Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 2 de diciembre de 1961.
- Tratado de cooperación en materia de patentes, de 19 de junio de 1970.

Paradójicamente, la cuantiosa selva normativa en la materia que nos ocupa, que además se ve frecuentemente modificada para adaptarla a las nuevas necesidades, deja desprotegido a un importante sector de las sociedades actuales, y gran generador de obras intrínsecamente susceptibles de quedar tuteladas por dichas normas y de conferir, en consecuencia, los privilegios que de dicha tutela se derivan.

El presente año de 1993 es el Año Internacional de la población indígena mundial, tal y como lo proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas con el objeto de fortalecer “la cooperación internacional para la solución de los problemas enfrentados por las comunidades indígenas en materias como los derechos humanos, ambiente, desarrollo, educación y salud”.¹²

¹⁰ La última acta que obliga a nuestra nación es la firmada en Estocolmo el 26 de julio de 1976.

¹¹ El Arreglo de Madrid es de 14 de abril de 1891 y su protocolo de 1 de abril de 1900.

¹² *Indigenous Peoples, Environment and Development*, International Year 1993, publicado por el Departamento de Información Pública de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, febrero 1993.

Es un buen año para dejar a un lado especulaciones y concretar en hechos las aspiraciones de décadas enteras de organizaciones gubernamentales y, principalmente, no gubernamentales, pro indigenistas.

En el área de la propiedad inmaterial de la etnias, nos enfrentamos ante un primer problema, relativo a la dualidad que existe en la concepción encontrada de dos sectores; uno que estima que la única forma de preservar las tradiciones, ideas, innovaciones y proyectos de los grupos indígenas, es a través de la propia protección que, en lo individual o colectivo, ellos mismos se procuren; y otro que considera que dichos valores son parte de una herencia universal, por lo que cualquiera debe poder tener acceso a ellos.

Es claro que existen tradiciones, usos y costumbres ancestrales cuya conservación y continuada transmisión es menester procurar. También es claro que la titularidad de tales tradiciones, usos y costumbres corresponde a toda la Nación, si no, a la humanidad misma; sin embargo, también lo es que entre tales manifestaciones existen brotes nuevos de ingenio que suponen variaciones, innovaciones, perfeccionamientos que en manos de un astuto industrial o comerciante se traducen en atractivas sumas de dinero. En relación con esto se pueden citar innumerables ejemplos.

Existen numerosas comunidades indígenas que descubren variedades de plantas, de las que se derivan novedosos principios activos que son explotados por compañías farmacéuticas, sin que tales compañías distribuyan o compartan parte de sus ganancias con las comunidades indígenas de las que recibieron “el secreto” de la identificación de las variedades vegetales y los activos derivados de éstas, el conocimiento de sus bondades, beneficios, aplicación, dosificación, ubicación, tiempos y condiciones para su desarrollo, etcétera, en suma, de la *ethnopharmacology* (etnofarmacología) con la cual además de las ganancias que obtienen de la venta del producto final, al recurrir a estos grupos indígenas, les supone importantes ahorros en investigación. Así las cosas, mientras para las compañías farmacéuticas dichas medicinas y sus procesos de obtención son plenamente patentables, las aportaciones de los grupos indígenas en el campo se consideran mera tradición y *folklore*.

Existen canciones y melodías de grupos indígenas que son escritas, grabadas y comercializadas por terceros sin la debida retribución a sus creadores.

Existen continuamente nuevos diseños creados por grupos indígenas con aplicaciones diferentes en telas, alfombras, tejidos, vestidos, peletería, etcétera, que los propios indígenas malbaratan y que terceros utilizan en aplicaciones propias de sus industrias sin reconocer la titularidad original de su creador.

Existen agricultores indígenas que han desarrollado nuevas variedades vegetales, mejorado las existentes o creado métodos para minimizar las plagas y enfermedades en los cultivos.

Otros han encontrado técnicas para evitar la deforestación. Ciertamente es que la generación de tales métodos atiende a fines de supervivencia que distan mucho de aquéllos que eventualmente moverían a un industrial, sin embargo, esto no les quita el mérito y el derecho a una justa retribución por posibles aplicaciones en favor de terceros.

Los anteriores no son más que unos cuantos ejemplos de las creaciones que pueden darse en el seno de las comunidades indígenas y que eventualmente pueden caer dentro de la tutela de los cuerpos normativos que regulan la propiedad inmaterial *latu sensu*.

En efecto, a continuación se tratará en forma sumarisima cada una de las figuras que comprenden esta materia y un hipotético caso de aplicación dentro de las comunidades que nos ocupan.

I. MARCAS

El primer antecedente técnico legislativo serio que encontramos sobre la protección de la propiedad industrial, es hasta 1889, bajo el gobierno de Porfirio Díaz, quien motivado por una marcada idea de progreso y desarrollo industrial y comercial de México, y seguramente inspirado en las ideas europeas, particularmente en el ordenamiento de carácter internacional denominado Convención de Unión de París para la protección de la propiedad industrial, adoptado el 20 de marzo de 1883, promulgó la denominada Ley de Marcas de fábrica que regula y conceptualiza lo que hoy en día conocemos como marca, en forma especializada y, con ello, la independiza de la reglamentación deficiente del Código de Comercio y del Código Penal.

En los diecinueve artículos que integran dicho ordenamiento legal, se refleja el empeño por garantizar al productor y al comerciante, a las marcas fabricadas y a las vendidas, al establecimiento industrial y a la casa comercial no obstante que el nombre oficial del mismo cite exclusivamente a las "marcas de fábrica", en virtud de que el espíritu del legislador no fue excluir de su protección las marcas comerciales.

Numerosas han sido las definiciones que de esta figura ha aportado la doctrina nacional y extranjera. La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial la define en su artículo 88 como "todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado", lo que supone que la ley confiere a dicha figura ciertas características que le son esenciales con el

objeto de cumplir el fin para el que fueron creadas, a saber, la función de distinguir los productos o servicios a que se aplica de otros iguales o semejantes, lo que permite garantizar la función selectiva del consumidor y la posibilidad del productor, comerciante o prestador de ser individualizado e identificado, de ahí que la distintividad sea un requisito *sine qua non* para que una marca sea susceptible de ser registrada y, en consecuencia, su titular pueda obtener los privilegios de exclusividad de uso derivados de dicho registro.

Ahora bien, de la definición previamente transcrita, se deriva también que existen marcas de productos y marcas de servicios, y que éstas al poderse constituir por "todo signo visible" pueden estar formadas por una o más palabras (marcas nominativas o de palabra), por una o más figuras (marcas figurativas, de diseño o innominadas) o por una combinación de ambas (marcas mixtas).

Por lo que respecta a la titularidad de las marcas, éstas pueden pertenecer a una persona física o moral, a varias personas físicas o a un grupo de personas; en el primer caso estamos en presencia de marcas individuales, en el segundo de marcas en copropiedad y en el tercero de marcas colectivas que conforme a la ley de la materia son propiedad de asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios, que buscan con dicha marca colectiva distinguir en el mercado, los productos o servicios de sus miembros respecto de los productos o servicios de quienes no forman parte de dichas asociaciones. En suma, las marcas colectivas pretenden indicar que las mercancías han sido producidas por un grupo de personas en una localidad, región o país determinado, consistiendo generalmente en una palabra compuesta por el nombre geográfico del lugar de producción, facilitando la proyección de pequeños productores de cierta localidad o de un producto específico, quienes aisladamente estarían incapacitados para extender su marca más allá de un área determinada; es en este supuesto en donde se pierde el lindero de esta figura en relación con la denominación de origen que más adelante se analizará.

Ciertamente un gran número de grupos indígenas, si no la mayoría, producen artículos susceptibles de marcarse con signos distintivos que permitan su fácil identificación y denoten su procedencia. Si dichos signos distintivos reúnen los requisitos de ley, pueden ser registrados en favor de los sujetos mencionados, con los correlativos beneficios derivados de la exclusividad que confiere el registro respectivo.

Es importante mencionar, que las marcas suponen una serie de beneficios que las hacen trascender en el campo económico al grado de adquirir un importante valor lucrativo, por lo que en ocasiones se transforman en el principal activo fijo de una empresa, y su sola utilización implica una fuerte carga de publicidad. Un ejemplo ilustrativo de esta circunstancia lo es el caso de los tapetes de Temoaya,

cuya sola mención sugiere en la mente del escucha no sólo el producto al que se aplica, sino circunstancias de calidad y procedencia.

Es clara, entonces, la conveniencia de que los indígenas, al igual que cualquier productor o comerciante, marquen sus productos y obtengan de la autoridad competente el registro respectivo, a fin de gozar de los derechos de exclusividad sobre el uso del signo distintivo en cuestión y del derecho de oponerse al uso no autorizado de terceros.

II. AVISOS COMERCIALES

Los avisos comerciales son los que se conocen vulgarmente como frases publicitarias o *slogans*. La ley de la materia los define como las “frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos fácilmente de los de su especie”. Si bien es cierto que este tipo de signos distintivos son menos recurridos en la práctica, también lo es que no resulta del todo remoto que se den en comunidades indígenas, bien porque sus miembros las ideen ex profeso o bien porque recurran a una expresión significativa en su medio, pero distintiva y original por cuanto a su aplicación al producto, servicio, establecimiento o negociación de que se trate.

III. NOMBRES COMERCIALES

El nombre comercial, como su propia designación lo sugiere, es aquél que tiene por objeto distinguir un establecimiento comercial de otro de su mismo género o especie. Se encuentra tutelado por la ley de la materia que, en forma excepcional, no exige de su depósito o registro a efecto de conceder la exclusividad de uso del mismo, sino que atiende a una situación meramente comercial, de hecho, consistente en reconocer dicha exclusividad sobre la clientela efectiva de la negociación en concreto, que puede abarcar una localidad, un estado, la federación, o una parte de éstos.

Mucho se ha discutido en la doctrina la naturaleza de esta figura de la propiedad industrial, ya que en muchas ocasiones se disipa el lindero que guarda con algunas marcas de servicio. Lo cierto es que la ley la tutela en forma independiente, concediéndole una individualidad y regulación autónoma de la que se puede beneficiar cualquier persona incluyendo los indígenas aun y cuando por su aplicación sea menos probable, aunque no remoto, que se surta en dichas comunidades.

IV. PATENTES DE INVENCION

La patente de invención es una de las más antiguas figuras de la propiedad industrial; algunos autores consideran que su origen se remonta a la época del renacimiento, aunque alcanza su mayor relevancia desde la Revolución industrial hasta nuestros días, particularmente por el acelerado progreso tecnológico.

Históricamente, se han otorgado alrededor de diez millones de patentes en el mundo, si bien la mayor parte de ellas se encuentra concentrada en los llamados países industrializados.

En nuestro país, las patentes de invención han estado reguladas desde la Ley de 1832 sobre privilegio exclusivo a los inventores o perfeccionadores de algún ramo de industria; en la actualidad, esta figura se encuentra regulada por la citada Ley de fomento y protección de la propiedad industrial, vigente a partir del 28 de junio de 1991. El concepto de patente de invención no es definido expresamente en la citada legislación; su definición se implica de la lectura e interpretación de los artículos 9 y 10 de la misma.¹³

El desarrollo tecnológico requiere del estímulo que significa un régimen adecuado que otorgue exclusividad a los inventores e innovadores, ya que el costo y el tiempo que requieren las actividades de investigación y desarrollo de las cuales se obtienen nuevos y útiles productos y procesos en todos los campos de la actividad económica, sólo podrían compensarse gozando de un cierto período de exclusividad. Un caso típico que ilustra esta situación es el de la industria farmacéutica. Estadísticas recientes indican que para el desarrollo de una nueva molécula con actividad terapéutica se requieren inversiones del orden de más de 100 millones de dólares y tiempos de más de 10 años. Si no existiera un régimen de patentes que otorgara al innovador protección y exclusividad por un período suficientemente razonable no se realizarían tales inversiones, pues al darse a conocer el nuevo medicamento los imitadores comenzarían a fabricarlo febrilmente.¹⁴

La doctrina justifica el otorgamiento de una patente, y por ende el período de exclusividad, en el hecho de que el objeto patentado recibe publicidad, misma que beneficia a la sociedad por indicarle a ésta cual es el estado de un campo técnico

13 Art. 9.- La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamento. Art.10.- El derecho a que se refiere el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones y de registros por lo que hace a los modelos de utilidad y diseños industriales.

14 Jalife Daher, Mauricio, "Las Controvertidas Patentes Farmacéuticas", *El Economista*, México, D.F., junio 15, 1992.

particular, y también por servirle como punto de partida para nuevas experiencias de investigación y desarrollo.

La legislación mexicana contempla un extenso campo de patentabilidad, pues puede protegerse todo aquello que acredite que es una invención,¹⁵ y que es nuevo, resultado de actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial.¹⁶

La única área tecnológica para la que existen reglas especiales de patentabilidad es la relativa a las invenciones que tienen que ver con materia viva.¹⁷

Es indudable que en las comunidades indígenas que existen alrededor del mundo es factible que se produzcan innovaciones de índole muy diversa que pudieran ser protegidas bajo la figura de una patente de invención. Tal es el caso de los procesos de síntesis de diversos y muy variados agentes activos que se derivan, por ejemplo, de la gran biodiversidad que existe en los *hábitats* propios de las comunidades indígenas.

En este mismo orden de ideas, resulta digno de destacar que las formulaciones de la medicina indígena tradicional pueden ser patentadas por las comunidades indígenas y posteriormente transferidas a las empresas farmacéuticas para su explotación alrededor del mundo, con la debida retribución a los titulares del derecho sobre tales formulaciones.

En otras esferas de las actividades cotidianas en las comunidades indígenas también pueden desarrollarse innovaciones susceptibles de ser protegidas; como ejemplo de lo anterior se podría pensar en métodos de procesamiento de alimentos, o bien técnicas para la fertilización de las tierras agrícolas, etcétera.

V. MODELOS DE UTILIDAD

La figura del modelo de utilidad ha recibido una difusión relativamente escasa alrededor del mundo, pues apenas unos cuantos países, tales como España, Corea del Sur y México, la contemplan en sus legislaciones de propiedad industrial. A los modelos de utilidad se les ha dado en llamar “inventos menores”, toda vez que

15 Art. 16.- Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre, a través de la satisfacción inmediata de una necesidad concreta. Quedan comprendidos entre las invenciones los procesos o productos de aplicación industrial.

16 Art. 15.- Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley.

17 Art. 20.- Las invenciones que se refieran a materia viva, sin perjuicio de lo que se disponga en otros ordenamientos legales, se registrarán por lo siguiente: II.- No serán patentables: a) Los procesos esencialmente biológicos para la obtención o reproducción de plantas, animales o sus variedades, incluyendo los procesos genéticos o relativos a material capaz de conducir su propia duplicación, por sí mismo o por cualquier otra manera indirecta, cuando consistan simplemente en seleccionar o aislar material biológico disponible y dejarlo que actúe en condiciones naturales;...

son figuras que protegen innovaciones valiosas, generalmente muy prácticas, que no pueden satisfacer el estricto requisito de la actividad o altura inventiva que se impone para la obtención de una patente de invención.

En México, esta figura apenas fue introducida en la actual Ley de fomento y protección de la propiedad industrial, como reconocimiento al hecho de que en el país es frecuente este tipo de innovación que no es muy sofisticada ni compleja, pero no por ello deja de tener gran potencial económico.

El campo de los modelos de utilidad se circunscribe a los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que son modificados en cuanto a la disposición de sus partes, o en cuanto a su forma o estructura, con el fin de que tengan una función diferente o representen una ventaja respecto de otros de su mismo género.¹⁸

Se antoja que esta figura resulta altamente adaptable a las necesidades de las comunidades indígenas, ya que la innovación en éstas generalmente ha estado referida a la satisfacción de sus necesidades más cotidianas. Por ejemplo, las herramientas, los telares, los instrumentos para la alfarería desarrollados en las comunidades indígenas, tienen como denominador común una gran simplicidad pero, al mismo tiempo, grandes ventajas en cuanto a su utilidad. Sin duda, estos instrumentos podrían ser objeto de modelos de utilidad.

VI. SECRETOS INDUSTRIALES

Contra lo que apriorísticamente pudiera creerse, los llamados secretos industriales, que forman parte del grupo más amplio de los secretos empresariales, constituyen una verdadera piedra angular de la tecnología moderna. Los secretos industriales, conocidos como *trade secrets* en el derecho anglosajón y *secrets de fabrique* en el derecho francés, constituyen una figura jurídica destinada a proteger información que por su carácter estratégico merece y se presta a ser conservada en forma confidencial.¹⁹

Los secretos industriales se refieren a información que presupone una ventaja competitiva a quien la posee, y que debe aplicarse a los procesos productivos de la empresa.

Una característica importante de los secretos industriales es que su objeto no sólo haya sido mantenido en forma confidencial, sino que quien los posee haya

¹⁸ Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. Art. 28.- Se consideran modelos de utilidad los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma, presenten una función diferente respecto de las partes que lo integran o ventajas en cuanto a su utilidad.

¹⁹ Gómez-Maqueo A., Manuel, "Secretos Industriales", Ponencia presentada ante el Comité de Derecho Laboral de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa agosto 7, 1992.

adoptado todas las medidas que se encuentran a su alcance para preservar la secrecía.

A pesar de su gran importancia, son relativamente pocas las legislaciones que recogen esta figura alrededor del mundo. En México, ya el Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en sus artículos 210 y 211,²⁰ contemplaba algunas reglas para la tipicidad y penalidad del delito de revelación de secretos. Sin embargo, estas disposiciones históricamente han sido letra muerta, además de que las sanciones que establecen resultan poco satisfactorias, ya que el acto de revelación de un secreto industrial hace que se extinga la protección que confiere, resultando irrelevante la pena corporal impuesta al revelador.

La citada Ley de fomento y protección de la propiedad industrial, en forma innovadora, regula de manera concreta y explícita la protección de los secretos industriales.

Para obtener la citada protección, resulta imprescindible que el objeto del secreto industrial conste en algún soporte físico, tal como un documento, un microfilme, un disco magnético, etcétera.²¹ Igualmente, es necesario que se establezcan y mantengan los medios apropiados para salvaguardar su confidencialidad. Este último requisito podría presuponer una dificultad real en la concreción de esta figura en favor de las comunidades indígenas, sin embargo, es claro que en el seno de éstas existen una serie de conocimientos, prácticas, técnicas, procesos, etcétera, que por razones místicas o de otro orden se mantienen en absoluta confidencialidad y que indudablemente suponen una redituable ventaja competitiva en relación con eventuales competidores.

VII. CERTIFICADO DE PROTECCIÓN DE VARIEDAD VEGETAL

Una de las figuras más recientes de la propiedad industrial es la relativa al llamado certificado de protección de variedad vegetal.

20 Art. 210.- Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto. Art. 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

21 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. Art. 83.- La información a que se refiere el artículo anterior, deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros instrumentos similares.

Históricamente, ha existido protección para los inventores de nuevos productos y procesos industriales, mediante el sistema de patentes. En los años treinta, los reproductores de plantas trataron de obtener algún tipo de protección para las nuevas variedades vegetales desarrolladas. Sin embargo, debido a la resistencia en el terreno político a extender los derechos de patente al campo agrícola en general, así como las dificultades de aplicar el sistema de patentes al material biológico, surgió la idea de implementar un tipo especial de protección para las nuevas variedades vegetales. Este tipo de protección fue creado como certificado de protección de variedad vegetal, y está regido por lo dispuesto en la Convención para la Protección de las obtenciones vegetales (UPOV por sus siglas en francés), convenio internacional celebrado el 2 de diciembre de 1961.²²

La convención UPOV requiere que los estados miembro de la misma otorguen protección a las variedades vegetales de acuerdo con las reglas prescritas por la misma convención; estas reglas determinan de manera práctica las características esenciales de la ley doméstica de protección de variedades vegetales en los estados miembro, aunque éstos tienen la libertad de implementar medidas que otorguen mayor protección. La finalidad principal de la convención es estandarizar y establecer requisitos uniformes para la concesión y la nulidad de derechos para los obtentores de variedades vegetales.

Con respecto a la forma de protección a conferirse, el artículo 2(1) de la convención UPOV dispone que un estado miembro puede reconocer los derechos de los obtentores de variedades vegetales por medio de un título especial de protección o por medio de una patente, pero no ambos para el mismo género o especie. Sin embargo, el artículo 37 contiene una “*cláusula del abuelo*”, en el sentido de permitir a los Estados miembros continuar otorgando derechos que existían bajo las leyes nacionales antes de la adopción de la convención. En consecuencia, un Estado que otorgaba protección a las variedades vegetales tanto mediante patentes como bajo un régimen especial antes de adoptar la UPOV, puede continuar con este sistema doble.

Bajo la UPOV, el otorgamiento de derechos confiere a su titular el derecho exclusivo para producir para venta y para vender u ofrecer en venta el **material reproductivo o propagativo** de la variedad vegetal protegida (y no la variedad vegetal por sí misma). No constituye ilícito alguno la producción para consumo propio por quien ha adquirido material protegido de su titular, ni tampoco el almacenamiento de semillas derivadas de dicho material para sembrarlas en el futuro; tampoco se considera como ilícita la venta de material reproductivo si el

22 Conferencia dictada por Manuel Gómez-Maqueo A., el 29 de septiembre de 1992 en el seno del seminario organizado por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial.

vendedor no tiene conocimiento de que el comprador planea usar el material reproductivo para producir plantas para venta, es decir, si la primera venta es para consumo.

Como el nombre mismo de la UPOV lo señala, la protección conferida es para las variedades vegetales, y particularmente el material reproductivo o propagativo de las mismas, como ya se comentó. El artículo 2(2) del convenio UPOV señala que la palabra “*variedad*” se aplica a “*cualquier variedad cultivable, clon, linaje, cepa o híbrido que sea susceptible de cultivo*” y que satisfaga los requisitos de ser suficientemente homogéneo, con respecto de las características particulares de su reproducción sexual o su propagación vegetativa, y de ser estable en sus características esenciales, es decir, que permanezca fiel a su descripción después de reproducción o propagación repetida o al final de cada ciclo (cuando el reproductor ha definido un ciclo particular de reproducción o multiplicación, como sucede en el caso de los híbridos).

La legislación mexicana de propiedad industrial prevé el otorgamiento de patentes relativas a variedades vegetales. Sin embargo, ha resultado de difícil aplicación el sistema de patentes al caso *sui generis* de las variedades vegetales, por lo que en la práctica el sistema no ha funcionado adecuadamente.

No obstante lo anterior, y aunque el país no forma aún parte del convenio UPOV, se estima que en unos meses se deberá formalizar la adhesión del país a este convenio, ya que se han iniciado las gestiones diplomáticas para este fin. Cabe destacar que el país adquirió el compromiso de adherirse al convenio UPOV en el marco de la negociación del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, por lo que parece altamente probable que se cuente con un sistema de protección de las variedades vegetales al estilo UPOV en un futuro cercano.

Esta rama de la propiedad industrial tendrá un efecto muy importante sobre las comunidades indígenas del país, ya que prácticamente todas ellas dependen primordialmente de su agricultura. Es sabido alrededor del mundo que la vasta riqueza genética de especies autóctonas de maíz y trigo ha permitido el mejoramiento de variedades en un gran número de países. El desarrollo de estas especies autóctonas, en muchos casos, ha sido llevado a cabo por las comunidades indígenas, particularmente en el caso del maíz; estos desarrollos indudablemente podrían representar una importante fuente de riqueza para dichas comunidades, si fuesen protegidas en su favor oportunamente.

Por otra parte, resulta muy alentador que en el Convenio sobre Diversidad Biológica, celebrado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, se ha establecido que los Estados contratantes se obligan a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la

utilización sostenible de la diversidad biológica, promoviendo su aplicación más amplia, y fomentando una repartición equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las mismas. Evidentemente, esta disposición se encuentra estrechamente vinculada con las variedades vegetales desarrolladas o que existen únicamente en los hábitats de las comunidades indígenas, y reconoce que los beneficios derivados de las mismas deben ser compartidos equitativamente, lo que presupone el reconocimiento de los derechos inherentes a tales comunidades.

VIII. DENOMINACIONES DE ORIGEN

El Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro Internacional define la denominación de origen como “la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo, y cuya calidad o características se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos”.²³

Doctrinalmente se ha dicho que la inclusión de la capacidad que deben poseer las denominaciones de origen de designar calidades y características de los productos que distinguen y no puramente su origen, las permiten distinguirse de las meras indicaciones de procedencia que, como su nombre lo indica, tienen por objeto designar exclusivamente el origen geográfico y no calidades o características derivadas del propio origen y, que por tanto, no son susceptibles de apropiarse en exclusiva.

Las denominaciones de origen, pues, llaman la atención sobre la procedencia de la mercadería (carácter territorial), sin embargo, a diferencia de las marcas individuales, son colectivas en cuanto a que cualquier productor de la circunscripción territorial respectiva, puede usarlas —si cumple los supuestos establecidos para ello— (carácter colectivo) ya que, entre otras cosas, no existe propiedad privada sobre dichas designaciones; es al propio Estado a quién éstas pertenecen (carácter público) y quien en última instancia administra su uso (regulación formal).

La ley de la materia adoptando una definición equivalente a la del citado instrumento internacional por cuanto a los elementos constitutivos de la figura que

²³ Abierto a la firma en Lisboa del 31 de octubre de 1958 al 31 de diciembre de 1959. Aprobado por el Senado según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1962. El depósito del instrumento de adhesión tuvo lugar el 21 de febrero de 1964 y el Arreglo fue finalmente publicado en el citado órgano el 11 de julio de 1964.

nos ocupa,²⁴ tutela la denominación de origen, previniendo que su protección se obtiene mediante la “declaración general de protección” que al efecto dicte la autoridad competente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de oficio o previa solicitud de parte interesada. Los beneficiarios de esta declaración son todas las personas individuales o colectivas, incluyendo cámaras o asociaciones, que se dedican a la extracción, elaboración o fabricación de los productos que la declaratoria abrigue en el territorio respectivo, siempre y cuando lo soliciten, prueben dedicarse a dicha extracción, elaboración o producción, dentro del territorio que abarque la declaratoria y cumplan con las normas oficiales establecidas por la citada autoridad.

Si bien es cierto que esta figura dada su propia naturaleza, no es frecuentemente utilizada (verbigracia en México se reconoce una: tequila), también lo es que tampoco resulta remoto que existan mercaderías con calidades y características derivadas de su origen geográfico susceptibles de protegerse al amparo de esta institución en favor de individuos y colectividades productoras. Cabe resaltar que debido al control que el propio Estado ejerce sobre la titularidad de las denominaciones de origen y sobre su uso regulado, las mismas podrían constituir, de reunirse los requisitos respectivos, una figura conveniente a las comunidades indígenas, quienes además de encontrar tutelados sus derechos, podrán beneficiarse de la propia propaganda que en forma inherente conlleva el uso de una denominación de esta naturaleza.

IX. DISEÑO INDUSTRIAL

Otra figura prevista en la Ley de fomento y protección de la propiedad industrial es la relativa al diseño industrial. Esta figura a su vez abarca dos variantes, la primera constituida por los dibujos industriales, es decir, por la combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio,²⁵ y la segunda por los modelos industriales constituidos por toda forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial y que le de apariencia especial sin implicar efectos técnicos.²⁶

24 Art. 156.- Se entiende por denominación de origen, el nombre de una región geográfica del país que sirva para designar un producto originario de la misma, y cuya calidad o característica se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendido en éste los factores naturales y los humanos.

25 Art. 32.- Los diseños industriales comprenden a: I.- Los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio, y...

26 Art. 32.- Los diseños industriales comprenden a: II. Los modelos industriales, constituidos por toda forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le dé apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos.

De la simple descripción de los elementos constitutivos de estas dos variantes que se subsumen en los llamados diseños industriales, es clara su incidencia en las comunidades indígenas, que se caracterizan por un desarrollado e innovador ingenio en la producción de combinaciones de figuras, líneas y colores que utilizan con fines de ornamentación en los artículos que producen, dotándolos de un aspecto peculiar y propio.

Esta figura perfectamente asequible a la naturaleza de los productos que se conciben y crean dentro de las comunidades indígenas encuentran una doble protección tanto en la propiedad industrial a través del registro del diseño industrial respectivo, como a través del derecho de autor, con la ventaja de que este último posee una vigencia más prolongada que la del diseño industrial que es de quince años improrrogables a partir de la fecha de presentación de la solicitud respectiva.

Cabe señalar que este tipo de diseños también pueden ser protegidos a través de una marca (figurativa), con la ventaja de que su vigencia puede prorrogarse en forma indefinida en el tiempo, cumpliendo las formalidades que establece la ley; de lo que se desprende que una misma obra emanada de las comunidades a las que nos hemos venido refiriendo puede protegerse por dos vías y tres figuras jurídicas de naturaleza diversa, por lo que no hay pretexto para que las comunidades indígenas se vean veneficiadas de la exclusividad de uso que éstas confieren y del consecuente lucro derivado de su explotación.

CONCLUSIÓN

Del anterior estudio se hace claro que las comunidades indígenas son verdaderas fuentes generadoras de derechos inmateriales de cuya explotación difícilmente se ven beneficiados, por carecer de una asesoría adecuada por cuanto a la existencia, efectividad y procedimiento de las vías legales idóneas.

Esta conclusión aplica igualmente al otro sector en el que, al inicio del presente estudio, dividimos la propiedad inmaterial, a los llamados derechos de autor o propiedad intelectual en sentido estricto.

En efecto, nadie duda que en el seno de las comunidades indígenas se generen innumerables obras literarias, científicas, musicales, de danza, pictóricas, de dibujo, escultóricas, etcétera, de cuya explotación económica podrían beneficiarse las propias comunidades creadoras (simplemente como un recurso para su propia supervivencia) y no terceros inescrupulosos. Si bien es cierto que las obras previamente citadas, que caen en el terreno del derecho de autor, no requieren de su registro para quedar tuteladas, también lo es que de nada sirve este reconocimiento legal si se desconoce la existencia de los mecanismos para hacer efectivos tales derechos.

Esta reflexión nos conduce a otra: ¿acaso es necesario sujetar a las comunidades indígenas a un régimen de excepción creado a la medida?, o ¿es más conveniente buscar mecanismos que permitan una aplicación efectiva de las disposiciones existentes en su favor? La respuesta a estas preguntas necesariamente conducirá a optar por una de las dos posturas que desde hace varias décadas se han discutido en torno a la necesidad de integrar a las comunidades indígenas al resto de los grupos que conforman las sociedades contemporáneas o mantenerlos en un estado de reserva y aislamiento so pretexto de conservar vivas sus tradiciones y costumbres.

Lo uno no conlleva necesariamente lo otro, es decir, a las comunidades indígenas se les puede integrar por lo que hace a la sujeción a cierta normatividad que podríamos llamar común, sin riesgo de perder su identidad, especialmente en materias como las que nos ocupan, en las que ante la sujeción al sistema normativo ordinario se logra el doble propósito de resguardarlos y a la vez lograr la proliferación de las manifestaciones creativas que se dan en el seno de las comunidades, entre otras cosas, porque los miembros de dichas comunidades pueden ver en la explotación de sus creaciones una forma de supervivencia.

En este sentido se pronuncia el Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, que en su artículo 23 dispone que:

la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de sus pueblos y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características tradicionales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

De igual manera la resolución sobre la acción de la organización internacional del trabajo concerniente a los pueblos indígenas y triviales en su parte final prevé:

6. Urge al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo para que dé mandato al director general a fin de que lleve a cabo las siguientes acciones, dentro de los recursos presupuestarios futuros para tales fines:

... g) desarrollo de programas y proyectos de cooperación técnica que beneficien directamente a los pueblos interesados, en relación con la pobreza extrema y el

desempleo que les afecta. Estas actividades deberían incluir esquemas de generación de ingresos y de empleo, desarrollo rural, formación profesional, promoción de la artesanía y la industria rural, programas de trabajos públicos y tecnología apropiada. Estos programas deberían ser financiados con cargo al presupuesto regular dentro de las limitaciones presupuestarias existentes, por recursos multilaterales y por otros recursos.

En tal virtud parece preferible optar por promover la creación de organismos coordinadores que velen por este sector inmaterial de los derechos de los pueblos indígenas, instruyendo a sus miembros sobre la existencia y defensa de estos derechos, formando a juristas profesionales indígenas versados entre otros en este campo del derecho y, en general, procurando una real aplicación de la normatividad existente. Ciertamente es que si revisamos los reclamos de los pueblos indígenas plasmados en diversos documentos emanados de múltiples foros y convenciones internacionales,²⁷ no encontramos uno que en forma específica y concreta se refiera al reconocimiento, tutela y defensa de los derechos inmateriales de dichos pueblos. Sin embargo, la necesidad de tal reconocimiento y defensa deviene de reclamos genéricos relacionados con la igualdad de derechos de los pueblos indios y con el derecho de éstos de rescatar, preservar y desarrollar su identidad cultural, material y, en general, todos sus valores y costumbres.

²⁷ Ordóñez Cifuentes, Jose Emilio R., *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, pp. 95-161.

DESTINOS DEL SUJETO EN LAS PARADOJAS DE LA CULTURA JURÍDICA

Mariano MARESCA*

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *La autodescripción paradójica de la cultura jurídica*; III. *De la confianza al desencanto*; IV. *Tres momentos*; V. *Para concluir*.

I. INTRODUCCIÓN

Creo que todos experimentamos un cierto cansancio ante el simple planteamiento del problema del sujeto dentro de la cultura jurídica. Ese cansancio puede atribuirse, en primera instancia, al mero hecho de la repetición de unas tesis cuya antigüedad se remonta al principio de los siglos modernos, a la constitución de la cultura jurídica moderna. Pero el problema es más de fondo, porque si hoy retrocedemos ante el tema del sujeto es porque sospechamos que sólo podemos repetir aquellas viejas tesis, que son las que la cultura jurídica de los siglos XIX y XX codificó, y que esa repetición es algo más que una rutina: es, o puede ser, caer en una trampa que describiré con una imagen.

Se diría que, en la actualidad, la cultura jurídica juega en dos mesas a la vez. En una maneja el discurso del sujeto (sujeto de derechos, derecho subjetivo, autonomía de la voluntad como creadora de la esfera de relaciones jurídicas, etcétera), y en esa mesa es donde nos invita a apostar y derrochar nuestras reservas de humanismo y utopismo. En la otra mesa, en cambio, se juega sobre un tapete distinto y con otras cartas; en realidad, se juega otro juego, que es en el que verdaderamente se gana o se pierde la partida de entender cómo es hoy la reproducción de las relaciones sociales y cómo funciona el derecho dentro de ella. Esta segunda mesa sería la de la complejidad y la compatibilidad intersistémica, la autoreferencialidad del derecho y la autofundamentación de la ciencia jurídica.

* Universidad de Granada.

Cuando se nos invita a hablar del sujeto sentimos, por tanto, que de alguna manera estamos dando la espalda a una realidad que ya no habla del sujeto y en la que el sujeto de que nosotros hablamos ni habla ni comparece; es decir, que estamos usando un lenguaje (o jugando un juego) que pertenece ya a una prehistoria, a una mitología de la que nos empeñamos en seguir siendo prisioneros. De hecho, la cultura jurídica construida en torno al sujeto, el derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad apenas si nos vale hoy para entender un sector muy reducido (cada vez más reducido) de las relaciones sociales: conflictos de menor envergadura, normalmente de derecho privado, que todavía se dejan entender desde aquellas viejas categorías. Y sin embargo esto es lo que normalmente se transmite a los estudiantes de derecho. De ahí que cuando hablamos ese lenguaje, cuando jugamos en esa mesa de la subjetividad, salte en nosotros el resorte que nos avisa sobre la inutilidad de nuestro discurso y, sobre todo, sobre la posibilidad de una recaída inconsciente en el idealismo jurídico mejor intencionado, pero idealismo al fin.

Argumentaré que nuestra sospecha de engaño está sobradamente justificada, pero que el engaño no tendríamos que atribuirlo a ninguna novedad teórica que nos hubiese dejado atrás repentinamente (Luhmann como “el conjunto de todos los males sin mezcla de bien alguno”, por usar la definición de infierno del Catecismo del padre Ripalda, texto que —mucho me temo— los españoles habremos hecho llegar hasta aquí). El engaño, es decir, el carácter idealista del discurso sobre el sujeto propio de la cultura jurídica, estaría en la misma raíz de dicha cultura; para aludir por última vez a la imagen que usé antes, las dos mesas han estado siempre ahí y el discurso jurídico-político siempre ha jugado a la vez en las dos. De ahí el cansancio: son trampas muy antiguas, porque son —esta es mi tesis— *trampas constitutivas*.

En mi intervención, seguiré este orden. Primero, y moviéndome en un nivel predominantemente filosófico, aludiré a lo que considero un movimiento esencial de la cultura jurídica, que es el del recurso a una autodescripción paradójica que ella hace de sí misma como estrategia para eludir (y así poder manipular) sus contradicciones. Segundo, y centrándome en el discurso jurídico moderno, seguiré sus momentos más significativos para, en cada uno de ellos, detectar el destino del sujeto. Terminaré con una conclusión abierta.

II. LA AUTODESCRIPCIÓN PARADÓJICA DE LA CULTURA JURÍDICA

Estamos familiarizados con una forma de explicar la historia de la cultura jurídica de los siglos XIX y XX que utiliza la paradoja como recurso privilegiado.

Es paradójico, en primer lugar, que el método sistemático, y toda la larga secuela de las variantes del conceptualismo jurídico, nazcan en la obra del cabecilla de la

revuelta historicista —rabiosamente antisistemática— contra el racionalismo constructivo, esto es, en Savigny. Es igualmente paradójico que el primer vuelco realista que se produce como reacción frente al dominio conceptualista lo protagonice un jurista como Ihering, que había iniciado su labor dentro del paradigma contra el que luego se volvería. Y es paradójico, en fin, que el curso de la historia de la cultura jurídica pueda leerse como un continuo movimiento de oscilación pendular que lleva del formalismo al realismo (o al historicismo o el sociologismo) y viceversa. Podríamos multiplicar los ejemplos. Las excepciones que, en la historia de la metodología jurídica, confirman la regla de esta oscilación pendular, son excepciones en la medida en que se inmovilizan en un extremo que se niegan a negociar; el caso más temprano es el de Julius von Kirchsmann, pero el más importante es el del Movimiento del Derecho Libre, la *Freirechtsschule*, que cuestionando el mismísimo principio de legalidad consigue enfrentar el pensamiento jurídico a un verdadero *horror vacui*.

Creo que esta acumulación de paradojas y, sobre todo, la complacencia en esta autodescripción paradójica, merecen una explicación detenida. Dicha explicación debe empezar en la relación de la cultura jurídica con lo real: no sólo con la realidad del derecho positivo, vigente, sino con todo lo real en su conjunto, con todo lo que, bajo el nombre de historia, señalaba el campo al que remitirse si se quería entender el derecho *científicamente*, es decir, de una forma alternativa y superadora del moralismo de la Ilustración. Y a este respecto me parece útil recordar un episodio que cierra de manera traumática el momento inaugural de la ciencia jurídica. Me refiero al debate que provocó la ruptura de la Escuela Histórica del Derecho escindiéndola en una ala romanista y otra germanista, como consecuencia de haber convertido Savigny y Puchta la idea de *sistema* en el núcleo central de la reconstrucción científica del derecho. Concretamente, fue la propuesta de dar al *Juristenrecht*, el derecho producido por la ciencia jurídica, el rango de manifestación creadora del *Volkgeist* (en definitiva, de una fuente del derecho), lo que hizo saltar la chispa: para Savigny y Puchta, la casta de los juristas, en la medida en que conocía científicamente los principios determinantes de la unidad orgánica del derecho, podía corregir el derecho vigente e incluso anticiparlo, trayendo a la luz “convicciones jurídicas” que todavía vivían en el inconsciente del *Volk*. Pues bien, cuando Beseler encabezó la escisión de la Escuela Histórica reivindicando el *Volkrecht*, el derecho que vive inmediatamente en el pueblo, frente al *Juristenrecht*, aunque lo hiciera desde una posición política reaccionaria que abanderaba el derecho tradicional germánico frente a la modernización del *Code* napoleónico impuesto militarmente en Alemania, estaba indicando de manera expresa cómo la instauración del método sistemático había supuesto *eo ipso* la apertura del proceso de divorcio entre la teoría y la práctica en el interior de la naciente teoría jurídica. La legitimidad del

método sistemático derivaba de su capacidad para retrotraer la multiplicidad del material jurídico empírico a una estructura formal simple; pero precisamente esa misma operación implicaba perder de vista el rango primordial que antes se reconocía a la historicidad del derecho. Por tanto, en ese momento inaugural de la ciencia jurídica decimonónica, la dificultad de articular teoría y práctica jurídicas de una manera convincente había emergido ya como un escollo considerable: sea cual sea la realidad de que habla la ciencia jurídica, ¿cómo se puede hablar de ella sin perderla, sin evaporarla en el *Begriffshimmel* de que hablaba Ihering o sin diluirla en una práctica legalista —pienso en la Escuela de la Exégesis— que sólo ve de lo real aquello que la forma jurídica deja ver? Es verdaderamente llamativo que un problema tan acuciante esté ya inscrito en la partida de nacimiento de la cultura jurídica. Y en la medida en que ese problema de la distancia entre la teoría y la práctica jurídicas ha sido y sigue siendo el “cabo de las tempestades” de nuestra cultura, parece inevitable la pregunta de si no estaremos ante una dificultad constitutiva de la misma, como si su historia, por su propio código genético, en el fondo consistiese solamente en una sucesión de formas distintas de manejar(se) esa contradicción. El soporte de nuestra cultura jurídica no serían, pues, las certezas del positivismo jurídico (tal y como las taxonomizó Bobbio, por ejemplo), sino un solar mucho menos estable y en el que se agita, sobre todo, la dificultad de articular de manera convincente la teoría y la práctica.

Mi hipótesis es que los escollos que representan cuestiones de este tipo la cultura jurídica los ha obviado sistemáticamente: es difícil encontrar, dentro del conjunto de las ciencias sociales, un campo menos sensible que el jurídico a los debates epistemológicos que se han ido desarrollando simultáneamente a su propia historia. De ahí que resulte tan cómodo el recurso a aquellas paradojas a la hora de explicar la historia de la cultura jurídica: es una estrategia que permite a ésta ignorar lo real como un campo atravesado de contradicciones, constituido sobre contradicciones e ininteligible sin contar con algo que cumpla una función parecida a la de la dialéctica.

Se trata, en realidad, de un designio muy antiguo. Si pensamos en Leibniz o Wolff, en seguida percibimos que la contradicción está excluida *ab initio* de la racionalidad jurídica. Para que llegue a ser un sistema, el derecho debe obedecer a una lógica que excluye lo impredecible y lo contradictorio. Leibniz, que políticamente era un realista, descubrió que la clave estaba en convertir los problemas jurídicos (es decir, las contradicciones concretas) en problemas lógicos. En este sentido, Leibniz aportó mucho más a la ideología jurídica contemporánea (y especialmente a la autoconciencia de los juristas) que los ilustrados que, en nombre de la Naturaleza, descalificaban el derecho vigente como injusto, inmoral y políticamente ilegítimo. Pero el proyecto de Leibniz (tan transparentemente expresado

en su carta al emperador Leopoldo I proponiéndole encerrar todo el derecho romano en un solo folio que sería “como un nuevo edicto perpétuo”) estaba destinado a chocar con lo real. De hecho, y como demostró Giovanni Tarello, el fundamentalismo racionalista que va de Leibniz a Wolff se tradujo en resultados prácticos tan importantes como el *Allgemeines Landrecht* de Federico II de Prusia, un “código” en el que la forma jurídica moderna encontró una primera plasmación casi perfecta. Pero este código prusiano, tan intachable desde la óptica de las exigencias formales, no puede ser considerado como derecho moderno, igualitario, porque no fue capaz de ponerse por encima de la contradicción real, histórica, que representaba la existencia de estamentos sociales que, en el código, todavía tuvieron un tratamiento diferenciado: era un derecho desigual que, al reconocer privilegios a la nobleza sobre la burguesía (por ejemplo, en la transmisión de la propiedad), todavía dejaba a la vista la contradicción histórica que el déspota ilustrado quería resolver con un imposible contrato social entre desiguales.

Si me demoro en estos primeros momentos de la cultura jurídica europea contemporánea es porque estoy convencido de que en ellos podemos descubrir la dificultad más apremiante con la que ésta ha tenido que enfrentarse: si la racionalidad jurídica excluye *ab initio* la contradicción, ¿cómo pueden el derecho moderno y la cultura jurídica contemporánea articularse con una realidad social que, antes que nada, consiste en una profusión de contradicciones?

Lisa y llanamente: la cultura jurídica ha resuelto su enfrentamiento con la contradicción convirtiéndola en algo distinto, lo que llamaré una *paradoja teórica débil*.

No hablo aquí de paradoja en sentido lógico, sino en el sentido que toma en la filosofía del siglo XIX como alternativa a la ontología dialéctica de Hegel. Hegel acoge la contradicción, pero la reconduce a una síntesis que la regenera, hasta llevarla a la plenitud de la realización del Espíritu. Lo importante a nuestros efectos es que hubo discípulos de Hegel que renegaban de él (porque no aceptaban la parálisis final de la dialéctica en una síntesis definitiva que para ellos representaba la aniquilación de lo singular e individual) pero que no querían renunciar a la capacidad de conflicto con la realidad que incorporaba la dialéctica. En un texto al que tengo especial aprecio, Sartre definió a uno de esos discípulos de la siguiente manera: “preso de la luz del reflector hegeliano”. Sartre hablaba de Kierkegaard, un hombre que reconvirtió la dialéctica hegeliana en la paradoja del *aut—aut*, es decir, en una *situación* que no puede ser superada desde dentro de sí misma, una necesidad de la que sólo cabe liberarse mediante el salto de la fe y situándose, por tanto, en un territorio distinto al de lo real. Pero la estrategia perfecta con la que enfrentarse a Hegel (a la contradicción y a la dialéctica) la descubrirían los neokantianos. En manos de los neokantianos, lo real (y lo racional) pierde su

naturaleza compacta de único territorio histórico sobre el que pensar y en el que situarse. Ellos recuperan la dualidad kantiana sujeto empírico-sujeto trascendental (en la que Kant quiso conciliar a Hume y a Rousseau) y la sitúan en el mundo de lo real para hacer que este mundo, que —insisto— en Hegel era único, se convierta en dos, el mundo de la Forma y el mundo de la Vida. Desde ese instante, lo racional dejaba de ser real y lo real dejaba de ser racional. Para la cultura jurídica, este paso es decisivo, porque regenera su destino idealista. Cuando Hegel afirmaba la identidad mutua de lo real y lo racional, por un lado estaba sacralizando lo real, en la medida en que lo identificaba con el despliegue del Espíritu, es decir, con lo racional. Pero también es verdad que, simultáneamente, Hegel estaba secularizando lo racional al obligarnos a aprehenderlo en lo real. Creo que no se ha sacado el partido suficiente a este vuelco secularizador que, *velis nolis*, hay en Hegel; sólo las *Tesis sobre Feuerbach* de Marx logran identificarlo. Lo que la posteridad no perdonó ni a Hegel ni a Marx fue precisamente esto. De ahí que los neokantianos jugaran tan fuerte la carta de sustituir la contradicción como constitutiva de lo real por una interminable negociación entre la Forma y la Vida. Con el nombre de Vida se acotaba un territorio de irracionalidad que la Forma podía controlar —formalizar— sólo parcialmente. Más claro: con el nombre de Vida, el neokantismo definió la sede una auténtica restauración religiosa en el campo de la filosofía. Desde entonces, el “excedente” de Vida (o de irracionalidad o conflicto) ha servido en las ciencias sociales para dos cosas: bien para justificar nostalgias humanistas que en el fondo sólo se sostienen sobre un soporte cristiano, bien para que la teoría sistémica, incluyendo ese “excedente” en el concepto de “ambiente”, simule una secularización de lo real que de hecho sólo encubre la sacralización de la “racionalidad” del conjunto del sistema (en el sentido de que ésta es inabarcable como tal “racionalidad” del conjunto). Pero en cualquiera de estos dos casos la forma fuerte de las sociedades modernas, el derecho, recuperaba un lugar pacificado, inmune respecto de lo real.

Repasemos, para comprobarlo, las ventajas de la paradoja sobre la dialéctica a la hora de describir su objeto y describirse a sí misma la cultura jurídica contemporánea. En vez de reconocer los contrarios en una existencia *simultánea*, los redistribuye en una secuencia *sucesiva* (eso es lo que hay detrás de la oscilación pendular antes descrita). Para escamotear la simultaneidad detrás de la sucesividad, hay que edulcorar el concepto de historia (de ahí el evolucionismo). Y en vez de enfrentar los contrarios en una *oposición sólo superable dialécticamente*, los convierte en opciones capaces de constituir una *complementariedad estable* (eso es lo que hay detrás de las apelaciones a la interdisciplinariedad). La relación de la cultura jurídica con lo real responde a esta estrategia. Se constituye sobre una

paradoja que, por respeto a los que en el siglo XIX arriesgaron mucho más a la hora de pensar contra Hegel, califíco como *débil*.

Confío en que la segunda parte de mi intervención permita aclarar y verificar este largo *excursus* filosófico.

III. DE LA CONFIANZA AL DESENCANTO

El discurso jurídico moderno (por no hablar del pensamiento jurídico clásico) nació dentro del discurso de la filosofía moderna. En la modernidad, la relación entre el discurso filosófico y el discurso jurídico es tan íntima que podemos afirmar que es mutuamente constitutiva. Baste un ejemplo: ¿qué fue antes, el *moi* de Montaigne o el hecho histórico de la emergencia del individuo como condición determinante a la hora de formular el problema de la construcción del orden?

Pero la cultura jurídica del XIX y el XX parece obstinada en olvidar y esconder esta progenie filosófica, urgida al parecer por un movimiento de fuga que la empuja a refugiarse bajo la garantía de “lo científico” con la que la cultura positivista quiso recubrir y poner bajo control la relación entre teoría y práctica. En efecto, si nos atenemos a la letra del positivismo jurídico, encontraremos dos movimientos ideológicos dependientes de aquel “olvido de la filosofía” y bien expresivos de sus resultados:

1º El discurso jurídico positivista nació con el descubrimiento del derecho como producto histórico, puesto en la historia por el hombre y, por esta misma razón, hecho cambiante, mudable, expresión de las posibilidades creativas e innovadoras del hombre. Sin embargo, tanto en los legisladores que hacen los primeros códigos como en los estudiosos que ponen en marcha la llamada ciencia jurídica, encontramos sistemáticamente la misma pretensión de hacer del derecho la *forma eterna de la vida social*, es decir, una estructura destinada a permanecer intacta para que, a través de ella, pueda discurrir toda la corriente del curso de la historia de las relaciones sociales. El derecho moderno, nacido de un corte seco (como el de la guillotina) con el pasado, fue en seguida pensado como una forma cuya duración histórica estaba asegurada por el carácter de eternidad que la burguesía —invirtiendo el sentido de la secularización que siglos atrás había puesto en marcha— atribuyó al tiempo histórico inaugurado y conquistado por ella.

2º El nacimiento del discurso moderno sobre el derecho exigió la lucha por la liberación de la tutela teológica. En ese momento, se abrían dos caminos posibles: el de un empirismo que arrancaba en Locke y culminaba en Hume

y, sobre todo, en Adam Smith, y el de un racionalismo que hacía objetivo suyo la construcción de una ciencia exacta de la moral, la política y el derecho. La apertura empirista conducía a la versión realista del positivismo jurídico; la apertura racionalista conducía a la variante conceptualista. En cualquiera de los dos casos, la liberación de la tutela teológica permitía esperar una comprensión del derecho como hecho de naturaleza histórica. Sin embargo, el resultado fue exactamente el contrario: desde principios del XVII, la ciencia jurídica quiere ser exacta —construida *more geometrico*—, y esta actitud responde, más que a una voluntad de comprender su objeto en toda su complejidad, haciéndose cargo —por ejemplo— de la contradicción entre Razón y Voluntad que lo atraviesa, a una inmovilización de dicho objeto en nombre de las exigencias de la ciencia. Y cuando el racionalismo es sustituido por el positivismo, sucede lo mismo desde que el positivismo impone su primera ley: el método crea el objeto. Así, la exigencia de certeza del método hace un perfecto *pendant* con la fundamental exigencia de previsibilidad que se demanda a la nueva forma jurídica (frente al caos del particularismo jurídico anterior).

En ambos movimientos encontramos, pues, que el compromiso filosófico inicial de la cultura jurídica se convierte en lo mismo: en poner toda esa cultura a trabajar en una teorización de la forma jurídica que presente a ésta como algo legítimo y necesario *al margen de lo que realmente la hace necesaria, que es el cálculo del capital*. En efecto: si en la economía de mercado los procesos adquisitivos y distributivos deben responder exclusivamente a la racionalidad económica (que no autoriza la toma en consideración de limitaciones morales o políticas, es decir, extraeconómicas, en dichos procesos), toda la progenie filosófica que se remonta a Grocio y a Hobbes queda finalmente reducida a un pragmatismo romo en el que la liberación de la teología ha sido sustituida por una servidumbre nueva y férrea, la que representa la autonomización de lo económico y la sustitución de cualquier racionalidad (o moralidad) heterónoma por el modelo de decisión que representa el mercado.

Difícil, pues, confiar en la historia tal y como nos viene contada. Pero esa es la historia de la cultura jurídica, y creo que sólo encontrando una forma lúcida de leerla podremos escapar a las trampas con las que arma su autodescripción. Leerla de una forma lúcida significa, para mí, tomarla en serio: empezar creyendo en sus enunciados (ante todo, en el de sujeto) y luego acompañarla en el proceso de desencanto a que nos conduce.

IV. TRES MOMENTOS

La explicación última de las insuficiencias de la cultura jurídica que usamos reside en la forma de articularse las categorías filosóficas de que esa cultura depende. Especialmente, pienso en tres de ellas: razón, sujeto y naturaleza. El derecho moderno fue pensado como hijo de dos madres, el sujeto y la naturaleza. Lo que ha ocurrido después es que la pretensión de hacer del derecho un “objeto de ciencia” resultó ser un camino que también se recorre en sentido inverso: sujeto y naturaleza, las dos madres, se convierten en “objeto de ciencia”, es decir, en realidades que hay que leer como mundos fijos, inmóviles, dados de una vez por todas. Así es como se explica el olvido de la historicidad del derecho, la final evaporación del sujeto y la reclusión del pensamiento jurídico en un ideal “científico” que lo estabiliza como definitivo: el carácter especular de la relación método-objeto hace que el ser —el sujeto y la naturaleza—, al prescribir al derecho sus condiciones de racionalidad (que son las del cálculo del capital), constituya al derecho como un deber ser que, en el camino, ha perdido toda su maleabilidad histórica.

Pero este proceso debe ser examinado más en detalle. Propondré a continuación una hipótesis de lectura de nuestra cultura jurídica articulada en tres momentos y que mirará ya, por fin, al destino del sujeto dentro de la misma.

1º El primero es el que llamaré *momento fundacional* del pensamiento jurídico (los siglos XVII y XVIII), con figuras tan centrales como las de Hobbes o Pufendorf, pero también Locke y la primera fase del pensamiento liberal.

En este primer momento, el *punto de partida* es la hipótesis del estado de Naturaleza. Pero esta hipótesis es, en realidad, un segundo paso. Para que sea posible formularla, antes se ha tenido que negar la piedra angular de la tradición aristotélica, la sociabilidad natural del hombre, en un movimiento de ruptura que se diría irreversible. Quizás toda la partida esté ya jugada en esta primera operación que hace del individuo humano un ser comprensible sólo como sujeto abstracto, mónada aislada sobre la que, en cuanto contenedor y contenido de la razón, se fundamentará la necesidad del contrato social que nos lleva a la “república de las leyes”. Es llamativo que en esta mitología tan simple y tan transparente haya algo que no se termina de entender: de una parte, el contrato social sólo puede ser el resultado de un acuerdo voluntario, pero de otra todos los teóricos del contrato social nos hablan de éste como un momento *necesario*, no ya por la razón, sino por las exigencias más elementales de los individuos, ya que si se quiere salvar la vida o cualquier otro bien no hay más salida que contratar. El contrato, pues, ¿voluntario

o necesario? Lo que ocurre es que dejar de ser individuo para convertirse en sujeto significa, entre otras cosas, dejar de ser un individuo no sociable, o al menos no asociado, para pasar a ser un socio comprometido en la conservación de un orden que se debe considerar como propio (Kant: vivir bajo el Estado es un deber moral). Y esto *nunca* ha sido una decisión libre, sino exactamente una exigencia necesaria de las mismas posibilidades de (sobre)vivir en el nuevo orden, pero entendiendo esto en sus términos históricos reales. Sin embargo, la justificación de esta necesidad (y de todo lo que deriva de ella: vivir bajo el Estado, deber de obediencia, límites de la libertad natural) se hace residir en una *antropología negativa* que, desde el *homo homini lupus*, hace a la insociable naturaleza humana *culpable* del conflicto, la irracionalidad y la injusticia.

En este mismo momento fundacional, el primer liberalismo que encontramos en Locke invierte esta última idea. La fuente de la conflictividad no es ya la naturaleza humana, sino el Estado, en la medida en que todo el poder que se concentra en él se convierte en un peligro para los derechos que todo individuo (es decir, el sujeto abstracto y universal) trae del estado de naturaleza. Como se sabe, en Locke el estado de naturaleza es prácticamente perfecto, porque en él sólo falta la figura de un juez que, decidiendo los conflictos que crean las violaciones de los derechos naturales, impida que dichas violaciones sean respondidas con otras, y estas a su vez por otras, prolongando hasta el infinito la cadena de la venganza. Esta importante matización, que atenúa la imagen absolutamente negativa del estado de naturaleza propia de los escritores del absolutismo y por esa vía aligera el peso de la culpabilidad de la naturaleza humana, se traduce en una suavización del paso del estado de naturaleza al contrato social y, consecuentemente, en que la sociedad, aunque todavía sea un artificio nacido del contrato, empiece a tomar otro carácter. Esto es muy importante. Locke identificó la autonomía individual con la condición propietaria (ser individuo libre es gozar plenamente de la disposición sobre las propias capacidades, y esa capacidad es lo que se define como propiedad); al ser esa autonomía un derecho natural (como, correlativamente, también lo es la propiedad) funciona como un límite al poder del Estado. *No era, pues, tan mala la naturaleza humana*: en cuanto el estado de naturaleza incluye la propiedad como un derecho natural, el paso del contrato social, al tener que *conservar* ese derecho, en la práctica se limita a deducir de la naturaleza humana la nueva estructura de lo social que la propiedad genera: el mercado. (Ciertamente, Locke deja bien claro que lo sustancial es la sustitución del principio de venganza por la existencia de una administración de justicia; pero no es menos claro que esa administración aplicará unas leyes cuyo contenido, como Locke se encarga de dejar bien sentado, tienen prefijado su contenido: el respeto de lo suyo de cada uno y, por tanto, la lógica propietaria).

Pensemos en ese extraordinario pensador que fue Mandeville. A él no le preocupa el problema de la sociabilidad natural (como, por lo demás, Hume tampoco necesita hablar del contrato social) porque piensa que es precisamente el instinto egoísta del hombre, entendido como deseo de beneficio y bienestar, lo que hace del individuo un hombre social. *precisamente porque el egoísmo lo empuja a la "douce violence" del intercambio.*

Lo que está ocurriendo en este proceso —que sólo puedo describir muy sumariamente— es una *naturalización del mercado* y, por tanto, una recuperación de la sociabilidad, pero destinada ahora a desarrollarse en la *bürgerliche Gessellschaft*, en el sistema de las necesidades, en la esfera de la circulación. Más claro: la beatificación de la naturaleza humana —la "rehabilitación de las pasiones" estudiada por Hirschmann— se traduce en la producción de una objetividad —la del mercado— que coagula lo real —y por tanto al individuo— en una estructura como la del mercado, ciertamente dinámica, pero también cerrada y exclusiva. En este contexto, el derecho se convierte en la gramática de esa objetivación, de esa necesidad que se ha hecho *decir* a la naturaleza humana, y como la sociedad, toma el adjetivo "civil" para presentarse como expresión de la autonomía que Locke había puesto en el sujeto como código genético del proyecto de la modernidad.

Esta síntesis presentaba, a pesar de todo, sus problemas, empezando por el de si la autonomía que finalmente lograba afirmarse en la historia con toda su capacidad constructiva e innovadora era la del individuo o la de lo económico. Cuando Kant intenta reconciliar al sujeto empírico y al sujeto trascendental, está señalando un conflicto de fondo: la objetividad del mercado excluye una moralidad distinta a la del mercado; de ahí que, a la hora de "explicar" el final feliz que él esperaba para la especie humana tuviera que confiarse a una fórmula tan paradójica como la de "la sociable insociabilidad" del hombre. En efecto, el espectáculo de la historia real de la humanidad no permite pensar sino en el caos como su forma de ser, pero si levantamos la vista hacia el futuro veremos que un "plan secreto de la Naturaleza" (que es un perfecto equivalente de la "mano invisible" de Adam Smith) llevará a la especie a su realización: de la insociabilidad, del egoísmo y las pasiones, nacerá un día la comunidad. Más claro es Rousseau. Para él, todo está equivocado desde el principio, porque justo en el principio se sitúa una representación tramposa del sujeto: lo que le reprocha a Hobbes es que haya imputado al hombre natural los vicios del hombre de la sociedad civil y corrupta, los vicios del hombre de la propiedad privada y la desigualdad. Rousseau, en primer lugar, rehabilita —en una clave preromántica— la naturaleza humana, pero no para deducir de ella el mercado, sino para abrir el horizonte histórico a una realidad nueva; y en segundo lugar rechaza la naturalización del mercado, la consolidación de una objetividad social y política que impide la revisión de los fundamentos de la polis y, por tanto,

bloquea la conciliación del hombre y el ciudadano. Aunque pensara al ciudadano como una especie de ángel liberado de toda necesidad material e histórica, lo significativo hoy para nosotros es que eso lo hiciera porque necesitaba situar en algún lugar ajeno a la objetividad de la sociedad civil —en el cielo (temible, por otra parte) de su república ideal— algo que en el espacio real de la historia había sido brutalmente desfigurado: el individuo de la especie humana.

2º El segundo momento es el *constitutivo* del discurso jurídico. Estamos en el siglo XIX, que se abre con la Escuela Histórica del Derecho. El final traumático de esta Escuela expresa una tensión entre nacimiento histórico del derecho y reducción sistemática del mismo que nunca se ha pacificado. Pero podemos entender mejor ahora su sentido. En esa tensión, lo que se repite son los efectos de aquel movimiento inicial del pensamiento moderno, la hipótesis del estado de naturaleza, que desarraigó al hombre de la historia para confinarlo en el interior de una objetividad que traiciona de la forma más completa lo que se había prometido, aunque se insista en llamarla “sociedad” o “naturaleza”. Esta ruptura es irreparable, y por eso el pensamiento jurídico vive condenado a aquella oscilación pendular: hoy un poco más de Forma, mañana un poco más de Vida. Pero Forma y Vida han sido construidas por y dentro de una razón que habla un sólo lenguaje: de nuevo, el de la *bürgerliche Gesellschaft* como un dato natural. Podrá el derecho, quizás, llegar a ser superfluo —estructura redundante, como dice el análisis económico del derecho—, pero la experiencia social nunca podrá ser pensada ni descrita en un lenguaje distinto si no se recuerda y se rectifica aquella progenie filosófica en la que, como decía, toda la partida estaba ya jugada y ganada.

Como antes me he detenido en este punto, quiero añadir sólo una última consideración. Para que nadie falte a la cita, he aquí que la entrega del individuo al sistema social, la obsolescencia práctica del sujeto como categoría central de la cultura jurídica, encuentran ahora una inesperada confirmación en relecturas de Savigny (la de Paolo Becchi) que ven el *Juristenrecht* como una primera formulación del derecho autopoiético, de forma que el final —por ahora— del discurso jurídico estaría ya inscrito en su principio. Conviene no olvidar esta observación.

3º El tercer momento al que quiero referirme, ya de forma brevísima, es el de la *segunda secularización*. Estamos en el siglo XX y, sobre todo, en Kelsen.

Como es sabido, Montesquieu y Voltaire discutieron fuertemente acerca de las reformas introducidas en las estructuras del poder por el rey Luis XIV de Francia, reformas que pretendían menoscabar el poder de la nobleza. Voltaire no podía dejar de saludar esas reformas como un momento de progreso, una hora feliz. La reflexión de Montesquieu, por el contrario, quizás por ser la de un conservador tan extraordinariamente inteligente, resulta más interesante. Lo que Montesquieu viene a decir es, en síntesis, lo siguiente. Esas reformas son un error porque dejan desnudo al Rey al despojarlo de la protección que le proporcionan los cuerpos intermedios; lo convierten en un ser mortal, humano, secular, es decir, en alguien que, al no estar separado de los demás por las distancias reales y simbólicas que crean las estructuras interpuestas, está al alcance de *cualquier hombre* que quiera tocarlo... o matarlo.

¿A cuál de estos dos pensadores ha seguido la burguesía? Creo que no ha tenido el valor de ser todo lo democrática que Voltaire proponía y que, en cambio, ha aprovechado bien la lección de Montesquieu. Pongamos al derecho en el lugar del Rey (Foucault llama a nuestros sistemas “monarquías jurídicas”), situemos en lo más alto la “forma eterna (inmortal e inaccesible) de la vida social”. Porque, en efecto, durante el siglo XIX el discurso de la ciencia jurídica era demasiado vulnerable; pese a todas las protestas de cientificidad, la asepsia valorativa brillaba por su ausencia y de hecho se argumentaba una *legitimación material* del orden: el orden y el derecho son legítimos porque son justos, porque realizan la justicia, los derechos subjetivos, los viejos derechos naturales del sujeto moderno. Demasiado arriesgado: desde tales planteamientos ¿cómo responder a la demanda de una igualdad real, no sólo formal? ¿cómo poner a salvo de la misma idea democrática a un derecho llamado a realizarla pero que no consigue hacer de ella una experiencia histórica reconocible? ¿cómo inmunizar al derecho respecto de la justicia?

Creo que fue Kelsen el que primero y mejor entendió este problema. Kelsen lleva a cabo una segunda y más radical secularización del pensamiento jurídico cuyo sentido esencial reside en la construcción de una teoría del derecho y el Estado *sin sujeto* (esa era la impureza a eliminar, la categoría con la que, como con el caballo de Troya, entraban todos los problemas en el viejo positivismo). Baste recordar toda su crítica de la noción de derecho subjetivo. Pero el propósito es más amplio: Kelsen no encuentra diferencias sustanciales entre iusnaturalismo y positivismo jurídico porque ambos se basan en categorías antropomórficas y naturalistas que es preciso desterrar. De esta forma, la depuración emprendida por Kelsen adquiere un carácter más grave aún: estamos, en efecto, al borde del silencio del discurso jurídico. Pues, en efecto, bajo esas condiciones sólo es posible argumentar una *legitimación puramente formal* del orden social y del derecho.

Pero esto es justamente lo que Kelsen buscaba movido, desde luego, por circunstancias históricas muy concretas en las que debe entenderse el programa del relativismo democrático que hay en la base de su proyecto. De hecho, esta fortísima autocensura impuesta al discurso jurídico funciona como una máscara: gracias a que éste “habla menos”, el derecho puede seguir siendo pensado como “forma eterna de la vida social”: hablar menos, pues, para recuperar la intangibilidad del orden.

Si hacemos balance del trayecto ejemplificado en estos tres momentos de la cultura jurídica, el resultado es claro: de la desaparición del individuo humano (que se convierte en sujeto abstracto) a la desaparición de la sociedad (que se convierte en naturaleza—mercado) y a la desaparición, finalmente, del sujeto. Me parece superfluo señalar cómo el paradigma sistémico hoy dominante prolonga y conecta perfectamente con las condiciones y el resultado de este proceso.

V. PARA CONCLUIR

Para concluir, recordaría dos cosas fundamentales que, por omisión, creo haber demostrado:

Primero. La condición de racionalidad del pensamiento jurídico ha sido sucesivamente interpretada como una exigencia de desalojar de dicho pensamiento cada vez más cosas, hasta llegar a un punto en el que, como ocurre hoy, los juristas no tienen ningún argumento *propio* y convincente a la hora de discutir —por ejemplo— la propuesta del análisis económico del derecho de sustituir la llamada ciencia jurídica por la ciencia económica. En realidad, los juristas no tienen nada propio que defender, porque ellos mismos, creyendo así salvar su discurso, lo han entregado a un mecanismo que sistemáticamente reproduce la entrega del mundo del derecho a una objetividad real que se explica mucho mejor con la teoría sistémica que con todo el viejo aparato de categorías de la dogmática. Los juristas han perdido toda capacidad de distancia respecto de su objeto, precisamente en la medida en que lo han hecho cada vez más irreconocible para ellos mismos. Por eso encontramos un panorama de crisis, tanto en el trabajo propio de la ciencia jurídica (el punto de vista interno) como en el de la crítica del derecho (el punto de vista externo).

Segunda. Para salir de esa situación, me parece indudable que hay que volver a hacerse cargo del tema de la subjetividad, asumiéndolo como un compromiso fuerte, en dos sentidos. Primero, en el sentido de que no podemos repetir (en esto Kelsen sigue siendo válido) un discurso sobre el sujeto dependiente de un pensamiento no secularizado, idealista y humanista, aunque tenga las mejores intenciones: la naturaleza humana acaba siempre siendo una caja vacía en la que cada

cual encuentra lo que previamente ha puesto en ella. Y segundo, en el sentido de que, si queremos que la recuperación del tema de la subjetividad nos sirva como palanca desde la que probar a articular un discurso nuevo sobre el sujeto, la sociedad civil, el poder, el Estado, etcétera, habrá que acabar con la clausura dogmática, es decir, habrá que rescatar el tema de la subjetividad de las manos de los juristas que lo han conducido al silencio. Es imprescindible la apertura del discurso sobre la subjetividad a saberes como la antropología o el psicoanálisis, capaces de dar una visión de la experiencia humana que restituya toda su complejidad real (no la complejidad abstracta dentro de la cual se la inscribe hoy). Esa apertura mostraría cómo el campo de la experiencia humana (que siempre es simultáneamente individual y social) no puede ser reducido a formas fijas; por el contrario, existe un continuo intercambio de transformaciones que es lo que puede hacer a esa experiencia creativa e innovadora, como demuestra la emergencia de problemas que sistemáticamente son entregados a otros saberes para que los gestionen desde su racionalidad parcial. La misma democracia es impensable fuera de este contexto intelectual más rico, recuperador de toda la problematicidad radical que hay en la experiencia histórico-social.

Espero que se haya notado que, en la reconstrucción del discurso de la cultura jurídica que he presentado, nunca he hablado de soberanía. Sencillamente, no hacía falta. Por eso, y para terminar, diría que el problema consiste en cómo reabrir el discurso sobre el derecho en términos que nos permitan tener a la vista la cuestión de la soberanía (y por tanto de la ilimitación esencial de la democracia). No creo que pueda aspirarse a una ciencia jurídica pura; es más, no creo que tal cosa sea deseable. Creo que la reapertura del discurso jurídico pasa por un proceso de contaminación histórica y política, cultural y social, hasta que el sujeto de que hablamos vuelva a resultarnos familiar, reconocible.

FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN Y DERECHO ALTERNATIVO. APLICACIONES CONCRETAS PARA UNA APERTURA DE DIÁLOGO

David SÁNCHEZ RUBIO*

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*; II. *El derecho alternativo*; III. *Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Algunas vías de conexión*; IV. *J.A. de la Torre Rangel. Una juridificación de la FDL*; V. *Otro posible método coordinador*; VI. *Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el volumen II de *América Latina, historia y destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Francisco Miró Quesada, entre otras cosas, se hace eco de la necesidad que el movimiento de la “filosofía de la liberación” tiene de hacer, tras treinta años de vida, “*un inevitable reajuste de categorías ideológicas*” que mantenga como ideal *inconmovible*, la *sociedad sin clases*, y que nos permita acceder a ella desde una perspectiva distinta a la, hasta ahora, mantenida por sus mismos miembros, acorde a los tiempos que corren, y donde la civilización occidental ha prevalecido frente al comunismo y frente a los países de socialismo real.¹

El propósito de este trabajo es el de contribuir a ese reajuste, pero no en el sentido indicado por el maestro peruano. No pretendemos buscar una interpretación de la historia separada de los métodos que el pensamiento marxista nos puede ofrecer. Más bien, y en concreto, queremos dar constancia de una de las posibles vías que la FDL puede abrir a través de ese objetivo primario que su humanismo radical inherente le marca: la *liberación integral del ser humano contra toda forma de*

* Universidad de Sevilla

¹ “Filosofía de la liberación. Reajuste de categorías”, *América Latina, historia y destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, México, UNAM, 1992, pp. 197-198 y ss. A partir de ahora, utilizaremos las siglas FdL para referirnos a esta forma de pensamiento.

dominación. De esta manera, añadimos una razón más que favorece la actualidad del movimiento frente a quienes pregonan su inoperancia y su falta de aportes.

Desde un tiempo atrás, la propia FdL, para no quedarse anquilosada en sus planteamientos iniciales tanto de carácter historicista como ontologista, y demostrando su capacidad de supervivencia, se ha volcado con fuerza para abrir un intenso diálogo con la “ética del discurso” de Jürgen Habermas y, sobre todo, de K. O. Apel. Recientemente, en la ciudad brasileña de São Leopoldo, se celebró el *IV Seminário Internacional: A Ética do Discurso e a Filosofia Latino-Americana da Libertação*, en el que participaron ilustres pensadores de la talla de Hugo Assmann, Enrique Dussel, el mismo Karl Otto Apel, Arturo Andrés Roig, Sirio López Velasco, Juan Carlos Scannone, Franz-Josef Hinkelammert, Raúl Fornet-Betancourt y Pablo Guadarrama.² En el encuentro, la importancia que el punto de vista del otro, en cuanto pobre, tiene a la hora de pretender ofrecer un fundamento último de cualquier principio ético o sistema normativo, quedó claramente plasmada. Entre los trabajos presentados, uno de sus máximos exponentes, Enrique Dussel daba un paso más en su empeño por criticar la ética del discurso apelsiana, cimentada sobre la base de una pragmática trascendental, completándola con una ética de la liberación, arraigada sobre el apriori *racional relacional* o *ético*, de apertura al otro. En ella, la dimensión económica es fundamental para todo acto de habla, y mucho más para la realidad en la que se encuentran los países de capitalismo dependiente.³ Esta actividad del filósofo argentino, junto al apoyo categorial del que se sirve gracias al profundo frente recuperador del

2 El seminario se desarrolló entre los días 28 de septiembre y 1 de octubre de 1993, en el Auditorio Central de UNISINOS. En el mismo, aunque los que asistieron son bastante representativos, faltaron otros muchos filósofos vinculados, de alguna u otra manera, con la misma FdL: el propio Francisco Miró Quesada, Leopoldo Zea, Horacio Cerutti Guldberg, Roque Zimmermann, Carlos Paladines, Ofelia Schutte, y un largo etcétera.

3 El planteamiento de Dussel, en su ponencia “Ética de la liberación. (Hacia el punto de partida como ejercicio de la razón ética *originaria*)”, profundiza sobre trabajos anteriores. En concreto, lo hace girar en torno al defecto que toda comunidad real de comunicación posee, pues en virtud del *principio de exclusionis*, todos los afectados “posibles” *no son* los que “factiblemente” pueden participar en ella. Todo acuerdo posee una “finitud” constitutiva, de la misma manera que incluye a unos —que pueden ser los que participan, y a quienes estos representan—, excluye a otros—personas sólo aparentemente representadas, ignoradas, rechazadas, etcétera.— (pp. 9-10). La diferencia que existe entre la ética del discurso y la ética de la liberación se sitúa en su punto de partida. Mientras que la primera parte de la comunidad de comunicación ya establecida, la segunda parte de aquellos afectados que están excluidos de la misma (p. 12). Para Dussel existe un tipo específico de racionalidad, diferente a otras, como son los casos de la razón estratégica, la discursiva, la instrumental, etcétera, y que bautiza con el nombre de “razón ética *originaria*”. Es el momento primero racional, anterior a todo otro ejercicio de la razón. Mediante ella tenemos la *experiencia* del otro, antes de toda decisión, antes de todo compromiso, expresión lingüística o comunicación (pp. 26-27). Viene a ser una responsabilidad *a priori* por el otro, y con ella se abren las puertas a la acción comunicativa (pp. 29-30. En este sentido, también su trabajo en Apel, K. O.; Dussel E., y Fornet-Betancourt, Raúl, *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*, México-Madrid-Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 1992, p. 76). En cuanto a la importancia de la economía sobre la pragmática, ver *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*, *op. cit.*, pp. 84 ss.; y *Las metáforas teológicas de Marx*, Estella (Navarra), Editorial Verbo Divino, 1993, pp. 287 ss.

pensamiento marxiano que está realizando, ha provocado una mayor estabilidad y una más constatable virtualidad de la FdL en la defensa que realiza a favor de los oprimidos. La fuerza de la ilocución “¡Tengo hambre!” reclama que, antes de empezar a dialogar sobre la mesa, se debe hacer cumplir los requisitos para que todos los participantes y todos los afectados, *tengan la posibilidad* de sentarse a discutir en la comunidad real de comunicación, en igualdad de condiciones.⁴ La opción por los pobres es la forma como se intenta que todo ser humano pueda desarrollar todas sus potencialidades, individuales y sociales. No se trata de excluir a aquellos que no lo sean, pues con la liberación se pretende evitar toda situación que produce y mantiene la dominación.⁵

La FdL, liderada desde los inicios por el mismo Enrique Dussel, y más en los últimos años, ha tenido a los campos de la política, la economía, y sobre todo, la ética como sus principales puntos de proyección, pues se piensa que la resolución de los problemas convivenciales entre los seres humanos, básicamente se desenvuelven en ellos. Pero hasta ahora, pocos han sido los enfoques que han intentado abordarla sobre aquella realidad donde los conflictos humanos se intentan resolver por medio de un procedimiento supuestamente imparcial, seguro, justo y equitativo, donde también, tanto en su dimensión teórica como práctica, más directamente se debe recepcionar y garantizar el mayor número posible de los intereses reclamados por la sociedad, y, por último, nos atreveríamos a decir que es donde mejor se hace expresa si las necesidades de todas las personas o grupos, especialmente los más desfavorecidos, son atendidas. Tal realidad es la propia del mundo jurídico. La lucha por la liberación integral del ser humano, para obtener la eliminación de cualquier forma de dominación debe hacerse desde multitud de frentes que, además, estén, entre sí, en permanente contacto y diálogo. Con más motivo cuando en América Latina, que siempre se ha caracterizado por estar inmersa en un permanente proceso de liberación, junto a todas aquellas tendencias pertenecientes a la denominada “cultura de la liberación”, y relacionadas con el mundo teológico, económico, pedagógico y filosófico, se han alzado una serie de teóricos y prácticos del derecho con el prioritario objetivo de defender a los colectivos más desprotegidos de sus sociedades.

A continuación haremos una breve exposición de este “alzamiento” normativo. También expresaremos algunas de sus perspectivas y objetivos. Tras ello, intentaremos explicar algo más detenidamente, el por qué de la necesidad de que la FdL entre en una estrecha comunicación con el movimiento alternativo del derecho. Daremos constancia de la conexión que ya se está realizando por parte de un

4 Fundamentación..., *op. cit.*, p. 77.

5 “La lucha por la liberación es peligrosa, larga y compleja. Pero los objetivos son claros como la luz del día. Toda opresión, sea cual sea su tipo, debe ser combatida. La opresión que impone una nación a otra (imperialismo); la de una raza sobre otra (racismo); la opresión de los trabajadores por los empresarios (explotación económica), la opresión de un tirano sobre sus súbditos, y todas las demás, fueren las que fueren, deben ser combatidas. Mientras haya un sólo oprimido, habrá que seguir luchando.” Miró Quesada, Francisco, *idem*, p. 199.

abogado y filósofo del derecho mexicano, Jesús Antonio de la Torre Rangel, para finalmente ofrecer una posible vía más de diálogo, desarrollada por nosotros, y explicitándola con un pequeño ejemplo.

II. EL DERECHO ALTERNATIVO

En Brasil, desde finales del año 1990, el mundo jurídico brasileño se agitaba ante una noticia aparecida en la prensa.⁶ En ella se publicaba que, desde años atrás, aproximadamente, unos cuarenta jueces se organizaban en torno a un grupo denominado “Direito Alternativo” que venía a cuestionar en sus sentencias, los fundamentos del derecho, del poder judicial y del propio concepto de justicia.⁷

Ante la existencia de una realidad miserable y ante la inoperancia de un sistema normativo interpretado siempre de forma contraria para las clases más desfavorecidas, además de ese grupo de jueces, varios juristas y operadores jurídicos brasileños, y de otras latitudes, se van a alzar, utilizando el sistema jurídico, para hacer más justas sus actividades y decisiones judiciales.⁸ Siguiendo esa tendencia por acudir a la realidad, pretenden contextualizar al mismo derecho, ubicarlo dentro del proceso social. Básicamente, este colectivo rompe con la tradicional concepción neutralista de la ley, que concibe al ordenamiento jurídico como mero mecanismo aséptico de regulación social. Frente a ella, el componente ideológico forma parte de su estructura.⁹ Y consideran que son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una

6 En el *Jornal Folha da Tarde* de São Paulo bajo el título de “Juíza gaúchos colocam Direito acima da lei”, y en la *Gazeta do Povo de Curitiba*, el 28 de octubre de 1990. Ver Bueno de Carvalho Amilton, en la presentación de *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, N° 1, 1992 p. 7; Coelho, Luis Fernando, “Do Direito Alternativo”, en el mismo número, p. 9; y Wanderlei Rodrigues, Horácio, “Direito com que direito?”, en *Lições de Direito Alternativo 2*, São Paulo, Editorial Académica, 1992, p. 185.

7 Entre los miembros activos del grupo, están los jueces Amilton Bueno de Carvalho, Marcio de Oliveira Puggina, Henrique Oswaldo Poeta Roenick, Rui Portanova, Marco Antonio Bandeira Scapini y Aramis Nassif. Ver Coelho, Luis Fernando, *op. cit.*, y Edmundo de Arruda Jr., “Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares”, en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, pp. 167-168.

8 Lédio, Rosa de Andrade, “Proceso social alternativo”, en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, p. 82. Edmundo Lima de Arruda nos ofrece una panorámica ilustrativa de la variedad de miembros que participan de este movimiento. “Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares”, en *Lições de Direito...*, *op. cit.*, pp. 159 y ss. En realidad, el caso brasileño está marcado por la reacción de los mismos operadores del derecho, pero previamente, ya existía una fuerte tendencia crítica al propio derecho latinoamericano cimentado e interpretado sobre la lógica positivista-liberal, y buscadora de una nueva racionalidad emancipatoria que rompiera con el orden legal vigente, siempre a favor de las clases dominantes. Extendidos por todo el continente, y conformando un conjunto de teorías diversas entre sí —incluso entre los mismos integrantes del derecho alternativo—, de alguna manera van a quedar vinculados bajo el rótulo de *Crítica Jurídica*. Tienen en común, entre otras cosas, al retomar las premisas establecidas por el movimiento *Uso Alternativo del Derecho* italiano, y los aportes de aquellas corrientes jurídicas europeas más progresistas. Ver Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, São Paulo, Editora Académica, 1991, pp. 79 ss.; y Rosa de Andrade, Lédio, *Juiz alternativo e poder judiciário*, São Paulo, Editora Académica, 1992.

9 Edmundo Lima de Arruda, “Apresentação” de *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, p. 7.

norma jurídica.¹⁰ La mayoría pobre de sus sociedades demandan unas necesidades avaladas por preferencias y objetivaciones referentes a la forma de, al cómo satisfacerlas. En base a esto, lo social, lo popular, es la fuente que marca el camino de la hermenéutica jurídica.¹¹ Mediante el derecho, junto con otras técnicas y otros mecanismos, se pretende subvertir el orden social vigente por otro más justo y solidario. Frente al monismo jurídico, no es el Estado el único sujeto creador de derechos, sino que estos también son generados por la misma sociedad, por todos los individuos, por determinados grupos humanos o sujetos colectivos, naciendo en el seno del mismo conflicto social.¹² El pluralismo jurídico es la mejor forma de comprender lo universal de lo diverso.¹³ Lo jurídico sirve como mecanismo de cambio social.

Hay que tener claro que no van a rechazar en su totalidad la estructura de los ordenamientos jurídicos vigentes. En parte, dos son las respuestas que dan, estando ambas muy correlacionadas entre sí. Por un lado, el derecho oficial, además de poseer instituciones defensoras de determinados intereses de clase, también presenta márgenes de interpretación que posibilitan la defensa de los pobres. Aparte de la posible eficacia de las normas, el problema radica en la *ideología* subyacente en toda interpretación sobre las normas. Por otro lado, hay simultáneamente, una actitud de creación de nuevas perspectivas, de nuevos enfoques, de nuevas normas más acordes con la realidad cambiante de sus naciones.¹⁴

El movimiento de derecho alternativo, como parte integrante de Crítica Jurídica, va a realizar un feroz ataque contra la concepción formalista kelseniana, y contra toda aquella teoría, ubicada dentro del rótulo *dogmatismo jurídico*, que pretende aplicar “*el derecho a través de un método técnico, formal, buscando la interpretación científica de la ley cuando se aplica a los casos concretos*”¹⁵ e impide indagar los presupuestos ideológicos y valorativos subyacentes a toda norma.

Hans Kelsen, bajo el título de “¿Qué es la Justicia?” bautizaba un pequeño ensayo con el objeto de plantear la imposibilidad de dar un criterio único y acabado sobre el concepto de justicia.¹⁶ Dar una definición de lo justo es exponer uno de los

10 Ver Batista Moreira Pinto, Joao, “A ação instituinte dos novos movimentos sociais frente à lei”, en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, p. 18; Ledio Rosa de Andrade, *op. cit.*, p. 92.

11 Rosa de Andrade, Lédio, *idem*.

12 Moreira J. B., Pinto, *op. cit.*, pp. 21-22.

13 Rosa de Andrade, Lédio, *op. cit.*, p. 93.

14 El abogado mexicano Jesús de la Torre Rangel nos habla de una apropiación de las leyes vigentes, y además una reapropiación del poder normativo para crear leyes nuevas en favor de las clases más desfavorecidas. Parte del derecho existente es válido. Lo único que habría que hacer es desideologizarlo, en cuanto defensor de los grupos dominadores, aprovechando lo dado, y provocar el cambio cualitativo necesario en función del proyecto jurídico alternativo. Torre Rangel, Jesús de la, *El derecho como arma de liberación en América Latina*, Aguascalientes, Centro de Estudios Ecueménicos, 1984, pp. 79 ss.

15 “...o Direito através de um método técnico, formal, buscando a interpretação científica da lei quando na aplicação aos casos concretos.” Rosa de Andrade, Lédio, *Juiz alternativo e poder...*, *op. cit.*, *supra* nota 8 p. 25; Warat, Luis Alberto, “Sobre dogmática jurídica”, en *Seqüencia*, Florianópolis, v. 1, nº 2, 1980, pp. 34 ss. La traducción es nuestra.

16 Kelsen, Hans, “¿Qué es la Justicia?”, en *¿Qué es la Justicia?* (Edición preparada por Albert Calsamiglia), 2a. ed., Madrid, Editorial Ariel, 1991, pp. 35 a 63.

muchos criterios que sobre la Justicia existen. Kelsen representa así uno de los ejemplos más significativos del relativismo axiológico, defensor de la existencia de varios valores dentro de la vida social, y contraria a la posibilidad de que se pueda establecer un criterio único normativo válido para todo tiempo y lugar.¹⁷ Aparte de su racionalismo científico exclusivista, y la consiguiente impugnación para indagar el mundo de los valores por medio de la razón, la multiplicidad de criterios sobre la Justicia es la nota que domina el mundo humano del deber ser.¹⁸ Para él, hablar de valores, es algo subjetivo, siendo impensable poder llegar a un consenso basado en una racionalidad emancipadora, que permita la objetivación de los mismos, o que el mismo desarrollo y la historia del hombre, vaya elaborando un excedente axiológico aceptado por más de una forma de vida.

Kelsen, defiende también una posición propia del dogmatismo o formalismo jurídico racionalista. Su Teoría pura del Derecho no se ocupa para nada de todo elemento “extraño” que pertenece al reino del deber ser como son la moral, la justicia o la ideología.¹⁹ Ignorando el contenido de las normas, sólo se interesa por su estructuración lógica. Y va mucho más lejos al llegar a identificar al derecho con la voluntad del Estado, al reducirlo al sistema de normas que son válidas según el criterio establecido por una norma fundamental o legislador originario.²⁰

Frente a estos planteamientos, es impensable que ante la crudeza que la propia sociedad brasileña está viviendo, extensible a las del resto de los países latinoamericanos, el pensamiento jurídico no se preocupe en analizar, y en saber reflejar aquellos conceptos de justicia que los ciudadanos sostienen. La dogmática jurídica, al negar todo posible conocimiento de los valores inherentes a las normas, y al cimentarse sobre un irrefutable cientificismo, viene a preservar las correlaciones de fuerza sociales, buscando siempre mantener el orden establecido por los grupos dominantes, trabajando continuamente en favor de los detentadores del poder.²¹ Es como si vinieran a imponer un criterio oculto de injusticia, opuesto a aquellas directrices de justicia favorables siempre a las clases más necesitadas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior señala que la dogmática es un agente estabilizador que evita el conflicto social, y que monopoliza la interpretación de las normas, sin dar opción a otras visiones.²²

17 Calsamiglia, Albert, “Estudio preliminar”, en *¿Qué es la Justicia?*, *op. cit.*, *supra* nota 16, p. 10.

18 “Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos”, *op. cit.*, p. 59.

19 Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1981, pp. 35 a 44.

20 Ver Torre Rangel, Jesús de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Editorial M. A. Porrúa, Escuela Libre del Derecho, 1992, pp. 88 ss. Ver también Cossio, Carlos, en el prólogo de la obra de Kelsen, *La Teoría... op. cit.*, *supra* nota 19, p. 11, y al mismo autor austriaco en pp. 99 ss.

21 Rosa de Andrade, Lédio, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 24.

22 *Idem*, *A ciencia jurídica e seus dois maridos*, Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985, p. 96.

Realmente, la existencia de multitud de valores en nuestras sociedades es un hecho. A pesar de todas las descripciones que sobre lo justo se han realizado, debe haber algún elemento indicativo, aunque sea puramente formal, que nos permita saber por qué cuando hablamos de que “algo” es justo, estamos hablando de los valores sobre la justicia, y no de otra cosa. El iusfilósofo español Joaquín Herrera Flores, concibe como lo más esencial del concepto de justicia, “*la satisfacción jerarquizada, en función de algún criterio axiológico previo, de las necesidades humanas.*”²³ Valores, necesidades y jerarquización conforman su esencia. Como sujeto referente, el *ser humano*. Según se combinen, saldrá una concepción concreta sobre lo justo. Cada época, cada sociedad, poseerá uno o varios patrones de justicia, según qué tipo de preferencias mayoritarias poseen sus ciudadanos, preferencias destinadas a satisfacer, siguiendo un orden, aquellas necesidades que, en virtud de las preferencias, reciben prioridad. El elemento ideológico se encuentra inmerso en todo este proceso organizativo. Individuos y grupos o clases sociales intentarán hacer prevalecer sus propios criterios, pero siempre habrá alguno que sea comúnmente aceptado, si no por todos, al menos por un alto colectivo.

Según Lédio Rosa de Andrade, refiriéndose al movimiento de Crítica Jurídica, dos son sus objetivos. Por un lado, el perseguir el cambio social para crear la justicia material. Por otro lado, desmitificar el discurso dogmático tradicional, mostrando su ideología, desenmascarándolo.²⁴ La opción por los pobres es clara. De ahí, la importancia que tiene el crear un instrumental adecuado con el que se pueda interpretar las diversas y variadas demandas que los grupos e individuos oprimidos poseen, para que así, se pueda realizar una interpretación del derecho a su favor, sin que se caiga en el dogmatismo, en lo inmutable, en lo absoluto.

Los operadores jurídicos brasileños dan una mayor importancia al concepto de justicia que al concepto de derecho, pues con él se conocen las preferencias que la mayoría de las personas quieren que se establezcan como criterios de jerarquía en la satisfacción de sus necesidades. La pobreza afecta casi al cincuenta por ciento de los latinoamericanos, y en Brasil también. Si los ordenamientos jurídicos vigentes no atienden a sus reclamos, hay que hacer algo para que los tengan en cuenta. La legitimidad, apoyada sobre el acuerdo del colectivo social, prima sobre la legalidad, sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas. Se buscan pautas, instancias en virtud de las cuales se puedan fundamentar, se puedan explicar estos planteamientos que “rompen” básicamente con aquellas teorías jurídico-formales positivistas, que asocian la norma exclusivamente con lo que dice la ley, con lo que prescribe el Estado.²⁵ Frente a ellas, los conceptos de soberanía popular y de participación adquieren una dimensión más radical, más extensiva. Los nuevos sujetos sociales, siempre relacionados con el

23 Conferencia presentada al II Encontro de Direito Alternativo celebrado en Florianópolis, entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 1993. Mecnografiada. El subrayado es mio.

24 *Idem*, p. 33.

25 Ver Alves Lima, Miguel. “O direito alternativo e a dogmática jurídica”, en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.*, *supra* nota 6 pp. 44 ss.

mundo de la pobreza, tienen que entrar a formar parte de un concepto de derecho más flexible y más plural. Los criterios de justicia insertos en este mundo desfavorable, necesitan ser positivizados jurídicamente, sus demandas, sus expectativas, sus preferencias, etcétera.²⁶

Para formalizar racionalmente, para conceptualizar estas nuevas dimensiones jurídicas, como hemos dicho, se necesitan instrumentales categoriales explicativos de los hechos, y que den cabida a su virtualidad. Amilton Bueno de Carvalho, uno de los principales miembros de los jueces gauchos, recientemente, hacía una solicitud, una demanda, para que desde la teoría y desde la razón, se diera sentido a aquellas actuaciones que los operadores jurídicos partidarios del derecho alternativo realizan diariamente, y que están impregnadas de alternativas.²⁷ Se quieren respuestas teórico-prácticas sobre una realidad que se le escapa al pensamiento por lo inserto que está dentro de la acción. Ante el hecho de que el derecho oficial está creado de cara a la defensa de las minorías privilegiadas, se deben buscar instancias que, sin caer en la inseguridad jurídica, puedan servir de defensa para los legítimos de las mayorías desprotegidas.

Con esta necesidad de teorizar de cara a una praxis, entramos en las posibles vías de comunicación y colaboración que la FdL puede tener con el derecho alternativo.

III. FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN Y DERECHO ALTERNATIVO. ALGUNAS VÍAS DE CONEXIÓN

Norberto Bobbio considera que la evolución del pensamiento sigue una línea que enlaza con etapas metafísicas y positivas, en donde se acepta el orden de las ideas y el orden social vigente, y etapas escépticas y críticas, en las que hay un cuestionamiento de lo existente y un intento de reconstruir el orden amenazado de disolución. La FdL, podríamos clasificarla como una de las formas de pensamiento ubicadas dentro de esta segunda etapa. Y lo mismo le ocurre a los planteamientos iusfilosóficos del "derecho alternativo". La primera pone en cuestión el universo discursivo de Occidente, basado en una ideología dominadora, conquistadora.²⁸ El segundo, cuestiona el universo jurídico de sus sociedades, que están inspirados en la tradición positivista y liberal de occidente. Las categorías y los conceptos sufren, al menos, un intento de quiebra. Se las intenta reinterpretar o transformar.

²⁶ "Y es el explotado, el marginado, el oprimido, el único que puede tener la idea de la auténtica justicia. Sólo en aquel que está fuera de la totalidad jurídica del sistema, y en aquel otro que no ve desde la legalidad del sistema sino que tiene la óptica del marginado, puede nacer la conciencia de la justicia 'legal fuera de la totalidad opresora.'" Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *op. cit.*, supra nota 14, p. 28.

²⁷ Bueno de Carvalho, Amilton, "Actuação dos juizes alternativos gaúchos no processo de pos-transição democrática" (ou uma práxis em busca de uma teoria). Conferencia presentada en Oñati, julio de 1993, mecanografiado, pp. 1 y 15.

²⁸ Ver Zan, Julio de, "La dialéctica en el centro y en la periferia", en *Nuevo Mundo*, Buenos Aires, enero-junio de 1973, t. 3, pp. 103 a 115.

Existe un deseo por lo novedoso, por lo progresivo.²⁹ Y es ese mismo espíritu tensional el que nos permite acudir del mundo jurídico práctico al mundo de las ideas filosóficas.

En la reciente historia intelectual y científica latinoamericana, si desde determinadas perspectivas del mundo de la economía, de la sociología, de la teología, de la filosofía y del derecho, se denuncia el alejamiento que existe entre la realidad y la posibilidad de que el hombre circule por ella con plenas garantías de ver colmadas sus aspiraciones, difícilmente puede uno detenerse en sentar las bases para que su actividad teórica permanezca separada del ámbito de lo axiológico, de los valores, del deber ser. El compromiso y la responsabilidad son elementos comunes. Los sentimientos y las pasiones se mezclan con la razón y su ejercicio. El nuevo espíritu de superación de los discursos vigentes, demanda una racionalización que pueda reflejarlo. El deficiente panorama de la realidad latinoamericana ha servido de acicate para que se elabore un ejercicio de la razón vivo, plenamente vinculado con los hechos. La realidad social está dando origen a multitud de fenómenos y hechos difícilmente de clasificar con el aparato normativo existente. La mayoría de los miembros del "derecho alternativo" suelen ser operadores jurídicos que diariamente están metidos en el foro de la acción. Por eso, entre acto y acto, entre bastidores, se lanzan a la búsqueda del instrumental teórico que coteje esa práctica, y que avance en la construcción de un nuevo imaginario. Por eso creemos que la FdL ofrece una vía atractiva y factible para ello. Sin ir más lejos, el mismo abogado y iusfilósofo mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, posicionado en la misma frecuencia que los juristas brasileños, en varios de sus trabajos, ha desplegado toda una actividad de fundamentación de la práctica jurídica por medio de determinados planteamientos de Enrique Dussel.³⁰

La FdL, desde la década de los setenta, a partir de su inicial preocupación por superar el pensamiento occidental, han creado un conjunto de categorías metodológicas que pueden ser aprovechables para el ámbito jurídico. A título de ejemplo, y como hemos comprobado más arriba, tenemos cómo Dussel ofrece un método interpretativo de la realidad basado exclusivamente en el respeto al otro. Ese "otro" adquiere su máxima expresión en la figuras del "pobre" en cuanto individuo, y en la figura del "pueblo", en cuanto colectivo. En la actualidad, dentro de la práctica social de los países latinoamericanos, están surgiendo unos nuevos sujetos, difíciles de clasificar, que parten básicamente de su condición de pobreza para exigir sus derechos. Son movimientos que siempre han existido, pero que ahora, pretenden con más fuerza formalizar jurídicamente sus exigencias. La elaboración teórica de

²⁹ Arturo Andrés Roig reclama nuevos conceptos integradores que expliquen los elementos ideológicos de todo discurso, que desenmascaren las totalidades objetivas opresoras que hasta ahora se han realizado desde la filosofía. Ver "Función actual de la filosofía en América Latina", en *La filosofía actual en América Latina*. México, Editorial Grijalvo, 1976, pp. 144-145.

³⁰ *El derecho como arma de liberación*, op. cit., supra nota 14, pp. 15; *El derecho que nace del pueblo*, Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986, pp. 55-56; *Del pensamiento jurídico contemporáneo*, México, Editorial M. Á. Porrúa, 1992, pp. 233 ss. De todas formas, ver siguiente epígrafe.

Dussel puede servirnos de marco explicativo y delimitativo, dador de sentido a los mismos.³¹

También, en el seno de la misma FdL, el concepto de “cultura popular” recibió una atención grande como objeto de investigación.³² El teólogo y filósofo Juan Carlos Scannone pretende que el auténtico carácter del pueblo latinoamericano se expresa en su tradición, en sus costumbres. La cultura popular ofrece la pauta por la que todo programa de gobierno o de dirección política debe caminar.³³ Osvaldo Ardiles señala que las masas populares “*elaboran su proyecto político de liberación*”, generando elementos culturales aptos que lo concretizan.³⁴ El “derecho alternativo”, para obtener una mayor seguridad jurídica, y contra toda posible inseguridad e incertidumbre, considera que el criterio de justicia que fundamenta sus decisiones en favor de los pobres, procede de las sucesivas conquistas que el hombre ha ido obteniendo a lo largo de la historia por medio de su lucha contra la dependencia. Actualmente, la dominación la sufren los pobres, y sus demandas continúan esa tradición, toman el testigo de esa historia de luchas contra la dominación.³⁵ Los conceptos explicativos de la cultura popular pueden ser mediaciones de gran importancia, como fuentes hermenéuticas desde donde sacar las preferencias más generalizadas que jerarquizan la satisfacción de sus necesidades,

31 Dussel, haciendo todo lo posible para que tal categoría no sea asociada a los clásicos populismos, pretende englobar bajo el concepto de “pueblo”, a los sucesivos colectivos humanos latinoamericanos que se han ido encontrando en una situación de marginalidad con respecto al sistema social imperante en cada época, que, desde, como él llama, el “encubrimiento”, siempre han estado vinculados y apadrinados por el sistema global capitalista. Son grupos humanos que guardan exterioridad al mismo: indios, negros esclavizados, mestizos, criollos, campesinos, obreros, marginales, entre otros, proporcionan sucesivas demandas que se van acumulando en una conciencia histórica de su situación. Las reacciones que han ido teniendo, y las soluciones que se han ido dando, y que deben seguir dándose, conforman el concepto de “pueblo” como “*un sujeto histórico que atraviesa los diversos modos de apropiación de una formación social.*” Ver epígrafe 18. 6 “La cuestión popular” de su libro *La producción teórica de Marx. Un comentario a los Grundrisse*, México-Madrid-Buenos Aires-Bogotá, Siglo XXI, 1985, pp. 400 a 413; 1492. *El encubrimiento del otro. (El origen del mito de la modernidad)*, Santa Fe de Bogotá, Antropos, 1992, pp. 211 ss. En este último libro dice: “La “invasión”, y la “colonización” subsecuente, fueron “excluyendo” de la comunidad de comunicación hegemónica a muchos “rostros”, a sujetos históricos, a los oprimidos. Ellos son la “otra-cara”... de la Modernidad: los Otros encubiertos por el descubrimiento, los oprimidos de las naciones periféricas (que sufren entonces una doble dominación), las víctimas inocentes del sacrificio. Son un “bloque social” —en la terminología de Antonio Gramsci— que se constituye como pueblo, como “sujeto histórico” en ciertos momentos...” *Idem*, p. 213.

32 Ver los trabajos colectivos *Cultura popular y filosofía de la liberación*, Buenos Aires, Editorial Fernando García Cambeiro, 1975; y *Sabiduría popular, símbolo y filosofía*. Buenos Aires, Editorial Guadalupe, 1984.

33 Ver Scannone, Juan Carlos. “Teología, cultura popular y discernimiento. Hacia una teología que acompañe a los pueblos latinoamericanos en su proceso de liberación”, en *Cultura popular y filosofía de... op. cit.*, *supra* nota 32, especialmente pp. 246 ss.; “Trascendencia, praxis liberadora y lenguaje”, en *Nuevo Mundo, op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 241 ss.

34 Ardiles, Osvaldo, “Ethos, cultura y liberación”, en *Cultura popular y filosofía de la liberación, op. cit.*, *supra* nota 32, p. 27.

35 Historia que en el mundo de los valores queda reflejado en los principios generales del derecho y en los derechos humanos. Bueno de Carvalho, Amilton, *op. cit.*, *supra* nota 27, p. 11.

y nos proporcionarían, además, el cómo son entendidos y delimitados sus patrones de justicia en virtud de los cuales, el derecho debe inspirarse. Los aportes metodológicos de Scannone y de Dussel, junto a muchos otros, *a priori*, podrían servirnos.

En esta misma línea, tanto desde el ámbito jurídico como en el ámbito filosófico se pretende sentar las bases de una cultura alternativa, a la manera gramsciana, más justa y distinta a la vigente, en la que todos los ciudadanos sean sujetos activos de derechos, copartícipes en su creación. Inmersos en un continuo proceso práctico, comprometido por la causa del pobre, van a darse cuenta de la necesidad de crear una teoría adecuada a sus actuaciones, y orientadora de su praxis. Para ello, van a considerar primordial, el crear una cultura jurídica alternativa, basada en los valores del colectivo social más marginado, y opuesta a los criterios de justicia impuestos por las clases dominantes.³⁶ Para generarla se necesitan de muchos elementos, tanto teóricos en los que la colaboración de todas las áreas del saber es fundamental, como prácticos, con la acción conjunta de todos los seres humanos, sea cual sea su condición social. Fomentar la unión entre el "derecho alternativo" y la FdL puede aportar su granito de arena. Seguidamente veremos dos formas concretas que pueden colmar esta oferta.

IV. J. A. DE LA TORRE RANGEL. UNA JURIDIFICACIÓN DE LA FDL

Más arriba, al comienzo, vimos como para Enrique Dussel todo tipo de acuerdo a la vez que incluye, excluye a determinadas personas o colectivos humanos. Los sistemas jurídicos, en cuanto procedimientos reguladores de conductas, y en cuanto instrumentos formales a través de los cuales se desarrollan acuerdos y desacuerdos entre los afectados, adolecen de los mismos defectos apuntados por el autor argentino. En el momento que una comunidad real de comunicación está conformada por un colectivo humano que tiene la posibilidad de participar, está ignorando el paso *previo* de aquellos que no pueden hacerlo por múltiples causas: porque no se les respeta su modo de vida distinto, porque el sistema directamente los aparta del propio proceso de producción, porque se asocia sus diferencias culturales con incapacidades o inferiores cualidades humanas, etcétera. No se trata de que la comunidad ideal los incorpore *a posteriori*. Esto ocurre con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, que están cimentados sobre la base de esa comunidad real de comunicación hegemónica, que desde el

³⁶ Ver Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *op. cit.*, pp. 88. El filósofo del derecho brasileño Antonio Carlos Wolkmer, ve necesaria la colaboración interdisciplinaria entre aquellas teorías que dan prioridad al mundo de ética de la alteridad, del respeto al otro, para así crear una cultura jurídica alternativa favorable a la mayoría popular y contraria a las clases o grupos dominantes. "Direito Comunitário Alternativo: Elementos para un ordenamento teórico-práctico", en *Lições de...* 2, *op. cit.*, pp. 127 ss. y 143-144.

principio ya establece una serie de condiciones limitativas para determinados grupos.³⁷

En este sentido, en el seno de la realidad jurídica mexicana, para Jesús Antonio de la Torre Rangel, la práctica diaria que experimenta por su trabajo de abogado, le muestra que el derecho posee, al menos dos facetas. Dependiendo de la capacidad o de la incapacidad de protección que tenga con respecto a los grupos más desfavorecidos, una de las facetas es de utilidad, como instrumento de lucha, mientras que la otra es de inutilidad, como instrumento legitimador del sistema establecido. Ahora bien, de ambas resulta que predomina la segunda sobre la primera, porque el “*Derecho vigente es mucho más expresión de injusticia y opresión que de justicia. (...) la injusticia instalada en nuestra sociedad latinoamericana no es porque no se aplica el derecho, sino que resulta de la propia aplicación del derecho vigente.*”³⁸ El hecho de la injusticia de fondo que todo aparato jurídico reúne —legalidad de la injusticia, utilizando una frase del mismo Dussel—, al ser mecanismos de expresión de las clases o grupos dominantes provoca al autor mexicano el intento de dar un vuelco al sentido del sistema jurídico para que sea beneficioso en relación a aquellos que quedan constantemente perjudicados, en este caso los oprimidos, pues “*puesto al servicio del pueblo, el Derecho puede llegar a ser una efectiva herramienta de liberación.*”³⁹ Para legitimar la defensa a través del derecho, por medio de los grupos sociales más desfavorecidos, acude a la FdL dusseliana. La existencia de una Exterioridad separada y situada más allá del sistema —en el campo del derecho, sistema legal vigente—, permite una instancia crítica al mismo. Dussel le ofrece un conjunto de mediaciones que posibilitan tanto esta crítica como una alternativa.⁴⁰ El abogado mexicano señala que debe rebasarse el reducido ámbito legalista y normativista del derecho vigente, equivalente al ordenamiento oficial, que, en casi su totalidad,

³⁷ Dussel, Enrique, antes de partir de una comunidad real de comunicación y antes de pasar de ella a la comunidad ideal de comunicación, reclama la necesaria y urgente constitución de lo que denomina “comunidad de comunicación histórico-posible”. Esta permite una nueva comunidad que surge desde la exterioridad del otro, y que rompe con la sociedad hegemónica —en este caso la capitalista— que establece como comunidad real sus propios particularismos, olvidando e ignorando otros —los propios de las etnias, de los pueblos indígenas, de los marginados, en cuanto su situación de pobreza genera una cultura de supervivencia, etcétera. Con la “comunidad de comunicación histórico-posible” se desarrollan y se facilitan los medios necesarios para que todo ser humano, pueda formar parte de la comunidad real de comunicación, sobre todo, aquellos que antes de ser “afectados”, fueron “excluidos” de la misma. En cada “juego de lenguaje” o forma de vida, “alguien” está siendo “excluido” de la comunidad argumentativa. *Fundamentación de la ética, op. cit.*, pp. 71 ss., 80-83.

³⁸ *Derecho como arma de liberación...*, op. cit., supra nota 14, p. 23. En otro lado dice que la opresión económica y política, casi siempre “no se hace violando el derecho objetivo o las leyes, sino precisamente aplicándolo. La normatividad frecuentemente legaliza la injusticia y la violación de los derechos humanos.” *Del pensamiento jurídico...*, op. cit., supra nota 38, p. 283.

³⁹ *Idem*, pp. 13 a 15.

⁴⁰ Tomando las palabras del mismo Dussel, la exterioridad es “*el ámbito desde donde el otro hombre, como libre e incondicionado por un sistema y no como parte de mi mundo, se revela.*” *Del pensamiento jurídico...*, op. cit., supra nota 30, pp. 241. Ver también Dussel, E., *Filosofía de la liberación*. 4ª ed., México, Edicol, 1989, pp. 53.

defiende los intereses de los más poderosos, de ahí que, para no caer en la arbitrariedad y en el decisionismo, sea necesaria una instancia que de seguridad y certidumbre normativa a las reclamaciones y demandas populares. Como nos movemos en el seno del mundo jurídico, será a través del concepto de justicia como se podrá salir de ese ámbito reducido y limitado que el derecho oficial y positivo mantiene. Además, en la línea de los miembros del movimiento crítico y alternativo, Jesús A. de la Torre acentúa el valor de la dimensión política íntimamente unida al derecho. Sin que se llegue nunca a perder la juridicidad, lo que se trata es de cambiar el sentido asignado al ordenamiento jurídico ideológica y orgánicamente dentro de la formación social donde es producido.⁴¹ Ahora son las clases dominadas las que están en el punto de mira. Al remarcarse tal ámbito, frente a un ordenamiento que legaliza la injusticia, se pretende, si no crear, al menos hacer respetar, pese a su sistemática ignorancia, la fuerza que determinadas expectativas sociales están adoptando con la pretensión de ser reconocidas y ser satisfechas jurídicamente. Tales necesidades se van delimitando cada vez más con un mayor grado de contenido axiológico y de objetivación, pues el número de individuos que pasa hambre crece, organizando esos intereses de tal manera que el derecho oficial no tenga más remedio que incorporarlos. Pueblos indígenas, grupos de campesinos, comunidades de vecinos manifiestan y expresan todo ese conjunto de reclamos cimentados en una larga tradición de lucha contra la opresión y la dominación.⁴²

En lo que respecta a la conexión que se hace entre el ámbito jurídico y el pensamiento dusseliano hay que profundizar en la propia concepción filosófica que el abogado mexicano tiene sobre el derecho. Inspirándose en Efraín González Morfín, utiliza la analogía como método de conocimiento. Mediante ella, se puede transitar del ser más conocido al menos conocido mediante una combinación de discrepancia y conveniencia. El derecho es un término formado por varias realidades: derecho objetivo o norma, derecho subjetivo o facultad, patrón o ideal ético de justicia y las ciencias jurídicas. De entre ellas, la que está más vinculada con el ser humano, la propia del derecho subjetivo, es el análogo principal que dota de sentido a todas las demás, en cuanto análogos secundarios. Como defensor de un iusnaturalismo arraigado en la tradición cristiana, considera que la esencia del derecho radica en el hombre mismo, su fin está basado en la naturaleza humana.⁴³ *Y la naturaleza humana se estructura respetándose tanto su aspecto individual*

41 Ver Torre, J. A. de la, *El uso alternativo del derecho en Bartolomé de las Casas*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991, p. 5.

42 Nuestro autor en varios de sus trabajos lo ejemplifica con casos concretos llevados a los tribunales. Por citar dos ejemplos, en *El derecho que nace...* op. cit., supra nota 30, pp. 18 y ss la comunidad campesina de San José de Bojay, por medio de su conciencia de explotados poseen la intuición de que tienen derecho a no serlo, y utilizan conceptos jurídicos basados en un sentimiento de justicia que deviene de esa misma experiencia de explotados; en su artículo "Huayacocotla: derecho a la vida. La justicia reclamada", de próxima publicación, y proporcionado por el mismo autor, los indígenas del pueblo norteño de Veracruz crean sus propias normas, elaborando un derecho objetivo cimentado en las propias relaciones sociales solidarias (mecanografiado, pp. 11-12).

43 *El derecho como arma...*, op. cit., supra nota 14, pp. 17-18; *Del pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., supra nota 20, pp. 20 a 22.

*como su componente social. Para evitar la conculcación de ambos, o que uno prevalezca sobre el otro, nuestro autor aboga por un orden político que los concilie y los coordine simultáneamente.*⁴⁴

El derecho tiene como finalidad la obtención de la Justicia, principio inspirador que orienta el respeto integral del ser humano. Ahora bien, como hemos visto, definir lo justo no es una labor demasiado clara e inequívoca. Además, existen situaciones donde la persona queda desvirtuada en cuanto tal, en la que queda conculcada sistemáticamente en sus dos dimensiones, tanto individual como social. La realidad de la pobreza es de las más radicales. La naturaleza humana recibe su máxima ofensa en la situación de miseria, vejación, tortura, rechazo, ignorancia y olvido en la que millones de personas se encuentran. En la misma línea que los teólogos de la liberación, la responsabilidad humana hacia sus semejantes en tanto distintos, le incita a buscar elementos teóricos y prácticos con los que poder precisar, y con los que poder obtener el objetivo de la *justicia social y material* para quienes más la necesitan, para todos los condenados de la tierra.⁴⁵ El método analéptico de Dussel se lo permite, posibilita esa apertura, abre un frente crítico de lo justo vigente que parte desde fuera de la totalidad. Desde el ámbito del otro se cuestiona cualquier juridicidad.⁴⁶ La justicia revelada en las situaciones de explotación nos ofrece una serie de demandas comunes que informan tanto al derecho vigente como al derecho futuro que deberá establecerse como procedimiento formal receptor de lo justo.

Dussel ha creado todo un sistema filosófico, formado por una serie de categorías, destinado a criticar y a denunciar aquellos discursos dogmáticos, con sus consiguientes acciones, justificadores de totalidades objetivas que oprimen al ser humano, de ahí que su filosofía esté plenamente volcada a la defensa del hombre. Para

44 Su concepción social solidarista está basada en las corrientes personalistas de N. Hartmann, Leon Bourgeois, Charles Gide, Monzel, Paul Jostock, Mournier, Messner, Jacques Maritain, Gabriel Marcel y Heinrich Pesch, entre otros. Parte de una posición ontológica del hombre que defiende su valor primigenio y absoluto, como individuo y como ser social. Ver *Hacia una organización jurídica del Estado, solidaria y liberadora*, México, Editorial Jus, 1977, pp. 10 ss. y 63 ss.

45 Como reconoce, hace en el campo del derecho lo que otros hacen en el campo teológico, actuar solidariamente con los hermanos despojados de los derechos políticos, económicos y sociales que son ampliamente reconocidos a otros. Ver *El Derecho como arma...*, op. cit., supra nota 14, pp. 7 a 9.

46 *El Derecho que nace del pueblo*, op. cit. pp. 55-56. El método analéptico, cuyo origen está en la influencia que la obra del alemán B. Lakebrink, *Hegels dialektische. Ontologie und die thomische Analektik*, Retingen, 1968, tuvo sobre el argentino Juan Carlos Scannone (Ver su artículo "La cuestión del método de una filosofía latinoamericana", en *Stromata*, n° 1/2, enero-junio de 1990, nota 4, p. 80), pretende superar las deficiencias que reúne el método dialéctico. La dialéctica es un método o camino, con un movimiento radical e introductorio a lo que las cosas son, y que se inicia desde el ser que se impone en ese captar de las cosas. Por medio de ella, la conciencia, la subjetividad o el ser domina las cosas, las hace formar parte de su propia identidad. Representa la mentalidad europea que diviniza su subjetividad proyectándola sobre otras culturas. Frente al horizonte de la diléctica existe otro horizonte que supera el movimiento hacia lo mismo, situado más allá del ser. Existe un "momento antropológico que permite afirmar un nuevo ámbito para el pensar filosófico, metafísico, ético, alterativo." Ver Dussel, Enrique, *Método para una filosofía de la liberación. (Superación analéctica de la dialéctica hegeliana)*, Salamanca, Editorial Sígueme, 1974, pp. 15 ss.

ello, parte de la tradicional posición ética cristiana que exige la apertura al prójimo. Podríamos decir que para él existe una relación primigenia entre los seres humanos, un cara-a-cara transparente que con el transcurso del tiempo se ha ido ocultando por medio de una serie de mediaciones políticas, económicas, sociales y culturales. En ella, cada uno conserva un ámbito esencial de pureza, de libertad e individualidad sin constricciones. Ni la razón puede captarlo tal como es ni traducirlo comprensivamente. A partir de este reducto, considera que cada hombre es hombre en cuanto es distinto, en cuanto es la alteridad absoluta, libre, que ni la razón puede llegar a describir. Su irreductibilidad es la que impide todo intento de dominio o posesión sobre él. Pero hay un colectivo humano que presente unos mayores síntomas de exterioridad. No es que Dussel haga una gradación de quienes son más hombres que otros, sino que por la situación real que viven, a la vez que su esencia antropológica corre más peligro, se manifiesta, por naturaleza y por tradición, con mayor fuerza. En realidad, es el más débil, el más necesitado quien queda situado más allá del sistema opresor y quien más crudamente sufre sus consecuencias. Tanto como ser humano como oprimido. En cuanto ser humano, la dignidad de la persona se muestra en toda su extensión sin límites. En cuanto oprimido, en cuanto ser hambriento, es en los momentos de miseria donde con más fuerza irrumpe la alteridad como justicia crítica y alternativa, como subversión radical contra el sistema.⁴⁷

Retomando estas mismas tesis, Jesús Antonio de la Torre considerará que la plena juridicidad se manifiesta con la alteridad del Otro, con lo que se considera que es la máxima expresión de la dignidad humana. Utilizando las mismas palabras de Dussel, y apoyando su posición iusnaturalista contraria a cualquier concepción positivista rígida, el “*derecho del otro fuera del sistema, no es un derecho que se justifique por el proyecto del sistema o por sus leyes, su derecho absoluto, por ser alguien, libre, sagrado, se funda en su propia exterioridad, en la constitución real de la dignidad humana.*”⁴⁸ Frente a las posiciones acriticas, defensoras de una “justicia conservadora” o de “derechos adquiridos”, que fundamentan el derecho según la voluntad ejercida por quienes detentan el poder, existe una instancia trascendente, situada más allá de cualquier acto de voluntad que reproduce lo deseado y lo pensado por los grupos dominantes. Gracias a ella, el pueblo participa activamente en la creación, elaboración y aplicación de las normas jurídicas. Pero en relación a esto, hay un punto en el seno del pensamiento dusseliano, y en la utilización hecha por el abogado mexicano, que conviene aclarar.

⁴⁷ *Filosofía de la liberación, op. cit.*, p. 54. El pobre cuando avanza en el mundo, conmueve los pilares del sistema que lo explota, provoca la justicia. Su presencia es el fin de la buena conciencia del opresor. *Idem*, p. 56. Todo hombre en cuanto otro es libre, es exterioridad, incondicionalidad. *Idem*, pp. 57-58. El mismo proyecto de liberación, que sirve de alternativa al *statu quo*, es movido por un *ethos* que al ser una aptitud o capacidad de innovar, de generar la novedad, rechaza toda posible reiteración de lo establecido por el sistema opresivo. *Idem*, pp. 78-79.

⁴⁸ Torre, J. A. de la, *Del pensamiento...*, *op. cit.*, p. 242; y E. Dussel, *Filosofía de la liberación, op. cit.*, *supra* nota 40, p. 56.

Acudir al concepto de justicia como finalidad del derecho a través del pensamiento de Enrique Dussel puede ser una temeridad. Mucho más para quienes, con anterioridad, lo han criticado con tenacidad y sin piedad. Básicamente es la "exterioridad" que defiende el filósofo argentino el centro de las disputas. Dussel, aparte de lo ya dicho, la concibe como aquella trascendentalidad interior del sujeto que se ubica "más allá" del sistema, en su trabajo, en sus deseos, en sus proyectos y en sus posibilidades. Entre las cosas o entes que aparecen en el mundo, hay uno que es *sui generis*, que es distinto a todos los demás. Al estar más allá de la razón, pues se revela por medio de la revelación, su rostro interpelante es una epifanía, un misterio que sólo por medio de la fe puede captarse. El otro no puede comprenderse por medio de ningún mundo o sistema. La razón es la capacidad especulativa humana por la que se ve y se descubre lo que los entes son, y en que el sistema, mundo o totalidad consiste.⁴⁹ Como no puede abarcar la exterioridad, al ser misterio inconceptuable, esto da pie a multitud de problemas. La inseguridad y la arbitrariedad son dos de los más inmediatos, en el momento que la razón queda maniatada en sus posibilidades de comprensión. Y al quedar la exterioridad separada de la misma praxis donde se juegan tanto las relaciones humanas dominadoras como liberadoras, da pie al peligro de incurrir en una nueva totalidad separada de todo tiempo y lugar. Por ello, entre otras cosas, Horacio Cerutti y Ofelia Schutte le reprochan tanto el esencialismo como el ahistoricismo y el acriticismo en el que cae esa supuesta exterioridad.⁵⁰

Además, consideran que no existe un mundo fuera del sistema, una instancia pura e inmaculada ajena a cualquier tipo de crítica. La pobreza no es algo situado fuera, más allá del proceso histórico, sino que, más bien, es un hecho nacido dentro de él, entre hombres insertos en su seno. "*Los pobres constituyen un fenómeno social producido, y no un hecho natural.*" Todo individuo y todo grupo humano se encuentra dentro del mismo, sufre sus cargas, y a la vez, posibilita su salida. Si alguien queda excluido es porque el mismo sistema lo ha echado, no porque

⁴⁹ *Filosofía de la liberación, op. cit., supra* nota 40, pp. 52 ss. y 180-181.

⁵⁰ Cerutti Guldberg, Horacio, ha desarrollado todo un desglose crítico del pensamiento dusseliano. El fundamento último de la exterioridad está en Dios. El corte meta-físico implícito supone la aceptación de la alteridad, fundada en el Absolutamente Otro, que, a su vez, está identificada con Dios, como la suprema novedad y revolución del pensamiento. Como la razón no sirve para obtener la revelación, se incurre en un fuerte fideísmo y mesianismo en sus planteamientos. Y Dussel considera que la filosofía, subordinada a la teología, es la forma de conocimiento que se sitúa por encima de las demás. Dota a sí de un inmerecido privilegio a los filósofos, que pasan a ser élites-oráculo representantes de los oprimidos. Ver su *Filosofía de la liberación latinoamericana*, México, F.C.E., 1983, pp. 35 ss., 42-43, 211 ss., 230 ss. Ofelia Schutte, a parte de poner en duda el acercamiento que Dussel hace entre su pensamiento y el de Marx, acusa incluso del peligroso decantamiento maniqueo, autoritario y fascista en el que pueden caer sus tesis fenomenológicas de corte heideggeriana y levinasiana, pues todo lo que no sea posicionado en favor del otro es negativo, y toda crítica que se intente realizar únicamente puede provenir de la exterioridad, siendo imposible ejercerla sobre ella "Orígenes y tendencias de la filosofía de la liberación en el pensamiento latinoamericano", en *Prometeo*, n° 8, enero-abril de 1987, pp. 25, 27, 30-31, 37, 40-41.

previamente esté inmerso en una inmaculada exterioridad.⁵¹ Incluso desde el mismo sistema es posible la crítica y la alternativa.

El abogado mexicano, por otra vía, más preocupado en reparar los errores cometidos por determinadas visiones humanistas, y para evitar cualquier tipo de esencialismo o purismo trascendental en los cuales las tradicionales posiciones jurídicas iusnaturalistas han incurrido, acude a la historia como ámbito de recepción de las actividades humanas, y como el marco donde ha podido manifestar y concretizar esa hipotética “exterioridad”. Como ha señalado el iusfilósofo marxista Óscar Correas, el “*iusnaturalismo postula un criterio extrajurídico —claro, metafísico— para juzgar acerca de la justicia de las normas, pero no posee ninguna explicación para los contenidos positivos de éstas.*”⁵² Para intentar paliar esta y muchas otras acusaciones, J. A. de la Torre elabora un mecanismo que sirva de contrafuerte, y que denomina *iusnaturalismo histórico*. Para él el derecho moderno, de corte europeo, peca de abstraccionismo, impersonalismo y excesiva generalidad, perdiendo capacidad de concreción y sacrificando a las mismas personas que deben ser los sujetos principales de sus proposiciones, en última instancia, garantizadoras del ejercicio de sus facultades. Para evitarlo, considera que existen una serie de objetivaciones referidas a la naturaleza humana, en este caso representada en la otredad, que, a lo largo del tiempo, han conservado su validez universal. Pero además, se da el caso que reúnen la capacidad de ser concretizadas en cada momento socio-epocal. Tales objetivaciones, según nuestro autor, quedan manifestadas, además de en el concepto de justicia dicho, en los conceptos de derechos humanos y de bien común. Los tres poseen un origen y una fuente similar. Para delimitarlas, acude y retoma la tradición cristiana cimentada sobre la defensa de los pobres, de raíz bíblica, cuyo origen se manifiesta con mayor claridad en la actividad ejercida por los profetas a favor de los débiles de la tierra.⁵³ El otro dará las pautas de una búsqueda histórica de la vigencia real de los tres términos. De la lucha contra la injusticia nacerá, y se irá tomando conciencia de un más amplio concepto de justicia, y se irá desplegando todo un sistema de derechos en favor de los pobres. Conservando tanto la generalidad axiológica de la dignidad humana como su posible concretización, se logra una mayor efectividad de protección y de reconocimiento. Así, los principios y valores defendidos en el pasado conservan toda su virtual objetividad y generalidad, gracias a la posibilidad de ser concretizados según

51 “*Han sido reducidos a la pobreza (Em-pobrecidos) o mantenidos en ella por las fuerzas de un sistema de dominación. Los pobres aparecen así como clases dominadas. Los pobres son pobres porque son explotados o rechazados por una organización económica perversa...*” Jorge Pixley y Clodovis Boff, *Opción por los pobres*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1986, p. 19.

52 Correas, O., *Introducción a la crítica del derecho moderno*, 2ª ed., México, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, p. 22.

53 En la tradición hebrea, existe el concepto de *Mispat* que se refiere a la defensa que los jueces realizan en favor de los débiles y desheredados. Definido como “*salvar de la injusticia a los oprimidos*”, comprende no sólo el derecho objetivo, sino también una amplia práctica jurídica que va más allá del puro cumplimiento de las leyes. Supone todo un *compromiso con el prójimo*, especialmente con el necesitado. Ver *Del pensamiento jurídico...*, op. cit., supra nota 20, pp. 214-215, 223-224, *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, op. cit., supra nota 41, pp. 174 ss.

el momento histórico que exija su cumplimiento.⁵⁴ Como ha señalado Ignacio Ellacuría, el “*supuesto fundamental es que los derechos humanos pueden y deben alcanzar una perspectiva y validez universal, pero que esto no se logrará, si no se tiene en cuenta el “desde” dónde” se consideran y el “para” quién y “para” qué se proclaman.*”⁵⁵ Y para De la Torre, la concepción de derecho y de justicia cimentada en los profetas es una concepción “*más profunda, más rica e histórica, esto último en el sentido de que, sin perder su valor “para todo tiempo y lugar”, tiene una ubicación en el “aquí y ahora”, se concretiza.*”⁵⁶

Mediante la combinación de la “*racionalidad ética originaria*” de Enrique Dussel basada en la filosofía de la alteridad levinasiana, la visión historizada y contextualizada de las acciones inspiradas en el mandato cristiano de “amor al prójimo” y el solidarismo personalista, J. A. de la Torre aboga por una justicia en total apertura y confianza hacia el otro en cuanto distinto y en cuanto inequívocamente otro. Pero la alteridad también se manifiesta en la historia, es posible comprenderla por medio de la razón humana. La instancia crítica y el marco alternativo que la tradición de los grupos desfavorecidos han tenido a lo largo de toda su historia de dominación, proporciona el material sobre el que poder construir y/o interpretar el derecho inspirado en un concepto de Justicia con el menor grado de ambigüedad posible. Además, con esta historización de la exterioridad dusse-

⁵⁴ Jesús Antonio de la Torre Rangel, se sitúa en la misma línea de los teólogos de la liberación Ignacio Ellacuría y Gustavo Gutiérrez que apelan a una tradición de los derechos humanos distinta a la desarrollada por la Ilustración y la modernidad europea. Podríamos decir, por tanto, que existen dos grandes tradiciones de los derechos humanos. Una es la propia de la modernidad y del individualismo ilustrado. La otra es la cimentada en la tradición cristiana, en los textos bíblicos, y vertida en *la defensa del pobre desde la fe*. El mandato “*Ama a tu prójimo como a ti mismo*” resume esta otra vía de defensa humanista. Ver Gutiérrez, Gustavo, *En busca de los pobres de Jesucristo*, Salamanca, Editorial Sígueme, 1993, p. 77; J. A. de la Torre Rangel, *Uso alternativo del Derecho de Bartolomé...*, op. cit., supra nota 41 pp. 174-175. Por otra parte, como abogado que es, J. A. de la Torre no pretende representar las reclamaciones portadas por los campesinos o por los indígenas, pues ello le puede llevar a adquirir un protagonismo que no debe nunca poseer. Más bien pretende que sean ellos quienes asuman su propia defensa jurídica, para que así vayan adquiriendo una cultura forense lo suficiente amplia para depender de sí mismos (ver *El derecho que nace...*, op. cit., supra nota 30 pp. 147 ss.). Además, en el seno del mismo movimiento alternativista, en un principio, la defensa que se realizaba en favor de los pobres era radical, casi intransigente, pues estaban convencidos de que eran ellos, por el hecho de estar inmersos en la pobreza, quienes siempre tenían razón en los casos llevados a los tribunales. Pero con posterioridad se dieron cuenta de la ceguera y el dogmatismo de esta posición. Existen mecanismos de corrección como son los derechos humanos, los precedentes judiciales y una serie de principios generales del Derecho, que permiten ser concretizados en cada caso concreto, y que tienen como límite interpretativo a la propia sociedad civil organizada. Ver Bueno de Carvalho, Amilton, “*Actuação dos juizes alternativos gauchos...*” op. cit., supra nota 27, pp. 8 y 12-13.

⁵⁵ “*Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares*”, *ECA*, 1990, nº 502, p. 590.

⁵⁶ *Del pensamiento jurídico...*, op. cit., supra nota 30, p. 222. Nuestro autor define formalmente la justicia como “*dar a cada quien lo suyo*”; y lo suyo es aquellos propio de “*la esencia humana con todas sus características completas*”, todo lo que requiere la persona para su desarrollo integral como ser individual y social. Para no quedarse en ese plano, acude a la dimensión histórica del hombre, en donde va expresando su propia dimensión ontológica a través del tiempo, y participando en la elaboración de unos contenidos concretos de Justicia. *Ideii*, pp. 35 ss.

liana a través de su *iusnaturalismo histórico*, el abogado mexicano abre un camino posible camino que atenúe la multitud de críticas que el autor argentino ha recibido por ella. Ya no se trata de una realidad ajena al proceso terrenal e histórico del ser humano. Más bien nos encontramos con un ámbito de acción, al que es posible acudir para ir delimitando todo aquello que es reclamado por una mayoría pobre. Ámbito traducido en un determinado concepto de Justicia que debe inspirar toda práctica jurídica, sea de creación, como de desarrollo y/o derogación de normas, y que además, debe participar en la construcción de una cultura alternativa no encerrada en formalismos y neutralismos jurídicos.⁵⁷

V. OTRO POSIBLE MÉTODO COORDINADOR

Por nuestra parte, para hacer más ancha la apertura del camino realizado por el abogado mexicano al acudir al pensamiento de Dussel, a través del cual se pueda relacionar el mundo jurídico y el mundo filosófico, haremos uso de los planteamientos desarrollados por dos miembros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, donde también los derechos humanos juegan un papel importantísimo, incluso nos atreveríamos a decir similar al hasta ahora visto, pero desde posiciones diferentes. En realidad, ya hemos ido haciendo uso de ellos puntualmente, pero ahora los utilizaremos de cara a una interpretación más precisa de la obra del maestro argentino, para sacar de ella algunos elementos aprovechables en el mundo del derecho.⁵⁸

Actualmente vivimos un periodo de desorientación, de falta tanto de parámetros normativos como de modelos explicativos de lo diverso. La crisis de Occidente se ha acentuado aún más con las múltiples y variadas teorías aglutinadas bajo el concepto de postmodernidad. El relativismo se confunde con el escepticismo. Nada es definitivo y seguro. Paradójicamente, cuando existe una mayor vínculo entre los seres humanos, se quiere hacer ver lo contrario.

Para muchos, una de las creaciones más significativas de Occidente, y en concreto de la Ilustración, ha quedado representada en la figura de los derechos humanos.⁵⁹

⁵⁷ Hay que aclarar que el mismo Enrique Dussel ha ido rectificando y apuntalando las sucesivas brechas aparecidas en torno a su sistema filosófico. En nuestro trabajo de tesis, hacemos mención a esta labor de perfeccionamiento, que, pese a todo, para muchos sigue siendo el simple parcheo de un planteamiento indefendible.

⁵⁸ Esto mismo realizamos con otros autores vinculados con la FdL. En nuestra tesis para la obtención del doctorado, penetramos con esta misma óptica, además de en el pensamiento dusseliano, en la obra del maestro mexicano Leopoldo Zea.

⁵⁹ Ver a título de ejemplo, Peces Barba, Gregorio, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Mezquita, 1982; Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Debate, Madrid, 1991; Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Consititucion*, Tecnos, Madrid, 1984; y Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989. Pese a las dos tradiciones existentes, esto no quita que sea el mundo occidental su máximo valedor. En realidad, tanto en una como en otra, sea griega o semita, Occidente ha creado, ha sistematizado un lenguaje, un discurso sobre los derechos humanos utilizables por otras culturas.

Estos, procedan de donde procedan, en medio de la actual crisis, junto al marco político y modo de vida democrático, parecen que son el último baluarte que posibilita un criterio con el que salir de este *maremagnum* axiológico. Incluso en el seno de aquellas situaciones más dramáticas, en toda reclamación en favor de los oprimidos que se realiza, subyace una cierta idea sobre cuáles son los derechos humanos que deben prioritariamente satisfacerse. Existe un cierto acuerdo entre aquellos que sufren las consecuencias de vivir en el seno de una realidad adversa, cruda y miserable. Y tal acuerdo suele estar traducido en un lenguaje normativo, de pretensiones jurídicas, o al menos juridificables.⁶⁰

El mismo Joaquín Herrera Flores, profundizando sobre el camino inicialmente abierto por el iusfilósofo español Antonio Enrique Pérez Luño,⁶¹ retoma las bases gnoseológicas y axiológicas de la Escuela de Budapest, que pretendían adoptar en la teoría marxista el empeño de Georges Lukacs de construir una ontología del ser social.⁶² Considerando a la misma realidad social como un *proceso* dialéctico, en lo relativo a sus relaciones sociales, son conformadas y dinamizadas por medio de lo que Márkus denomina “fundamentación filosófico antropológica”. Los derechos humanos, tanto en su dimensión normativa, ética como filosófica, constituirán elementos significativos de ese proceso en el que actúan multitud de factores. Como salida del escepticismo axiológico y un relativismo desmesurado, se intenta captar aquellos principios y normas que rigen en cada momento histórico, como especies de excedentes que el hombre obtiene tanto por medio de su propia actuación que trasciende lo particular, y que expresa en obras de arte o en la misma filosofía, como por medio del acuerdo que a lo largo del tiempo va manifestando en determinados eventos.⁶³ A lo largo de su historia, el ser humano ha ido elaborando una serie de acciones, que han trascendido su marco inicial. Son creaciones concretas, ubicadas en un ámbito de convivencia reducido, que van formalizando determinadas necesidades en pautas de conducta, las va generalizando, pasándolas a formar parte de una colectividad en forma de objetivaciones, de permisiones y de prescripciones aceptadas por más de una forma de vida social. La actual extensión de los derechos

Discurso que posibilita la defensa de la individualidad como la solidaridad humanas. En relación a todo esto, y referido a la misma FdL, de sobra es conocido el bello mito de Próspero y Calibán del que se hacen eco el cubano Fernández Retamar, el argentino Arturo Andrés Roig y el maestro mexicano Leopoldo Zea. En él, los principios y los valores humanos elaborados y defendidos por Occidente, han servido para que otras culturas los hagan suyos intentando evitar los errores de discriminación cometidos por sus creadores.

60 A título de ejemplo tenemos el Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989, o la inminente Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Gustavo Gutiérrez, Ignacio Ellacuría, Jon Sobrino, Leonardo Boff y un largo etcétera, acuden a los derechos humanos como las mejores armas de lucha pacífica. Y los mismos operadores jurídicos alternativistas se comunican con sus partes a través del lenguaje implícito en estos bienes de la humanidad.

61 Ver Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., supra nota 59, pp. 162 ss.

62 Ver Márkus, György, *Marxismo y antropología* (trad. del alemán por Manuel Sacristán), Barcelona, Grijalbo, 1974, pp. 5-6.

63 Herrera, Joaquín, op. cit., supra nota 59, pp. 49 ss.

humanos por todo el orbe le hacen ser aquellos bienes jurídicos dotados de mayor contenido axiológico. Son aquellas pautas de justicia formal que mayor pretensión de universalidad tienen. En todo ideal, en toda lucha en favor de la justicia, implícita o explícitamente va a surgir una determinada noción de derechos humanos. Y además, va a mostrarse siempre la intención de obtener unas pautas de justicia formal aplicables a más de una forma de vida. Ese actuar trascendente va a tener su máxima expresión en la filosofía, que junto al arte, son los sistemas objetivacionales que más se han acercado a esta necesidad de una comunidad-humana protegida en sus derechos.⁶⁴

Ahora bien, la conformación de los mismos derechos humanos, está estructurada por una multitud de factores y condicionantes. La dimensión histórica del hombre también afecta a sus obras. Se debe proporcionar un material categorial que permita explicar de la mejor forma posible, el carácter dinámico del ser humano y de sus productos. Los derechos humanos no son ni entes preestablecidos antes de la historia, ni objetos constituidos en un determinado momento histórico, ni tampoco se quedan definitivamente grabados en un aparente acuerdo universal que sirve ya de por vida y para siempre. Y pensar que la naturaleza humana es la fuente de donde salen, es querer decir mucho sin expresar nada. Además, el mismo concepto de "hombre" no está conformado por una sola expresión o modo de serlo. Al contrario, existen multitud de expresiones, heterogéneas formas de ejercer una naturaleza común centrada en ese mismo concepto. De ahí que se deba evitar caer tanto en aquellos abstraccionismos que son ajenos a la rica realidad humana, que excluyen su diversidad, como en aquellos relativismos que no poseen ninguna capacidad de comunicación con otras expresiones.

Joaquín Herrera Flores intenta que los derechos humanos no caigan en ninguno de esos lados. En este sentido, arriba mencionábamos las palabras de Ellacuría. Ahora, para ello, y desde otra óptica, retomando determinados análisis de Agnes Heller y György Márkus, considera que más bien, tales bienes jurídicos universales vienen a ser un producto de la propia actividad humana a través del tiempo, fruto de una relación dialéctica y constante entre tres elementos: la actividad humana representada en el trabajo, las necesidades y los valores.⁶⁵

Con la combinación de esta triada se va obteniendo una serie de preferencias o pautas de conducta aceptadas por un número significativo de personas. Desde que

⁶⁴ *Idem*, p. 51.

⁶⁵ Así, los derechos humanos son concebidos como realidades normativas e institucionales que se van construyendo socialmente a través de la coimplicación de la praxis social, la constante producción de necesidades y el proceso de valorización colectiva. Por "trabajo" entiende aquella actividad productora de objetivaciones y recreadora constante de necesidades humanas. *Idem*, pp. 57-58. Las "necesidades" son impulsos conscientes "hacia la acción humana transformadora y problematizadora de las formas de vida y sus correspondientes sistemas de objetivaciones." *Idem*, p. 75. Los "valores" surgen de "la generalización social de determinados grupos de necesidades, convirtiéndose en preferencias sociales compartidas por más de un grupo o una forma de vida." *idem*, p. 58. Las necesidades pueden medirse con respecto a valores, pero ni uno ni otro poseen categoría de primacía entre sí (p. 71).

se inicia el nacimiento de la actividad humana que genera necesidades, pasando por el instante continuo en el que estas se relacionan dialécticamente, y en un plano de horizontalidad, con la tendencia valorativa del ser humano de dotar un sentido de preferencia a las cosas, a su vez influenciado por multitud de condicionantes, hasta el paso a una objetivación generalizada, expresada en su máximo grado en forma de bien jurídico institucionalizado, se comprende todo un proceso de acuerdos y desacuerdos humanos dentro del cual se van gestando una serie de pautas o sistemas normativos reguladores y organizadores de los criterios de satisfacción de necesidades aceptados como legítimos por los grupos y colectivos humanos. Y en cuanto a los derechos humanos, como hemos dicho, son la máxima expresión de ese acuerdo, son los bienes jurídicos dotados de mayor contenido axiológico, aceptados por toda la comunidad humana. Como representan unos criterios formales de justicia, esto permite cierta flexibilidad a la hora de jerarquizar en cada contexto social y cultural aquellas necesidades que son consideradas como más urgentes.⁶⁶ Entre ese marco comprendido entre puros patrones de conducta cotidianas a normas jurídicas institucionalizadas, lo abstracto y lo concreto pueden coordinarse sin menoscabo alguno de ambos. Y con este mismo material es como pretendemos abordar las opiniones de otras personas.

Como la fundamentación de los derechos humanos es una tarea, un proceso constante que pretende hallar la forma a través de la cual éstos van pasando de ser puros patrones de conducta cotidiana a normas jurídicas institucionalizadas en un nivel universal, mediante el instrumental proporcionado por el trabajo, las necesidades y los valores, se nos permite entrar a analizar tanto los criterios de justicia ofrecidos por cualquier tipo de teoría o doctrina, jurídica, política o filosófica que haga una defensa más o menos amplia del ser humano, como la jerarquía establecida por los mismos ordenamientos jurídicos de ámbito nacional y/o internacional. En uno y en otro caso podemos deducir los parámetros que sobre lo justo se han establecido según la combinación y la construcción que de las necesidades humanas se han realizado en relación a una serie de preferencias axiológicas más o menos generalizadas. Sin perder de vista el grado de objetivación y universalidad de las mismas, cada sociedad podrá contextualizar mejor lo requerido por su comunidad en relación a esos bienes jurídicos dotados de mayor contenido axiológico.⁶⁷

⁶⁶ *Idem*, pp. 93 y 104.

⁶⁷ Por otra parte, al igual que A. E. Pérez Luño, Joaquín Herrera es defensor de lo que se denomina un *iusnaturalismo crítico*. Para evitar caer en esencialismos axiológicos, el derecho natural es concebido como un reducto o resto formal y metódico. Desde esta perspectiva, se analizan el conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defiende la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos ("Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del derecho natural como método", *Doxa*, 4, 1987, pp. 296- 297). Mediante el *iusnaturalismo crítico* se indagan los tipos de orden y jerarquía que en función de preferencias axiológicas, se hacen de las necesidades humanas. Esto mismo nos permite acceder al pensamiento dusseliano, pues, al igual que el de Jesús Antonio de la Torre Rangel, está fuertemente cimentado sobre un *iusnaturalismo* de corte cristiana en el que la figura del "pobre" es la que da sentido a todo un proceso de fundamentación teórico-práctico de determinados criterios de justicia, en los que se nos indican cómo deben jerarquizarse las necesidades humanas en el seno de una realidad miserable, inhumana e injusta.

En lo que ahora nos interesa, determinados aportes elaborados por Enrique Dussel pueden ofrecernos una determinada manera de entender la forma que mejor se puede proporcionar al ser humano el desarrollo de sus potencialidades, considerando su especial situación social, económica, y cultural. Su pensamiento, abierto a la exterioridad en cuanto instancia oprimida e instancia de liberación, despliega toda una serie de vías y caminos por los cuales se intentan precisar determinados conceptos de justicia, exigencias éticas, morales y con pretensiones de ser positivizadas, que quedan marcadas por el contexto de la pobreza, la miseria y el dolor. Porque el pobre, como una expresión de lo humano, por la violación sistemática de sus derechos, dará siempre la pauta en esa búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, la justicia y el bien común.⁶⁸ A continuación, de los tres elementos que posibilitan el proceso de fundamentación de los derechos humanos, nos adentraremos en algunas de las reflexiones que el filósofo argentino realiza en lo referente al papel que *el trabajo* posee para el pleno desarrollo del ser humano. Y precisándolo aún más, describiremos uno de los mecanismos que el sistema capitalista utiliza para ocultar la real importancia que el mismo *trabajo humano* tiene para que la *libertad y la dignidad* del hombre sean eficazmente garantizadas.

VI. ENRIQUE DUSSEL: EL LENGUAJE TECNOLÓGICO COMO MECANISMO ENCUBRIDOR DEL TRABAJO VIVO. SU PRIORIDAD AXIOLÓGICA Y JURÍDICA

Desde el principio hay que aclarar que el filósofo argentino no hace una interpretación explícita de lo que es el derecho, ni de los derechos humanos, pero sí hace alguna que otra referencia a los mismos. Aunque toda su obra es una continua fuente de reclamaciones de derechos a favor de los oprimidos —para ser más precisos, en la terminología dada por Javier Muguerza, “*derechos presuntos*”, exigencias asumidas “como si” se tratasen de derechos—,⁶⁹ básicamente, lo que

⁶⁸ Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, op. cit., supra nota 30, pp. 249-250.

⁶⁹ Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, en VV. AA. *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1989, p. 29. Para poder comprender mejor el lenguaje de los derechos humanos en el que se mueve Dussel, utilizaremos las mismas palabras elaboradas por Ignacio Ellacuría. Para él hablar de derechos humanos es algo complejo y ambiguo, que debe ser enfocado desde diversas perspectivas. De los múltiples significados que posee, destaca aquellos que los demarcan como *necesidades* de la convivencia social y política; como *exigencias* físicas, antes que morales; como *producto histórico*, resultado de una praxis histórica determinada; como *aspiraciones* naturales que se van actualizando según las posibilidades y las capacidades; como *prescripciones éticas*; como *valores* que la colectividad va estimando como algo indiscutible; como *ideales utópicos* que impulsan la humanización; como *momentos ideológicos o momentos ideologizados* en el momento que ocultan o defienden intereses minoritarios; como *derechos positivos*; y como *convenciones y contratos sociales y políticos*. “Hacia una conceptualización de los Derechos Humanos” (fotocopias mecanografiadas de sus apuntes de clase). Consideramos que Dussel los entiende como *necesidades, exigencias, aspiraciones, prescripciones éticas, valores e ideales utópicos* procedentes de la exterioridad. Serán *momentos ideologizados, derechos positivos y convenciones y contratos sociales y políticos* en el instante que todo acuerdo posee una “finitud” constitutiva refrendada por la Totalidad.

nosotros intentamos es juridificar su FdL, utilizar aquellos elementos que pueden ser llevados a la realidad del derecho. Incluso a través de su método analéctico, y por medio de su análisis de la lógica marxiana del capital, se puede deducir cuál es su tesis jurídica, tanto referida a la exterioridad como a la totalidad.⁷⁰

La denominación que Enrique Dussel realiza de los *derechos humanos*, tiene como trasfondo una concepción *iusnaturalista*, que parte de la dignidad inherente a todo ser humano, y a todo pueblo. Horacio Cerutti nos indicó lo que era para Dussel el fundamento último de la realidad: la exterioridad sujeta bajo la figura de Dios. Nosotros, en este trabajo, haremos caso omiso de sus planteamientos de carácter teológico. Aún quitando el peso que Dios tiene para nuestro autor en la concesión de estos derechos naturales —como veremos, vida humana digna materialmente ejercitada por medio del trabajo vivo—, sigue permaneciendo un criterio secular ético y de valorización antropológica y ontológico válido que puede, incluso utilizarse a campos no teológicos. El lenguaje del trabajo, las necesidades y los valores nos lo permite. Dussel, como Antonio Jesús de la Torre Rangel, está inserto en esa tradición latinoamericana de raíz cristiana que ha elaborado una concepción acerca de los derechos humanos vertida sobre la figura del pobre o marginado. La justicia del pobre es la fuente motora de toda lucha contra las situaciones de explotación. Tal defensa ofrece unos criterios procedimentales sobre cuáles deben ser las necesidades que primeramente deben garantizarse. Y no surgen de la nada. Es una línea doctrinal que, como hemos visto, dice estar cimentada en la alianza del pueblo judío con Dios, apadrinada desde el siglo XVI por Bartolomé de Las Casas, y expresamente denominada por Gustavo Gutiérrez, y demás teólogos de la liberación, en la actualidad.⁷¹ Por nuestra parte, sin entrar en meditaciones iusfi-

⁷⁰ Los trabajos que conocemos en donde se toca expresa y directamente el ámbito de los *derechos humanos*, son su artículo “Derechos básicos, capitalismo y liberación”, recogido en su libro *Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación*, Bogotá, Nueva América, 1983, pp. 143 a 157, y su libro *Filosofía de la producción*, Bogotá, Editorial Nueva América, 1984, en el Apéndice titulado “Tecnología y necesidades básicas”, pp. 229 a 238. En cuanto al derecho burgués indica el apoyo ejercido para potenciar el protagonismo del *capital* en su relación con el *trabajo vivo*, invirtiendo la ley de la apropiación, y estableciendo una situación jurídica y ética en la que todo derecho y toda moral defienden la separación del derecho sobre el producto y el trabajo realizado para producirlo. Sirve de recurso abstraccionista que dota de titularidad al propietario, encubriendo la separación forzada de la titularidad del producto con respecto a quien lo crea. Ver *La producción teórica...*, *op. cit.*, *supra* nota 31, p. 220. Y en el tomo II de *Para una ética de la liberación latinoamericana* (Siglo XXI, Buenos Aires, 1973, p. 66), haciendo referencia al estado de dominación en el que los indígenas se encuentran frente al Imperio Peninsular, diagnostica que se trata de una situación donde la injusticia está legalizada. El derecho se separa del concepto de Justicia legitimando relaciones de dominación y de explotación.

⁷¹ Tradición que el mismo Gustavo Gutiérrez dice estar cimentada sobre unas bases *teológicas*. El ideal de salvación, la voluntad de amor y justicia del padre son los motores que incitan al cristiano para anunciar el evangelio y defender al pobre contra la muerte prematura y la miseria en la vida. “*En efecto, la justicia, expresión del amor, es una exigencia de primera importancia para el cristiano. Según la Biblia, establecer ‘la justicia y el derecho en el pueblo judío significa prolongar el acto liberador de Dios que lo sacó de la opresión que vivía en Egipto. Es fidelidad a la alianza pactada con Dios, ella debe llevar a la plenitud de la vida. En esa perspectiva, el término justicia, partiendo de los lazos que se establecen entre personas viviendo en sociedad, manifiesta también el nexo de los seres humanos con Dios.*” *En busca de los pobres de Jesucristo*, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 29-30.

losóficas acerca de la fe y del vínculo existente entre Dios y los cristianos, destacaremos que todos sus integrantes o participantes, a lo largo de la historia, servirán de “indicadores” de aquellas preferencias sociales generalizadas, en materia de necesidades humanas, que están insertas en unas condiciones de marginación y de miseria. Esa creencia de vínculo con Dios, ha proporcionado un material objetivado con el transcurso del tiempo, nacido de personas que han vivido, y continúan viviendo situaciones inhumanas, de opresión y explotación. Por tanto, son personajes que, al reaccionar frente a la violencia y la opresión, se hacen eco de una axiología que subyace entre los condenados de la tierra, entre los desheredados del sistema a través de la historia. Aportan una concepción de justicia que en función de una serie de preferencias sociales o criterios axiológicos, pretenden que sean colmadas jerárquicamente unas necesidades humanas consideradas prioritarias, de urgente satisfacción. La fuente principal de esas preferencias y esas necesidades, se contextualizan en aquellas situaciones donde la figura del pobre es manifiesta. Es él, sus necesidades, y el valor que se les ha ido dotando, la fuente de donde surge la prioridad.

Traduciendo dichas necesidades en derechos, como ha señalado Gustavo Gutiérrez, son los órdenes de la *vida* y de la *libertad* los que dan prioridad a su defensa. En la tradicional disputa latinoamericana por defender a los pueblos subyugados, en cuanto pobres, cuyo máximo ejemplo es el caso de los pueblos indígenas, el derecho a la vida y el derecho a la libertad, entendida ésta no exclusivamente como individualidad personal, sino como individualidad y autonomía colectiva inserta en la pobreza, conforman el espacio mínimo necesario a partir del cual la dignidad humana es garantizada en aquellos contextos de adversidad, de miseria y de dominación.⁷² Para Dussel, como seguidamente veremos, el *derecho al trabajo* será

⁷² *Idem.*, pp. 120 ss. Gustavo Gutiérrez, en otro trabajo, señala que Las Casas, uno de los que más ha contribuido a la elaboración de esta tradición, intenta responder a la cuestión de cómo evangelizar en América, de cómo proclamar allí el Reino de Dios. Para ello realiza una serie de afirmaciones, como la de que los habitantes de allí son seres *libres e iguales*, contrariando con ello la conversión forzada y la esclavitud. Pero la más importante es la afirmación que afirma que el indio es ante todo pobre (“La Teología de la Liberación”, en *América Latina: identidad y diferencia*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 1992, pp. 15-16). Es la más grande intuición teológica de Bartolomé, pues ningún teólogo del siglo XVI fue capaz de ver al indio como pobre, ni Vitoria, que sólo vio al ser humano. “*Si queremos pensar este Continente, es importante asumir el punto de vista de los últimos, de los marginados y oprimidos que viven en él*” (p. 16). En lo referente a la combinación que se debe realizar entre lo general y lo concreto, y siguiendo la línea de Ellacuría y De la Torre Rangel, el teólogo peruano dice que la Teología de la Liberación no tiene como interlocutor a la mentalidad moderna caracterizada por la libertad abstracta, la razón crítica y el individuo, sino que proviene del no-persona, de los no considerados personas, vistos como inferiores. Viene a ser el producto de todo el mundo económico, social y político del que surge la mentalidad moderna (p. 18). “*Porque si partimos del interlocutor que es el pobre y el marginado de América, alcanzamos proporciones universales. No a través de una universalidad abstracta sino a través de una particularidad. Hegel... afirmaba que la única manera de llegar a la universalidad concreta era a través de lo particular. Eso es lo que intentamos. A partir de la particularidad de América Latina y del pobre es posible alcanzar una universalidad concreta.*” (p. 19). Para todo esto, es necesario emplear lenguaje de la Justicia, el lenguaje profético que denuncia situaciones de muerte y que *reivindica la vida* como última palabra. *Idem.* Podemos decir que Dussel se une a estas mismas tesis.

una necesidad, una exigencia y una prescripción ética prioritaria. Pero, a su vez, estará subordinado a los órdenes de la vida y de la libertad en cuanto sirve de mediación para conseguirlos. La exterioridad es libre y digna, es inequívoca e incondicionalmente otro, distinto. Mediante la actividad laboral se le permitirá a los pueblos mantener su idiosincrasia, y a los individuos, mantenerse vivos en solidaridad con sus semejantes, sin relaciones de subordinación, y compartiendo, comunitariamente, la propiedad de sus productos. Para él, viene a ser una preferencia generalizada dotada de un contenido axiológico grande, gracias al papel que le otorgan los derechos a la vida y a la libertad. La considera como un *derecho fundamental* condicionado, y a la vez, condicionante, pues gracias al trabajo humano es posible el disfrute de tales derechos, ya que permite la satisfacción de aquellas necesidades que mantienen la vida y que proporcionan la libertad, todo ello bajo un nivel mínimo de dignidad. Pero resulta que es un derecho ocultado por las políticas tanto de las grandes empresas capitalistas como de los gobiernos de los países privilegiados ubicados, casi en su totalidad, en la zona norte del planeta. El lenguaje tecnológico, paradójicamente referido a aquella realidad del sistema que con mayor completud puede proporcionarlo, es uno de los instrumentos utilizados. Veamos de qué forma:

En los últimos años, rectificando posiciones anteriores, y coincidiendo con su exilio mexicano, el filósofo argentino ha desplegado todo un proceso de recuperación del pensamiento marxiano para aplicarlo a la realidad latinoamericana, aunque como dice Ofelia Schutte, lo que realmente ha pretendido es hacer de Marx un dusseliano.⁷³ Analizando lo que denomina la “primera”, la “segunda” la “tercera” y la “cuarta redacción”, ésta inconclusa, de *El capital*, —reflejadas en los *Grundrisse*, los *Cuadernos* escritos entre 1861 y 1863, y los *Manuscritos* escritos desde 1863 a 1882—,⁷⁴ nuestro autor cree ver en todos los planteamientos del de Tréveris, al igual que los suyos propios, una ética cimentada en la *alteridad*.

De alguna forma hemos podido comprobar que el pensamiento de Enrique Dussel es de un indudable carácter *dualista*. La razón estriba en los dos grandes ejes sobre los que gira. Por un lado, está el frente crítico que lanza contra la filosofía y la cultura del mundo occidental. Acude a una instancia que le permita ejercer esa crítica y, a la vez, le posibilita un material alternativo como solución. Es la *exterioridad*. Por otro lado, está la misma dimensión que critica, expresada en el mismo mundo de Occidente, y que es la productora de todas las desdichas, de todos los sufrimientos humanos, desde el preciso instante que logró imponerse y exten-

⁷³ La filósofa norteamericana va aún más allá al considerar totalmente incompatibles a ambos autores, pese a que en muchos casos la retórica de Dussel llegue a confundirse con la de Marx. *Op. cit.*, pp. 27-28.

⁷⁴ Los cuatro principales trabajos donde Dussel reinterpreta a Marx son: *La producción teórica de Marx...*, *op. cit.*, *supra* nota 31, *Hacia un Marx desconocido. Un comentario a los manuscritos del 61-63*, México, Siglo XXI/UAM-I, 1988; *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana. Un comentario a la tercera y cuarta redacción de "El Capital"*, México, Siglo XXI, 1990; y *Las metáforas teológicas de Marx*, *op. cit.*, *supra* nota 3.

derse sobre las demás civilizaciones o culturas. Es la ontológicamente denominada *totalidad*.⁷⁵ Y resulta que es el sistema capitalista el principal baluarte y señor de la pobreza y de la exclusión. De las lecturas realizadas sobre los manuscritos marxianos, Dussel retomará la crítica hecha al mismo, en el cual el ser humano sufre un proceso integral de alienación, de explotación y total pérdida de su personalidad en el preciso instante que el capital lo subsume a sus dominios. El hecho de que acuda a Marx le permite ir concretizando estas dos supuestas realidades destinadas a enfrentarse entre sí. Ahora, el sistema capitalista, apoyado en la razón dominante de la modernidad, será el principal referente sobre el que realizar las acusaciones. Y la instancia que sirva de fuente crítica quedará representada en el concepto de “trabajo vivo” desarrollado por Marx.⁷⁶

Según Dussel, la relación ética, en cuanto relación social, es constitutiva fundamental de la relación de producción. Y lo ético y lo moral son las relaciones mismas entre los productores, son la esencia *social* de las relaciones *sociales* o *económicas* de producción.⁷⁷ Es más, incluso desde el punto de vista filosófico, la economía es la relación práctico-productiva *entre los hombres*, mediada por el producto de la relación *hombre-naturaleza*, siendo la práctica cara-a-cara su última instancia.⁷⁸ Desde este punto de vista, lo que Marx desarrolla, y funda, es una *ética de liberación* del trabajador asalariado, descubriendo la esencia de la moral burguesa. Es el ético más significativo en la crítica a la misma. El material del que se sirve, aparte de la *Lógica* hegeliana en cuanto al método, donde el mundo está lleno de esencias, fenómenos y apariencias, contiene un componente utópico desde el que poder estructurar el proceso alienador del sistema económico. El análisis ontológico del capital sólo es posible desde una posición *crítica*, metafísica, “*desde un “afuera” práctico del capitalismo, para así poder constituir a la “totalidad”*”

⁷⁵ El origen de estos dos horizontes los sitúa Dussel en la tradición griega y en la tradición semita. La filosofía griega está cimentada sobre el saber de las cosas en cuanto adecuación al ser, a lo mismo. El horizonte semita, al estar basado en el concepto de *creación*, donde las cosas surgen de la nada, ya lleva implícito esa dimensión exterior a la mismidad del ser en cuanto conocimiento. El no-ser irrumpe la totalidad. Ver sus dos obras, *El humanismo semita. Estructuras intencionales radicales del pueblo de Israel y otros semitas*, Buenos Aires, Eudeba, 1969; y *El humanismo helénico*, Buenos Aires, Eudeba, 1975.

⁷⁶ Cualquier marxista puede echarse las manos a la cabeza ante el osado intento de querer compaginar marxismo con iusnaturalismo. Ernst Bloch no lo hizo. Enrique Dussel, como teólogo de la liberación, cimenta sus fuentes doctrinales en una concepción cristiana del hombre. No es marxista. Más bien interpreta a Marx para adaptarlo a su propio pensamiento. Busca material crítico que fundamente su planteamiento analéctico. Por otra parte, es curioso el doble lenguaje que nuestro autor realiza según se mueve en el terreno teológico o en el filosófico. En el primero, no tiene ningún reparo en nombrar a Dios, mientras que en el segundo parece no quererlo hacer para “no empañar” su pensamiento. Creemos que Dussel es consciente de que no puede confundir la instancia filosófica con la teológica, por eso acude a Marx. Y en el terreno filosófico, el marxismo ofrece un material crítico suficiente que permite prescindir, provisionalmente de Dios, para hacer referencia a la Exterioridad. El colmo de los colmos llega con su última obra *Las metáforas teológicas de Marx*, en la que intenta realizar el efecto contrario, aunque sólo sea para demostrar que en la retórica marxiana, lo teológico, con Dios o sin Dios como fundamento, es un componente esencial.

⁷⁷ *La producción teórica...*, op. cit., supra nota 31, pp. 228.

⁷⁸ Es una relación concreta, real, histórica e institucional. *Filosofía de la liberación*, op. cit., pp. 161.

del capital... como "objeto" de análisis. La "exterioridad" es la condición de la práctica de la crítica a la "totalidad" del capital."⁷⁹ La sociedad futura para Marx debe permitir la plena realización de la *individualidad* en la responsable *comunitarización* de toda actividad humana. El desarrollo universal de los individuos asociados sobre la base de la apropiación y control comunitario de los medios de producción conformarían el "reino de la libertad", de tiempo libre.⁸⁰ Y el concepto de "trabajo vivo" es el eje central de la alteridad, del "más allá" crítico del sistema.

Es, mediante el trabajo humano, como el hombre desarrolla su personalidad libre de dominio. El sujeto del trabajo, el *hombre*, como tal, antes de todo intercambio, como "nada absoluto", es corporalidad desnuda, pero también es *fuerza creadora* de todo valor del capital. Por medio de la actividad laboral, Marx, influido por Schelling, define mejor la propia subjetividad. Esta "*es una determinación exclusiva de la vida humana —como "conciencia" y "libertad", pero al mismo tiempo como auto-productor o creador: sólo la subjetividad humana trabaja.*"⁸¹ La subjetividad corpórea, la persona como sujeto de derechos y de deberes, está por encima de cualquier planteamiento objetivista y materialista. El hombre prima sobre la materia. Pero a lo largo de la historia, los intercambios humanos, a partir y como concreción de sistemas productivos y prácticos, fueron lentamente creciendo, se fueron sistematizando, distinguiéndose hasta que finalmente fue el sistema capitalista el que se impuso. Este está cimentado en la generación de la riqueza y en la reproducción del valor de la misma. Marx denuncia la injusticia ética producida en el momento que el trabajo vivo es desheredado de su vínculo con el ser humano que produce lo que necesita. La acumulación de la miseria surge en el preciso instante que el sujeto del trabajo es separado del producto que produce. Y es el capital el que pasa a representar el fundamento que subsume en la totalidad del sistema al trabajo vivo, pobreza desnuda, que queda, entonces, como trabajo objetivado, subordinado a la creación del valor. La obtención del plusvalor es la esencia y el objetivo prioritario del capital, que tiende a reproducirse constantemente mediante la explotación del trabajo ejercido por el ser humano. Al quedar éste subyugado y subordinado al capital, el ser humano le cede su subjetividad, cosificándose simultáneamente.⁸²

En todo este proceso, el sistema elabora un ordenamiento jurídico que, en su esencia, legitima la primacía del capital sobre la persona humana, encubriendo el

79 Hacia un Marx desconocido..., *op. cit.*, *supra* nota 74, pp. 365-366.

80 "... de una asociación de individualidades libres, con poco tiempo de trabajo necesario para producir lo necesario para la vida y la civilización —gracias a la tecnología, gran maquinaria, automatización, máquina total—, y máximo tiempo empleado para las "actividades superiores", materiales y espirituales, es una sociedad "sin clases", sin pobres. *La producción teórica...*, *op. cit.*, *supra* nota, 31, p. 360.

81 *El último Marx...*, *op. cit.*, p. 372; "Antes de que el trabajo vivo sea valor de uso para el capital, el trabajador es corporalidad distinta, persona libre, pobreza absoluta y desnudez radical por las situaciones que el mismo capital produce como condición de reproducción." Ver *La producción teórica...*, *op. cit.*, pp. 16-17 y 178.

82 El concepto de "alienación" se refiere a la apropiación por otro del fruto del producto realizado por el trabajador. La objetivación pasa a manos ajenas. *El último Marx...*, *op. cit.*, pp. 380 ss.

verdadero derecho que todo individuo posee: aquel que proviene de la exterioridad del sistema capitalista, el *derecho al trabajo*, garantizador de la fuente de toda riqueza, el *trabajo vivo*. Se oculta la explotación que el capital ejerce sobre el trabajador, persona que ha perdido su individualidad, su libertad y la titularidad de lo que produce, desviando la atención hacia otra parte.⁸³

Nuestro autor despliega un análisis de las diversas técnicas de encubrimiento realizadas para embaucar a la mayoría oprimida, para hacerla sufrida, dócil y obediente. Básicamente todas se resumen en el rechazo de la exterioridad como ámbito de existencia humana, y en el ejercicio de dominio sobre él. En la descripción que Enrique Dussel hace sobre el efecto inversor que la totalidad del sistema capitalista desarrolla sobre la realidad, generando la dependencia y la pobreza económica de los países de la periferia, nos viene a indicar, además, algunos de los recursos persuasores y encubridores que sus leguleyos hacen para legitimar sus acciones, a través de determinada hermenéutica de los derechos humanos.⁸⁴ Uno de ellos es realizado por medio del lenguaje tecnológico, entendido como discurso sobre las necesidades básicas del hombre.

Mediante la tecnología, el desarrollo de las fuerzas productivas adquieren un grado de progreso bastante elevado, siendo, correlativamente mayores las posibilidades de satisfacer las necesidades básicas de toda la humanidad.⁸⁵

Resulta que la política tecnológica predominante en el sistema capitalista, tanto en su versión central como dependiente o periférica, ha sido canalizada por el criterio de la obtención del máximo beneficio, que expresado en términos de inversión tecnológica se expresa por medio de la rentabilidad.

⁸³ “La economía política burguesa... parte de la evidencia ideológica, que en realidad oculta la desigualdad, de la igualdad de los que intercambian. Este ocultamiento ideológico permitirá a unos ser propietarios del capital y a otros vendedores de su trabajo.”; “La “conformación ideal” del capitalismo es la idealización abstracta de la circulación simple donde los sujetos y mercancías son iguales y equivalentes.” *La producción teórica...*, op. cit., p. 113 y 117.

⁸⁴ Decir que por medio de los conceptos de *trabajo vivo*, *capital*, *plusvalor* y *plustrabajo*, Enrique Dussel retoma los diagnósticos dados en su momento por la Teoría de la dependencia. La transferencia de *plusvalor* de los países dependientes a los de capitalismo central, como efecto de la relación social internacional, está cimentada en la realidad del cara-a- cara, persona-persona que pierde su fundamentalidad por medio de la fetichización del capital, de la cosa valiosa. La competencia es el marco teórico de la dependencia. Aparentemente, nada humano parece acontecer en ella, pues el proceso de reproducción del capital parece desarrollarse espontáneamente. En el fondo resulta que a nivel de la producción, el trabajo vivo de la mayoría de las personas de los países subdesarrollados es subsumido como trabajo no pagado dentro del capital (*Hacia un Marx desconocido...*, op. cit., supra nota 74, pp. 312 ss.). El capital tiende a generar y a poner pluspoblación de reserva de la que obtiene el trabajo objetivado, nunca pagado como justo salario, equivalente al tiempo realmente empleado en la producción del producto (*La producción...*, op. cit., supra nota 31, pp. 189-190).

⁸⁵ *Filosofía de la producción*, op. cit., supra nota 70, p. 230. La tecnología es la condición de posibilidad para el “trabajo emancipado”, permitiendo el desarrollo libre de las individualidades y facilitando el logro del reino de la libertad —la utopía marxiana de la asociación de hombres libres—. Ver *La producción teórica de Marx...*, op. cit., supra nota 31, pp. 292 a 294.

Es la rentabilidad la norma institucionalizada e incorporada en el funcionamiento del propio mercado capitalista, y no la consecución de la satisfacción de las necesidades humanas.⁸⁶

Nuestro autor distingue entre la lógica de los países capitalistas centrales, y la lógica de los pueblos de las naciones dependientes. La primera está inserta en la totalidad del sistema. La segunda viene trazada por la exterioridad al mismo. La tradición de pobreza proporciona y legitima una mejor alternativa.⁸⁷ El lenguaje ideológico sobre la tecnología de la primera lógica, define las necesidades básicas a partir del criterio de subsistencia, y desde él, se añaden, escalonadamente, una serie de condiciones materiales mínimas que mejoran y hacen más soportable esta subsistencia.⁸⁸ El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes, se estructura, en cambio, a partir del derecho al trabajo, “que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno.”⁸⁹ Es este derecho el que mediatiza, y el que proporciona los demás derechos, como son el derecho al pan, al techo, a la educación, etcétera. Para Dussel, la dignidad humana se consigue por medio del trabajo. La lógica capitalista deslegitima la primacía de la dignidad humana que se obtiene mejor mediante el trabajo, y traslada el problema de la satisfacción de las necesidades básicas, a un ámbito de concesiones generosas realizadas por el sistema, descentrando el problema a un marco donde la mera reproducción de la fuerza de trabajo es la protagonista, no su ejercicio. De esta forma se aparta del derecho fundamental al trabajo, derecho “que puede y debe estructurarse orgánicamente en forma de participación y ejercicio de un poder fundamentado en un derecho real de los pueblos”,⁹⁰ y que incluye como otros derechos básicos, todo aquellos implicados en el derecho fundamental a la vida, como son el derecho a la salud, el derecho a la paz, el derecho a la educación, y el derecho a la seguridad.⁹¹ Si tuviéramos que expresar los criterios de justicia dados por el autor argentino, diríamos que el hombre posee un derecho fundamental como es el derecho a la vida. Tal derecho fundamental está rodeado de otra serie de derechos también fundamentales, en donde el derecho al trabajo sobresale al resto, pues se encarga de proporcionarlos. Los mediatiza. Aunque cada uno de ellos, representa un tipo de necesidad básica, lo que el discurso ideológico capitalista trata de hacer es encubrir su rango de derechos humanos fundamentales, reduciéndolos a ser meras necesidades humanas básicas subordinadas al funcionamiento de la economía capitalis-

86 “Esta norma es objetiva y obligatoria, y la propia competencia de los capitales la imponen y admite la aplicación de otros criterios solamente dentro de márgenes muy estrechos”, *op. cit.*, p. 234.

87 Más allá del sistema económico vigente, lo no incluido en la totalidad guardando independencia es la economía de la pobreza, de las clases oprimidas, de las naciones dependientes, subdesarrolladas, “incivilizadas” en aquello que no ha sido absorbido por el sistema. *Filosofía de la liberación, op. cit.*, p. 166.

88 El contenido de la subsistencia es llenado por el consumo de alimentos para vivir. Las condiciones mínimas adicionales, son la salud, la vivienda y la educación. *Idem*, p. 235. Para Dussel, la ideología es el “conjunto de expresiones semióticas que encubren la dominación.” *Idem*, p. 189.

89 *Ibidem*.

90 *Ibidem*.

91 *Idem*, pp. 235-236.

ta.⁹² Frente a ello, se debe evitar cualquier visión deformadora, y se deben ofrecer criterios y prioridades que partan de un correcto escalonamiento de las necesidades básicas entendidas, sin duda alguna, como derechos fundamentales. Teniendo todos como referente a la vida humana digna y libre, el derecho al trabajo es el primero. El pan, la salud, la educación, etcétera vienen después. No se trata de proporcionar pan y techo sin trabajo.⁹³

El derecho al trabajo es el que proporciona al hombre la forma más íntegra de autorrealizarse. Es un derecho que poseen los pueblos de todo país dependiente debido a que la exterioridad al sistema está más presente en ellos que en los países de capitalismo central, y en los centros de decisión de los países periféricos.⁹⁴ Pero resulta que este derecho queda ocultado, de forma ideológica, refrendándose jurídicamente, mediante un discurso que señala la posibilidad de todo ciudadano, de obtener, mediante *servicios sociales*, aquello que el sistema de trabajo no puede ofrecerle. Se convence a todo individuo que el derecho al trabajo no es un derecho esencial, que el trabajo no es la dimensión más humanizante del hombre, ¿de qué forma? Debido a que ni las condiciones económicas, ni el mercado de trabajo, ni la situación internacional puede garantizarlo, se traslada su valor esencial a la necesidad básica de subsistencia, acentuando aquellas otras necesidades “secundarias” nacidas del mismo ejercicio del trabajo humano, pero satisfechas ahora, no por el mismo hombre, sino por órganos mediadores subordinados a las pautas que el capital instaura por medio del mercado. Mediante la sustitución del derecho al trabajo por las prestaciones que el estado y las empresas pueden realizar, se convence a los más desfavorecidos de que no tienen posibilidad alguna de autorrealizarse. Sus posibilidades humanas quedan subordinadas al ritmo que marca el sistema.⁹⁵

En la actualidad, los criterios por los que la tecnología se rige, no son compatibles con los marcados por aquellos otros en los que priman la satisfacción de las necesidades básicas de la población mundial: trabajo, pan y techo.⁹⁶ Dussel propone la tarea de “transformar el conjunto tecnológico de modo tal que cada hombre pueda a través de su trabajo asegurarse una vida digna compatible con el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas existentes en su propio contexto.”⁹⁷ Es

92 El mismo Dussel, contrario a ella, señala que “más que necesidades humanas básicas se trata, en esta óptica, de derechos humanos fundamentales cuyo incumplimiento va mucho más allá de un lamentable accidente de mal funcionamiento de la economía,” *op. cit.*, p. 236. Aquí, nuestro autor se enfrenta a la tesis desfasada del Nuevo Orden Económico Internacional que se basa en la jerarquización que sitúa en primer lugar a las necesidades básicas, y después, a los derechos y las libertades. Esta estructura constituye una fuente de manipulación económica y de promoción de dictaduras, al ordenar y definir por otros, sin ninguna legitimidad, cuáles son las necesidades básicas.

93 *Ibidem*.

94 “El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura a partir del derecho al trabajo, que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno.” *Filosofía de la producción. Idem*.

95 Se legaliza la injusticia, bajando de nivel ético a la necesidad humana básica de trabajar, y a todas aquellas mediatizadas por el trabajo: salud, alimento, etcétera. A todas estas necesidades básicas, se las pasa del rango de derechos humanos fundamentales al rango de meras necesidades humanas.

96 *Idem*, p. 237.

97 *Ibidem*.

necesario sustituir el criterio de la rentabilidad por el criterio de la satisfacción de las necesidades humanas básicas. La transformación de la estructura económica vigente es por ello necesaria y urgente. Siguiendo la propia lógica de su discurso es consecuente: hay que salir del sistema para que la exterioridad se realice.

Jurídicamente, el derecho del sistema capitalista camufla la esencialidad del trabajo humano. Pese a ser el encargado principal que posibilita la satisfacción del resto de necesidades humanas básicas, en realidad, al que se protege programáticamente, no de forma totalmente obligatoria, es a la necesidad de subsistencia. Las condiciones económicas no permiten que el derecho al trabajo, el derecho al alimento y el derecho a la vivienda sean reconocidos de forma vinculante, pese a que el desarrollo tecnológico posea la capacidad suficiente para proporcionar tales derechos en cuanto representantes de aquellas necesidades más íntimamente ligadas con el mantenimiento de la vida de los pueblos y de los individuos más pobres, y de la libertad para poder ejercerla según sus costumbres.⁹⁸

Concluir reiterando la importancia que el trabajo humano posee para todo ser humano, y sobre todo para la mayoría oprimida y pobre. Según Joaquín Herrera, el trabajo es una “*actividad humana específica*” de apropiación natural y social y de creación de objetivaciones cada vez más complejas. Además, produce objetos que satisfacen necesidades y proporciona las bases para la creación de nuevas necesidades. Y aunque dice que no es una objetivación concreta, sobre él mismo sí se proyectan una serie de preferencias que le otorgan cierto grado de importancia, porque posibilita la apropiación social de las capacidades humanas. Y cada contexto cultural reclamará una serie de capacidades concretas.⁹⁹ En el lenguaje dusseliano, creemos ver un criterio de justicia en el que el *derecho al trabajo* desempeña un papel insustituible, humanizador. Si se niega como tal, se le impide a muchos colectivos pobres desplegar su ser distinto, libre e incondicionado. Es más, se les prohíbe poder desarrollar aquellas objetivaciones y aquellos valores generados a lo largo de la historia cultural propia de cada sociedad, nación o pueblo. Y en cuanto inmersos en la pobreza, sería una manera de excluirlos de la comunidad real de comunicación hegemónica, obligándoles a aceptar las pautas establecidas por el Sistema sin que este haga nada por adaptar algo de ellos. El trabajo humano es el primer elemento que conforma la capacidad del ser humano para autorrealizarse individual y comunitariamente, no un remanente subordinado a unas necesidades primarias. Y toda política económica, apoyada por los mismos ordenamientos jurídicos, debe estar dirigida a su reconocimiento absoluto.

⁹⁸ Decir que nuestro autor no está en contra de las prestaciones sociales ejercitadas por el Estado, sino contra la ideología subyacente en esas prestaciones: el individuo no tiene un derecho humano fundamental al trabajo, sino una necesidad de subsistencia, que no necesariamente se obtiene mediante el trabajo. Dussel es partidario de una mayor intervención del Estado como actor asignador distribuidor de recursos, *op. cit.*, pp. 237- 238.

⁹⁹ *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

INTEGRAÇÃO E POLÍTICA: O BRASIL NO MERCOSUL¹

José Eduardo FARIA

RESUMO. O objetivo deste trabalho é avaliar o papel do Brasil no Mercosul. Como uma economia tradicionalmente fechada pode, em pequeno espaço de tempo, abrir suas fronteiras para integrar-se regionalmente? O trabalho discute os obstáculos políticos e econômicos que impedem o Brasil de cumprir o que dele se espera, a partir do tratado de Assunção; e mostra como o Mercosul pode exercer um papel importante para a consolidação do desenvolvimento brasileiro.

ABSTRACT. The main purpose of this article is to evaluate the "role" of Brazil so that Mercosul may get successful in its basic goal. How a traditionally close economy is able, in short period of time, to open its industrial and commercial boundaries in order to integrate itself regionally? The article points out the political and economical obstacles which hinder Brazil of fulfilling all its duties and responsibilities sanctioned by Assunção's Treaty. In the conclusion, the article also describes how Mercosul may have a very important influence on the Brazilian political development.

Anunciada como um importante instrumento para a transformação produtiva e para a inserção do Mercosul se dá num momento em que as relações internacionais se caracterizam por dois movimentos paradoxalmente opostos, o da integração e o da "balcanização". Por um lado, o mundo desenvolvido cada vez mais se pauta por uma visão seletiva e oligárquica da agenda internacional, impondo temas recorrentes como a geração de formas cooperativas de interdependência econômica, a unificação monetária, a criação de grandes blocos comerciais e a emergência do Leste Europeu como um novo mercado consumidor. Por outro lado, as manifestações crescentemente violentas de nacionalismo e a erosão dos espaços políticos e

¹ Exposição feita no seminário "Socioeconomic Aspects of the Latin America Integration", promovido pelo Research Committee on Sociology of Law, da International Sociological Association, e pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas, da Universidad Nacional Autónoma de México, em Julho de 1992. O autor é professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Estudos sobre Direito e Sociedade (Cediso) da USP.

sociais em determinadas regiões, pondo em risco a integração de alguns “Estados-nação”, constituem-se em explosivo contraponto do processo de unificação da economia mundial.

No âmbito dos organismos internacionais multilaterais, o mundo em desenvolvimento tem sido quase sempre tratado pelo mundo industrializado como permanente fonte de problemas, acusado de violar direitos humanos, degradar o meio ambiente, fomentar migrações, fabricar armas de destruição em massa, etcétera. Na lógica usualmente pragmática do mundo industrializado, em cujo âmbito a crescente integração de mercado de bens e serviços, a interpenetração das grandes estruturas empresariais e a conexão dos mercados financeiros vão colocando em novos termos a capacidade de coordenação econômica dos Estados nacionais e relativizando a eficácia de seus instrumentos de política industrial, baseados na imposição de restrições aos fluxos de mercadorias e capitais, toda ênfase tem sido dispensada às relações livres de mercado. O que justifica essa ênfase são (a) o aparecimento de condições políticas e econômicas privilegiadas de acumulação de capital sem a contrapartida de entraves diretos às transações internacionais, e (b) a onda de transformação tecnológica dos países desenvolvidos responsável pelo deslocamento do eixo de competição do comércio mundial; antes dela, a competição girava em torno do controle das matérias primas estratégicas; hoje, ela se concentra em torno do controle de novos processos e escalas mundiais de produção.

Nesse cenário de homogeneização dos padrões de produção e consumo, o mundo em desenvolvimento tem participado mais como detentor passivo do que como gestor ativo das vantagens e dos resultados alcançados pelos organismos internacionais multilaterais que, paradoxalmente, ajudou a criar e a regular. Ao mundo em desenvolvimento têm sido transferidas as fases produtivas que envolvem trabalho intensivo, as que têm sua competitividade baseada no baixo custo dos salários e as que exigem um enorme controle de seu impacto negativo sobre o meio ambiente. Como é sabido, essas transferências também têm aberto caminho para a flexibilização da produção em massa. Seja por meio da reorganização das empresas transnacionais, seja por meio da modernização da rede internacional de fornecedores em torno de uma grande empresa, essa “especialização flexível” da produção tende a provocar uma concorrência muitas vezes “selvagem” entre mercados de trabalho locais, regionais e nacionais por novas oportunidades de investimento, obrigando os países em desenvolvimento a competir entre si pelas contrapartidas leoninas dos grandes conglomerados empresariais. Entre as consequências mais importantes desse tipo de competição destacase o enfraquecimento do trinômio Estado-nação-indústria nacional que garantiu por inúmeras décadas, como horizonte espaço-temporal, a direcionalidade e a coesão simbólica dos países latino-americanos; por causa desse enfraquecimento, o Estado tornase uma entidade por se redefinir; a nação vai perdendo seu perfil básico em face de processos internos de dissensão e dificuldades externas de inserção; quanto à indústria nacional, ela tem enfrentado o desafio de estabelecer novos critérios de seletividade e modernização em meio a uma competição feroz com os grandes conglomerados internacionais.

Destacase também, como consequência da “especialização flexível” da produção e da competição selvagem entre mercados de trabalho locais, regionais e nacionais pelas contrapartidas dos grandes conglomerados e das grandes agências multilaterais, o esvaziamento do próprio princípio da “soberania”. Exemplo disso é o fato de que as tentativas de enquadramento dos países em desenvolvimento pelo mundo industrializado estão chegando a um ponto tal, nos dias de hoje, que muitos deles, revelando-se incapazes de apresentar certificados de “bom governo”, expressão de uso corrente nas instituições financeiras internacionais públicas e privadas, não têm conseguido mais acesso às fontes institucionais de financiamento.

Essa “nova ordem internacional” tem sido fortemente alimentada por uma ideologia neoliberal que faz da “libertação” das forças de mercado sua grande pedra-de-toque legitimadora. Na lógica do sistema nascido das negociações de Bretton Woods, nos anos 40, sobressaíam-se Estados nacionais com elevado grau de autonomia. Já na ordem neoliberal destacam-se os processos de desregulação e deslegalização que, justificados em nome da restituição ao mercado de sua “capacidade natural” de coordenação, implicam a redução da autonomia dos Estados nacionais, o comprometimento dos direitos sociais conquistados após décadas de lutas e a subtrção à apreciação pública, por meio dos canais tradicionais da democracia representativa, das decisões sobre os destinos da economia. Apoiado na rejeição às políticas keynesianas de estímulo às economias nacionais, na crítica ao excesso de regulamentação estatal e na denuncia da sobrecarga fiscal do Estado-Providência, o receituário neoliberal vem ultimamente fazendo com que migre das instâncias governamentais nacionais para as áreas de influência do capital privado o papel de coordenação entre os setores produtivos e os organismos internacionais multilaterais em matéria de reconhecimento de patentes, de garantia à propriedade intelectual, de estabelecimento de critérios para a remuneração de serviços, de padronização de normas técnicas, etc.

É nesse cenário de crescente assimetria do poder político e econômico internacional, pondo em questão o clássico conceito de “soberania” forjado a partir do advento do Estado moderno, entre os séculos XVIII e XIX, que se pode compreender a emergência do Mercosul. Criado formalmente em 26 de março de 1991, pelo Tratado de Assunção, ele é integrado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai países cujas economias foram fortemente direcionadas nas últimas décadas por estratégias nacionais de industrialização por substituição de importações. Seu objetivo básico é consolidar a livre circulação de bens e serviços entre esses quatro países, por meio da eliminação das barreiras alfandegárias e a adoção de uma política comercial comum com relação a terceiros. A idéia central de Mercosul é a obtenção de ganhos de escala, mediante a substituição das fronteiras nacionais por um “mercado multipaís” que permita maior produtividade e capacitação tecnológica para o desenvolvimento e a redução dos custos e preços. Adotando um processo de desgravação tarifária progressiva, linear, generalizada e automática, o Mercosul prevê a coordenação das políticas macro-econômicas e das políticas setoriais no âmbito da agricultura, da indústria, do câmbio, do direito tributário e

dos serviços financeiros. Segundo o Tratado de Assunção, que estabeleceu um cronograma de redução de tarifas a ser aplicado entre 1991 a 1994, quando as tarifas estarão variando de um mínimo de zero a um máximo de 40%; 31 de dezembro de 1994 será o prazo-limite para que bens, serviços, capital e trabalho dos quatro países, com as características reveladas pelos quadros abaixo tenham, efetivamente, livre circulação.

Quadro 1
Indicadores básicos

País	População (milhões)	Expectativa de Vida	PIB US\$ BI	Dívida Externa	Inflação em 1990	Saldo Comercial (US\$ BI)
Argentina	32,5	70 anos	79,4	67,5	1.832,0 %	7,3
Brasil	150,0	65 anos	323,6	121,0	2.359,0 %	10,5
Paraguai	4,0	67 anos	6,0	2,1	42,7 %	0,2
Uruguai	3,1	71 anos	6,7	6,9	129,8 %	0,3

Fonte: Cepal e Bird

Quadro 2
Participação de cada país no comércio global (US\$ milhões)

País	Exportação	Importação	Intercâmbio	Participação
Argentina	10.957.000	4.413.000	15.370.000	22,5 %
Brasil	31.013.101	17.101.070	48.114.171	70,5 %
Paraguai	956.993	1.025.000	1.981.993	2,9 %
Uruguai	1.522.060	1.212.940	2.735.000	4,1 %
Total	44.449.154	23.752.010	68.201.164	100,0 %

Fonte: Ministério das Relações Exteriores/1990.

Em sua concepção institucional, o Mercosul se inspira nos diferentes acordos comerciais e econômicos promovidos entre a Argentina e o Brasil nos últimos dez anos, dos quais se destaca o importante Programa de Integração e Cooperação Econômica assinado pelos presidentes Raúl Alfonsín e José Sarney em 1986. Trata-se de dois chefes de Estado que, presidindo governos recém saídos do autoritarismo burocrático-militar, fracassaram estrondosamente no plano da gestão econômica, convertendo habilmente uma política externa "integracionista" em fonte de realimentação de seus respectivos coeficientes de legitimidade interna. É em grande parte por causa dessa estratégia mais política do que econômica de ambos os presidentes, no bojo do processo de consolidação do regime democrático, que a

cooperação bilateral entre os dois países acaba ganhando em sistematicidade e abrangência, abrindo caminho para um processo de integração originalmente baseado em protocolos relatoriais com dois níveis de objetivo: a curto prazo, com a pretensão de recuperar o nível de transação e de corrigir desequilíbrios sistemáticos nos fluxos de comércio, mediante a remoção das barreiras não tarifárias, a introdução de novos mecanismos financeiros e formação de empresas binacionais; a longo prazo, com a finalidade de criar um novo padrão de relacionamento entre as economias argentina e brasileira, aproveitando as complementariedades intra-setoriais existentes, ampliando as escalas de produção e disseminando a partir do setor de bens de capital o coeficiente de transformação tecnológica capaz de induzir a modernização de todas as plantas industriais.

Ao estender ao Paraguai e ao Uruguai o Programa de Integração e Cooperação Econômica entre Argentina e Brasil, procurando colocar em novos termos a experiência acumulada em trinta anos de esforços integracionistas na região, o Mercosul (a) modifica a metodologia de abertura dos mercados até então adotada, quase toda ela baseada em estratégias de criação de uma área de livre comércio, (b) encurta os prazos de “zeramento tarifário” e (c) consagra os princípios de gradualidade, flexibilidade, equilíbrio e simetria. Historicamente, a primeira grande tentativa de integração se deu por meio de Associação Latino-americana de Livre Comércio (Alalc), criada nos anos 60 com o objetivo de ampliar as escalas de mercado sem, contudo, por em questão a concepção de “mercado fechado” inerente ao modelo de substituição então vigente entre os países-membros. Tendo no início obtido o desgravamento tarifário dos produtos tradicionalmente comercializados na região, com o tempo esse organismo multilateral acabou emperrando nas negociações de produtos novos, de menor complementariedade econômica. Entre 1961 e 1978, o comércio entre os países-membros passou de US\$ 250 milhões para US\$ 3,3 bilhões. Nos anos 80, a Alalc passa a sofrer as consequências dos choques dos juros e do petróleo, da crise da dívida externa, do agravamento da recessão e da emergência da hiperinflação; com a interrupção no fluxo de novos capitais e com a imposição dos planos ortodoxos de ajuste econômico defendidos pelo Fundo Monetário Internacional, entre 1981 a 1988 o comércio inter-regional cai de US\$ 23,3 bilhões para US\$ 20 bilhões.

A Alalc é então substituída pela Associação Latino-americana de Desenvolvimento e Integração (Aladi), uma organização menos preocupada com o estabelecimento de zonas livres de comércio, como sua antecessora, e mais voltada à consecução de efetivos acordos bilaterais de caráter setorial, que não se estendem automaticamente aos países-membros. Apesar da flexibilidade e do pragmatismo estabelecidos para as negociações setoriais produto a produto, mediante a ausência de prazos definidos e de compromissos de harmonização concedida às suas respectivas políticas de estabilização macro-econômica, pelos países-membros, comprometeu o estabelecimento de programas regulares, progressivos e eficazes de integração. A metodologia utilizada para as negociações setoriais permitiu que a Aladi avençasse inicialmente nas áreas de menor resistências, motivo pelo qual, à

medida em que se ampliavam as linhas de preferências tarifárias, cresciam paralelamente as resistências e diminuam os incentivos para novas concessões.

Consolidando experiências sub-regionais, como a expressa pelas relações entre Brasil e Argentina, o Mercosul se revela original em relação às experiências anteriores de integração ao deslocar a ação governamental do monitoramento da expansão e do equilíbrio do intercâmbio, antes realizado por mecanismos compensatórios e por negociações setoriais, para as tarefas de harmonização de instrumentos de política comercial, tecnológica e macro-econômica. Limitando expressamente a possibilidade de que os acordos setoriais venham a adquirir um caráter defensivo e protecionista, o Mercosul substitui assim a tradicional preocupação dos países-membros com a obtenção de complementariedades inter-setoriais e com a consecução de efeitos concretos de integração vinculadas à reorganização industrial pela ênfase às reduções tarifárias lineares, automáticas e universais. O estabelecimento de um rigoroso cronograma para essas reduções foi desse modo pensado como uma espécie de restrição auto-imposta destinada a propiciar o adensamento das negociações em torno dos objetos do Tratado de Assunção e a estimular as empresas a forjarem projetos substantivos de adaptação às novas condições de competição econômica. Atribuindo ao mercado o papel de mecanismo fundamental para a alocação de recursos e valorizando a iniciativa privada em detrimento das funções controladoras, protetoras, diretoras e promotoras dos Estados nacionais, o Mercosul expressa dessa maneira as políticas de liberalização externa adotadas pelos novos presidentes da Argentina e do Brasil, eleitos em 1989.

O “espírito” fundante da metodologia adotada para a efetivação do Mercosul consiste, portanto, na firme disposição para a neutralização das eventuais pressões políticas e/ou empresariais defensivas e protecionistas, ao nível de setores. Como afirma um dos mais lúcidos exegetas do tratado e dos demais documentos que geraram o Mercosul “a partir do momento em que se implanta um cronograma que teoricamente levará o Brasil e Argentina a construir, no final de 1994 uma Zona de Livre Comércio, surgem crescentes demandas por convergências na gestão macroeconômicas e pela harmonização de políticas que afetam as condições de competitividade dos diferentes espaços nacionais. Não por acaso, tais demandas têm origem nos setores empresariais e governamentais dos países menores-ou seja, aqueles para os quais o Mercosul representa um elenco de riscos e oportunidades relativamente grande e sobre os quais tendem a recair os custos da não-harmonização da política da oferta. O cronograma de eliminação de barreiras tarifárias coloca o problema nada trivial de atender às demandas de harmonização e de coordenação de políticas de um período onde se concede prioridade absoluta ao ajustamento doméstico e às reformas estruturais em um sentido liberalizante e onde se exclui qualquer iniciativa envolvendo cessão de soberania sobre a gestão das políticas econômicas internas.”²

2 Cfr. Pedro Motta Veiga, “Abertura externa e integração do Mercosul”, in *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, 1992, m. 32, p. 20).

Nesse sentido, que papel pode desempenhar o Brasil para efetiva concretização do Mercosul? De que maneira uma economia tradicionalmente fechada e orientada por políticas forjadas a partir do postulado do “crescimento auto-sustentado” tem condições de por em prática, num prazo de tempo bastante curto (apenas 45 meses), o que foi formalmente acordado pelo Tratado de Assunção? Se depender do Brasil, em outras palavras, o Mercosul será realmente capaz de obter o que a Alalc e a Aladi não conseguiram no espaço de trinta anos?

Com 58% da superfície dos quatro países-membros, 45% da população e 51% do Produto Interno Bruto, o Brasil equivale à metade do Mercosul. No entanto, sua economia é a mais protegida; e como seu parque produtivo não recebeu investimentos importantes no decorrer da década de 80, sua planta industrial é a mais heterogênea, como alguns segmentos modernos e competitivos, e outros tecnologicamente defasados e dependentes de subsídios, incentivos fiscais, créditos favorecidos e reservas de mercado. Em 1960, quando consolidava a transição de uma economia agrário-exportadora para uma economia urbano-industrial, por meio de uma política de substituição de importações, o Brasil participava com 12% do comércio internacional - percentual atualmente reduzido à metade. Para uma efetiva consecução dos propósitos básicos de Mercosul, por isso mesmo, o Brasil apresenta três graves obstáculos de caráter estrutural.

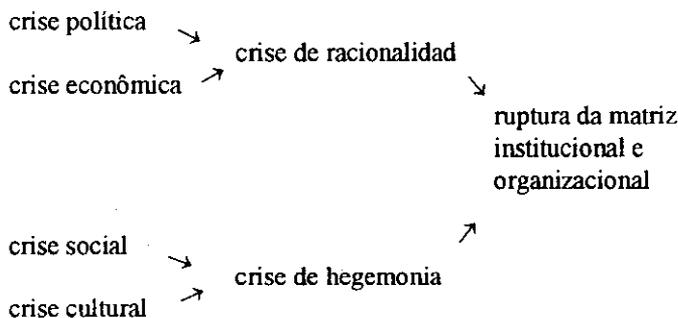
O primeiro obstáculo é de natureza econômica: convivendo há mais de uma década com desarranjos crônicos, sofrendo as consequências perversas de uma corrosão inflacionária que reduz a efetividade do processo decisório, contando com um sistema financeiro que premia a especulação em detrimento de atividades reprodutivas, apresentando ritmos descontínuos de crescimento e pautando-se por governos permanentemente obrigados a adotar políticas de curtíssimo prazo de estabilização da moeda, o Brasil não oferece qualquer garantia de estabilização macroeconômica até 1994. Sem condições de assegurar a racionalidade do cálculo econômico, uma vez que a propensão à hiperinflação sempre inviabiliza os orçamentos do setor público, torna aleatórios os ganhos e as perdas e inibe os investimentos de longo prazo, o país carece de um projeto de futuro. São tantas as incógnitas e as contingências no plano econômico, que a incerteza quanto ao futuro obriga os atores empresariais e sindicais a formular planos ecléticos e pragmáticos de curto prazo, impedindo-os de forjar programas mais consistentes de médio a longo prazo.

O horizonte do país, nesse sentido, tem sido condicionado pela gestão cotidiana da inflação, com todas suas graves sequelas em termos de conflitos falsamente distributivos, de desconfiança generalizada e de luta “hobbesiana” pela minimização das perdas. Enquanto no Uruguai, Argentina e Paraguai a economia foi praticamente dolarizada, alcançando algum grau de estabilidade, no Brasil os juros, preços, salários e câmbio continuam sendo objeto de políticas inconsistentes e/ou pragmáticas. Longe de debelar uma inflação crônica que vem destruindo os compromissos morais básicos dos quais depende a manutenção da própria ordem jurídico-institucional, o neo-liberalismo ultimamente adotado pelas autoridades

econômicas está provocando quedas sucessivas na remuneração real média dos assalariados, aumento das famílias abaixo de linha de pobreza e redução dos postos de trabalho na indústria. De que modo uma política que vem empobrecendo generalizadamente quase toda a sociedade, a pretexto de restabelecer um padrão monetário minimamente estável para a consecução de transações econômicas, pode efetivamente abrir caminho para restaurar a competitividade e a prosperidade.

O segundo obstáculo é de caráter político: o Estado brasileiro vem vivendo uma crise profunda, do ponto de vista de sua capacidade funcional, de sua competência técnica e de sua legitimidade. Trata-se de uma ampla crise estrutural que, originariamente, começou com problemas específicos no sistema político, no sistema econômico, no sistema social e no sistema cultural, expressando-se, respectivamente, sob a forma de crescentes déficits de representatividade, de ineficácia na gestão econômica, de desintegração social e de motivação. Com o tempo, como se vê abaixo, as crises política e econômica fundiram-se numa ampla crise de racionalidade, no plano institucional, e as crises social e cultural fundiram-se numa ampla crise de hegemonia, no plano da sociedade. A velocidade e a intensidade dessas crises de racionalidade e hegemonia, intercruzando-se e alimentando-se reciprocamente, entreabre agora o risco de uma fusão entre elas, configurando assim a possibilidade de uma crise global que poderia culminar até mesmo na ruptura da própria matriz institucional e organizacional do Estado e da sociedade brasileira.

Quadro 3



Vitimado por enormes contradições internas, sobrecarregado por pressões para as quais não tem condições de oferecer respostas consequentes e atingido por uma ampla crise fiscal que (a) vai alimentando o déficit público, (b) inviabilizando a formação de poupança pública, (c) tornando obrigatória a transferência da receita tributária ao pagamento dos títulos da dívida pública no mercado financeiro e (d) assim retroalimentando viciosamente o déficit público, o Estado brasileiro parece estar chegando ao limite de sua capacidade de ação fiscalizadora e reguladora na sociedade. Sua intervenção na vida social e econômica, apesar de ser muitas vezes avassaladora, se torna crescentemente errática por causa da ausência de um projeto jurídico-político para a Nação. Trata-se de uma intervenção flagrantemente descuidada, no plano técnico, que atende basicamente a setores minoritários, porém com

grande capacidade de mobilização, articulação e confronto. Basta ver, nesse sentido que 41% dos pobres recebem hoje apenas 20% dos gastos públicos e benefícios sociais, enquanto as famílias de maior renda hoje capturam 34% do total, embora representem apenas 16% população. Em termos concretos, isso significa que os gastos sociais do governo têm crescido com o nível de renda da família: em 1986, por exemplo, eles eram de aproximadamente US\$ 110 anuais per capita, entre os mais desfavorecidos, chegando a US\$ 737 dólares anuais per capita para os mais ricos.³

Essa distorção, por meio da qual determinados setores se revelam mais eficientes na apropriação dos recursos coletivos, tem gerado, além do agravamento dos desequilíbrios sociais, outro tipo de problema: a reação corporativa dos setores mais atrasados, situados basicamente nas regiões não-industrializadas do país. Esse setores têm conseguido apropriar-se das regras do federalismo, subvertendo o princípio da representatividade proporcional. Tal subversão se dá mediante (a) a garantia de uma hiper-representação aos estados do Nordeste, Norte e Centro-Oeste, favorecidos com assentos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal em número suficiente para controlá-la; e (b) a imposição de uma sub-representação aos estados mais modernos do Sul e do Sudeste, como é caso de São Paulo, responsável por 35% de toda riqueza produzida nacionalmente, 22% da população total, por 1/4 da força de trabalho global e com direito a apenas 15% dos recursos que entrega à União sob a forma de impostos.

Essa perversão do federalismo e do princípio da representatividade não se tem limitado apenas a potencializar o conflitos do desenvolvimento e a comprometer esforços de racionalização do setor público. Ela vem, igualmente, tornando as as regiões industrializadas reféns de um policy-making crescentemente disfuncional, na medida em que propicia as condições jurídico-institucionais para transferências inter-regionais de renda que acabam beneficiando elites anacrônicas e oligarquias provincianas, acostumadas às práticas políticas clientelísticas. Na medida em que as regiões mais desenvolvidas se sentem “exploradas” pelo tipo de industrialização ocorrido no Sul e no Sudeste, o resultado é um crescente enfraquecimento dos laços essenciais, que se expressa por oposições regionais cada vez mais contundentes e polarizadas. Para neutralizar o perigo “secessionista” inerente a essas oposições, o governo federal por vezes procura compensar os “impostos sem retorno” pagos pelo Sul e pelo Sudeste com alguns incentivos, isenções e dotações orçamentárias extraordinárias; mas para compensar essa “compensação”, dadas as partes pressões contrárias, também consolida e amplia nichos de privilégios, como a Zona Franca de Manaus e as Zonas Especiais de Exportação, ao mesmo tempo em que se vale do Imposto sobre Produto Industrializado (não incluído no Tratado de Assunção) para assegurar desde já um cinturão de proteção às regiões mais atrasadas —o que

3 Cfr. Draibe, Sonia Miriam, “As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas”, in *Para a década de 90: prioridades de perspectiva da política brasileira*, George Martine, Rio de Janeiro, IPEA/PLAM, 1990, v. 4; e Gianetti da Fonseca. Eduardo, *Liberalismos e reforma social no Brasil*, São Paulo, mimeo, 1990).

só aumenta a irracionalidade do sistema decisório, e gera uma bomba de efeito retardado para a integração proposta pelo Mercosul. Uma bomba que, reforçada pela atitude de aparente indiferença do Norte, Nordeste e Centro-Oeste com relação à implementação do Mercosul, poderá explodir no momento das negociações sobre problemas tarifários e questões tributárias, criando situações de fato para o redirecionamento estratégico da própria política externa brasileira para a América Latina.

Decorrente desse problema, o terceiro grande obstáculo para a efetivação do que foi previsto pelo Tratado de Assunção é representado pela coexistência conflitiva e potencialmente anômica entre um pequeno setor sócio-econômico industrializado moderno, com elevada produtividade e alto padrão de vida dentro da relatividade brasileira, e um setor tradicional de eficiência comprovadamente reduzida, por um lado absolutamente incapaz de atender às exigências de qualidade, custo, versatilidade, velocidade de resposta e capacidade de atualização inerentes ao tipo de integração previsto pelo Mercosul, e, por outro, corrompido por formas patrimonialistas de ação política e minado pela pobreza massiva. Atualmente, por exemplo, 15% das famílias brasileiras vivem na miséria; 35% delas, incluídas as precedentes, encontram-se em nível de pobreza absoluta, como mostra a tabela abaixo, ao final da década de 80, os 50% mais pobres do país detinham somente 10,4% da renda nacional, enquanto os 10% mais ricos controlavam 53,2% dessa renda; por início da década, os 50% mais pobres detinham 13% da renda nacional, enquanto os 10% mais ricos controlavam 46,6%.⁴

Quadro 4
Distribuição da renda nacional nos anos 80.

Anos	1981	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Faixa de Renda								
10%+ pobres	0,9	0,9	0,8	0,7	1,0	0,7	0,6	0,6
50% + pobres	13,0	12,6	12,5	12,0	12,5	11,7	11,1	10,4
10% + ricos	46,6	48,1	48,1	48,8	48,8	49,0	51,2	53,2
1% + ricos	13,4	14,0	13,7	14,1	15,2	14,5	15,1	17,3

Fonte: IBGE/PNAD.

Obs: a PNAD não foi realizada em 1982.

A pobreza que se distribui desigualmente pelas regiões do país, concentrando-se mais no Nordeste do que no Sul, como se vê no quadro abaixo, também afeta drasticamente as crianças e os adolescentes: metade dos 59 milhões de brasileiros com um dia de vida a 17 anos vive em famílias miseráveis com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo; a desnutrição crônica atinge 15% da popu-

⁴ Cfr., Albuquerque, Roberto e Villela, Renato, *A situação social no Brasil: um balanço de duas décadas*, Rio de Janeiro, IPEA/IPLAM, 1990.

lação infantil, colocando o país ao lado de países africanos cuja renda per capita corresponde a menos de um terço da brasileira; na faixa dos 7 aos 17 anos, 8 milhões de crianças estão fora da escola. Quanto ao grau de instrução, o número de analfabetos e semi-analfabetos adultos chega a quase 40 milhões, numa população de 141 milhões de habitantes. Segundo o "Human Development Report", do Banco Mundial, que pesquisou 120 países e os classificou de acordo com o estágio social de cada um, o Brasil ocupa atualmente a 74a. posição em matéria de ensino e educação.⁵

Quadro 5

	Norte	Nordeste
Pessoas ocupadas que ganham até 1 salário mínimo (%)	51,8	21,8
Pessoas que ganham entre 10 e 20 salários mínimos	1,2	4,2
Rendimento médio mensal (Ncz\$)	304	756
Distribuição de Renda (%):		
10% mais pobres	0,6	0,7
10% mais ricos	43,2	37,6
1% mais rico	20,4	16,7
Índice de Gini (média padrão de grau de concentração de renda)	0,659	0,634
População Urbana (%)	57,3	85,9
População Rural (%)	42,7	14,1
Taxa de analfabetismo (%)	39,3	11,9
Pessoas sem instrução e com menos de 1 ano de estudo (%)	35,0	12,0
Pessoas com mais de 8 anos de instrução (%)	15,5	29,2
Não contribuintes p/ Previdência (%)	70,7	36,1
Famílias com 3 ou 4 componentes (%)	36,1	44,3
Famílias com 7 ou mais (%)	16,7	6,6
Domicílios com rede de água (%)	51,3	85,9
Domicílios com coleta de lixo (%)	38,8	77,3
Domicílios com iluminação elétrica (%)	68,7	95,2
Domicílios com filtro (%)	51,8	70,5
Domicílios com fogão (%)	87,0	99,1
Domicílios com geladeira (%)	40,4	83,2
Domicílios com rádio (%)	68,8	90,2
Domicílios com televisão (%)	46,5	85,0

Fonte: IBGE

⁵ Cfr. Wilmar Faria, "O estado social da nação", in *Novos Estados*, São Paulo, Cebrap, 1992, m. 33).

Nesse tecido social esgarçado, as relações de mando e obediência vêm, nos últimos tempos, tendendo a se caracterizar por relações de força cujo único marco referencial parece ser o próprio confronto, sob a forma de práticas violentas — como saques, ocupações e invasões. Enquanto as normas jurídicas revelam-se por vezes ineficazes para coibir essa violência, regras substantivas forjadas na dinâmica das lutas sociais são progressivamente entendidas como “naturais”, no sentido hobbesiano da expressão. Esse é o motivo pelo qual os códigos e as leis nãoa têm conseguido mais “penetrar” de forma homogênea e eficaz em todos os níveis e setores sociais. Crescendo em quantidade e mudando seu perfil qualitativo, os conflitos complexos decorrentes de uma sociedade fracamente integrada já não são mais seus dispositivos e forjado a partir de uma cultura normativista-legalista de caráter liberal-burguês. Uma cultura que como é sabido, postula a sociedade como o espaço de interação entre cidadãos livres e atomizados, considerados exclusivamente a partir de sua individualidade. Diante dessa sociedade heterogênea, contraditória e conflitiva, que se revela na prática como uma agregação cada vez menos funcioanl de comunidades, grupos e classes, o Estado brasileiro enfrenta hoje uma enorme dificuldade para impor e fazer respeitar o direito positivo, com suas tradicionais normas de conduta assentadas na clássica lógica binária legal/ilegal.

Na medida em que o Estado tem perdido seu peso fiscalizador, regulador e diretor, as diferentes comunidades, os distintos grupos e as diversas classes sociais tendem a formar internamente, em suas múltiplas interações, um direito próprio, com lógicas distintas e procedimentos específicos. Em certos casos e em determinados momentos, a “jurisprudência ad hoc” assim formada chega ao ponto de funcionar paralela ou mesmo confrontacionalmente ao direito positivo. A emergência desse pluralismo jurídico, rompendo e/ou desafiando o monopólio das fontes formais de produção do direito estatal, assinala o advento de uma realidade original e ainda não de todo percebida por economistas, empresários, políticos e dirigentes. Decorrente do processo de generalização das formas de produção e consumo deflagrados pelas recentes transformações tecnológicas no âmbito das regiões mais industrializadas do país, a evolução sócio-econômica recente no Sul e Sudeste estaria levando à superação das situações em que era possível referir as relações sociais a “pessoas”.

Cada vez mais, principalmente nos setores oligopolizado e nos segmentos de ponta da economia brasileira, essas relações passam a se referir à interação entre as diferentes organizações empresariais e trabalhistas das quais as “pessoas” fazem parte como trabalhadores, sindicalistas, executivos, empresários, etc. O alto grau de regionalização e objetivação atingido por organizações, em contraste com as condições miseráveis da economia informal e com as formas pré-modernas de interação social verificáveis nas regiões mais atrasadas do país, faz com que elas muitas vezes tendam a se colocar acima das obrigações legasi válidas erga omnes. Numa situação-limite, os cidadã do Sul e do Sudeste empregados numa grande empresa capitalista acabariam enquadrando sua vida, inclusive a privada e familiar, nas organizações às quais petencem como trabalhador — o que desloca o antigo e

importante problema da integração social, tradicionalmente disciplinado disciplinado pelo direito público, para uma integração sistêmica alimentada e “normatizada” pelas expectativas de lucro, produtividade e consumo dos integrantes de cada grande empresa. Também numa situação-limite, muitos cidadãos do Nordeste, Norte e Centro-Oeste condenados à atividade marginal terciária e à agricultura de subsistência sequer chegaram aos limites da cidadania, vivendo ainda presos a esqueñas primitivos de ordem social. Encontram-se, portanto, fora do alcance da proteção da ordem estatal, sem qualquer tipo de direito a serviços públicos básicos.

A realidade sócio-econômica brasileira, vista a partir do ângulo específico de seus segmentos mais modernos e/ou oligopolizados, revela que as diferentes organizações empresariais e sindicais vêm sendo progressivamente capazes de resistir a pressões externas e aos próprios controles estatais, com base no pressuposto jamais publicamente enunciado de que suas demandas são os critérios únicos a determinar seus respectivos comportamentos. Quem atua em setores monopolizados ou oligopolizados, podendo com a administração política dos preços e tarifas de seus bens e serviços bloquear programas econômicos e quem exerce atividades que permitem paralisar máquinas, ocupar usinas, desartivar hospitais, impedir a circulação de transportes coletivos, suspender o fornecimento de combustíveis, etc., de certo modo acaba influenciando na realidade social estritamente a partir da visão de suas necessidades imediatas e de sua posição estratégica dentro da economia. As grandes organizações empresariais ou sindicais situadas nos segmentos de ponta da economia brasileira e as que detêm o monopólio de seu setor parecem atualmente defender sua plenitude de consumo de bens, serviços, subsídios e incentivos produzidos pela sociedade independentemente de qualquer preocupação com os custos da geração desses mesmo bens, serviços, incentivos e subsídios. Cada organização dessa tenderia, assim, a criar seus próprios espaços, a gerar suas próprias regras, a definir sua própria ética e a politizar uma área específica das relações sociais.

Esse é um fenômeno típico de erosão do poder central de Estado e que, com certeza, pode afetar a posição do Brasil no Mercosul. Diante desse problema, e levando em conta que a Argentina, o Uruguai e Paraguai têm suas normas específicas relativas a negociações salariais, como seria possível a cada um dos países-membros aceitar e implementar a uniformização da legislação trabalhista e previdenciária? É importante não esquecer que o tipo de integração proposto pelo Tratado Assunção postula, ainda que não o faça de modo explícito, o princípio da supra-nacionalidade, por meio do qual poderes nacionais são transferidos a organismos multilaterais com burocracia própria, dotada de poderes de enforcement e preparada tecnicamente para submeter a uma estratégia “harmonizadora” os programas econômicos nacionais, o processo de integração propriamente dito e a política de relacionamento externo do Mercosul. Justificado em nome da maximização de resultados propiciada pela coordenação macro-regional, esse tipo de transferência implica, evidentemente, alguma relativização do conceito clássico de “soberania”, ou seja, de concentração do poder decisório no âmbito do Estado

nacional. A resolução dos graves problemas sociais e os imperativos de estabilização econômica do país, contudo, estão hoje a exigir um imediato resgate das condições de governabilidade —o que somente será possível mediante o aumento da capacidade decisória do Executivo, a criação de novos mecanismos jurídicos de controle, intervenção e direção frente aos setores oligopolizados e monopolizados, a eliminação dos cartórios no âmbito do sistema produtivo e a restauração de sua competência substantiva para formular políticas efetivamente públicas. O atual desafio institucional brasileiro se expressa pela necessidade de se forjar um ordenamento político-administrativo-jurídico realmente capaz de filtrar e processar as diferentes pressões e interesses emanados de uma estrutura econômica complexa e heterogênea e de uma estrutura social conflitiva e contraditória, intervindo de modo mais preciso na redução das disparidades e desequilíbrios que hoje comprometem a integração do país.

O que se requer, portanto, é um Estado preparado para colocar na agenda política as questões-limite, que não só têm um caráter flagrantemente distributivo, como também dizem respeito a inúmeros conflitos de natureza classista. Na medida em que o desafio da redução das profundas desigualdades sociais, setoriais e regionais pressupõe uma agenda com novas prioridades e em que o sistema decisório vigente há tempos se revela ineficiente, absolutamente incapaz de agregar e processar uma intrincada e explosiva pluralidade de interesses e demandas, percebe-se aí a contradição entre o princípio da supra-nacionalidade inerente no perfil liberal do Mercosul e as exigências de um Estado com poderes nacionais mais amplos e eficazes. É isto que explica porque o governo brasileiro, mais do que os governos da Argentina, do Uruguai e do Paraguai, parece relutar em definir de modo explicitamente público, com a finalidade de não suscitar pressões contrárias oriundas de setores cartorializados, as providências operacionais que tem tomado visando a uma efetiva institucionalização de um processo de integração que, pelos seus documentos, neutraliza todos os mecanismos defensivos que possam eventualmente propiciar restrições quantitativas aos mercados da região e a adoção de cotas no comércio intra-regional.

Diante das limitações econômicas, sociais e políticas esboçadas nestes últimos parágrafos, o futuro do Mercosul, no que depende do Brasil, parece algo comprometido. Numa economia municipal altamente competitiva, que não mais valoriza a produção de bens padronizados por meio da conjugação de máquinas especializadas com amplos contingentes de mão-de-obra barata e semi-qualificada, enfatizando agora plantas industriais destinadas a produzir bens heterogêneos, aptas a responder às exigências de mudança do mercado e operadas por uma força de trabalho altamente especializada, as limitações acima apontadas revelam um país (a) com baixa capacidade de adaptação a situações disruptivas; (b) com um Estado marcado por uma erosão organizacional interna e por um tipo de corporativismo que o torna incapaz de definir um projeto verdadeiramente nacional; (c) com um empresariado com vários segmentos caracterizados pela baixa propensão à inversão em tecnologia e acostumados à ausência de riscos, graças a acordos formulados no

âmbito dos “anéis burocráticos” do Executivo. Nesse sentido, o que se pode esperar do país, com todas as crises e limitações apontadas, em termos de sua efetiva integração com os demais países-membros do Mercosul?

É possível agora, para concluir, inverter o sentido dessa indagação e neutralizar, ainda que parcialmente, o excesso de negativismo nela implícito. Até aqui, examinou-se o peso do Brasil para a concretização do Mercosul. E o impacto que o Mercosul pode exercer sobre o Brasil? Duas hipóteses podem ser apresentadas nesse sentido. A primeira diz respeito à possibilidade desse organismo se constituir, a médio prazo, numa aliança política inter-regional para (a) preservar vantagens comparativas já acumuladas pelos países membros e (b) formar um bloco negociador em favor de uma política comercial comum com relação a outros blocos econômicos situados na América do Norte, na Europa e no Sudeste Asiático. O que justifica a formação desse bloco negociador é o fato de que os megamercados europeu, asiático e norteamericano, organizados sob a égide de um discurso “liberal”, na prática têm utilizado instrumentos neo-mercantilistas de protecionismo contra países competitivos, em benefício da produção e do emprego de seus respectivos países-membros. Tornando inviáveis os mercados isolados, os megamercados assim organizados também costumam incrementar o comércio intra-regional em detrimento do livre comércio internacional e exercer controles políticos sobre a exportação de determinados bens estratégicos. O mercosul seria, assim, uma das maneiras pelas quais os países mais meridionais da América Latina, independentemente de sua efetiva integração econômica, poderiam posicionar-se frente a esses megamercados regionais com vocação autárquica.

A segunda hipóteses relativa ao impacto do Mercosul sobre o Brasil é de natureza política-insitucional. O regime democrático hoje em vigor entre nós, bem como nos demais países-membros, ainda não parece ser uma finalidade em si. Pelo contrário, tudo indica que esse regime continua sendo apenas o resultado indireto do autoritarismo burocrático-militar, em cuja época os cidadãos puderam aprender, sob a forma de abusos, torturas e cerceamento do espaço público da palavra e da ação, o que não deve é um padrão legítimo e pluralista de organização das relações políticas. Trata-se de uma democracia forjada pela revalorização das liberdades fundamentais suprimidas por generais e tecnocratas; um regime cujas regras ainda têm como marco de referência seu próprio processo de positivação a partir das lutas anti-opressão. Na medida em que não se baseia em princípios ou justificações exteriores a esse processo, essa democracia ainda se revela um pouco frágil, dependendo de sua reiteração cotidiana.

Nesse aspecto é que o Mercosul pode ser politicamente importante: além da busca de melhor utilização dos recursos disponíveis entre os países-membros, ele pode propiciar condições político-institucionais para a manutenção do regime democrático nos períodos de maior turbulência, como o que o Brasil vem vivendo ultimamente. Entre outras razões porque qualquer fenda no ordenamento constitucional vigente levaria à sua auto-exclusão desse organismo —o que por consequência, ameaçaria a continuidade do processo de integração. Apesar da excessiva

fragmentação das forças partidárias e da perversão do princípio da representação proporcional impedir atualmente a organização e a consecução de uma vontade política explícita, coerente e articulada, por meio de uma “clear majority”, já há no país alguns setores, sociais já suficientemente bem organizados, em condições de negociar concretamente as reformas necessárias para a correção das desigualdades sociais, de concentrar seus esforços no desafio da reforma estrutural do setor público e de utilizar as ligações intra-mercado regional como fonte de pressão para a continuidade da ordem democrática. São setores que podem crescer e resistir a eventuais retrocessos institucionais, convertendo em prestígio interno suas relações externas no plano intra-regional; relações que o Mercosul pode estimular, ampliar e adensar.

Apesar de ser apenas uma esperança, e não uma certeza, o Mercosul constitui uma experiência importante num momento histórico em que as relações internacionais se pautam movimentos paradoxais de integração e “balcanização”, de globalização econômica e explosões de nacionalismos étnicos ou políticos. Embora no que dependa do Brasil ele possa enfrentar grandes problemas para sua concretização ou para a coerência global do projeto, seu potencial econômico e suas implicações políticas para o futuro do país não podem, em hipótese alguma, ser subestimados.

CENTROAMÉRICA: DEL ESTADO DEL MALESTAR AL DEL POSBIENESTAR¹

Carlos FIGUEROA IBARRA²

SUMARIO: *Introducción; I. Los rasgos constitutivos del Estado del malestar, II. La vía autoritaria hacia la democracia y el posbienestar, III. Centroamérica: malestar y posbienestar en el fin del siglo XX, Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Al leer la convocatoria al Coloquio Internacional de Sociología Jurídica organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Comité para la Investigación en Sociología Jurídica y el Grupo de Trabajo Permanente Derecho y Política, confieso que no pude menos que confirmar lo que desde hace tiempo vengo pensando: que la región geográfica y política que ha sido objeto de mis preocupaciones científicas en los últimos años, me refiero a Centroamérica, parece llevar en sí el sino del atraso con respecto a lo que parecen ser las tendencias universales de desenvolvimiento político y social.

En efecto, pareciera que cuando Centroamérica logra instaurar una transformación que tiene sentido progresivo, el resultado más permanente no es sino su contrario. O que cuando ha alcanzado alguna meta, ésta ha dejado de tener importancia en el concierto mundial. Peor aún, pareciera que cuando Centroamérica trabajosamente ha logrado culminar los esfuerzos para sentar las premisas de una nueva época, ésta parece estar agotada en el resto del mundo.

¹ Ponencia presentada al "Coloquio Internacional de Sociología Jurídica sobre el Estado del posbienestar y el discurso neoliberal" organizado por el grupo Permanente Derecho y Política, el Comité para la Investigación en Sociología Jurídica y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 12-19 de abril de 1993.

² Universidad Autónoma de Puebla.

No puede dejar de pensarse de tal manera cuando se analiza la historia de las revoluciones liberales en la región, aquellas que supuestamente construirían el Estado de derecho, la constitucionalidad de la modernización política consolidada a partir de la Revolución francesa, y que no servirían sino para educar de la manera más brutal a la población y a la geografía a las necesidades de la acumulación capitalista a nivel mundial y a la división internacional del trabajo. Y que debido a ello, más que para instaurar Estados democráticos, con divisiones de poderes, asentados en ciudadanos reales, parlamentos activos, las grandes transformaciones del último tercio del siglo XIX sirvieron para hacer nacer y desarrollarse a las dictaduras liberales que habrían de prolongarse en los distintos países de la región hasta bien entrada la primera mitad del siglo XX.

Durante el periodo que comprenden los años de 1978 a 1991, la región de Centroamérica viviría el periodo de violencia política más cruento de su historia. Las guerras civiles, iniciadas con el proceso nicaraguense a partir de enero de 1978, se habrían de irradiar hacia El Salvador y Guatemala y conmocionarían a la región entera que vivió toda la década de los ochenta en función de los procesos insurgentes que se observaban en los tres países de la crisis profunda y de su contraparte, esto es la instauración de los modelos contrainsurgentes y la materialización de la política estadounidense para la región. El estallido revolucionario que tuvo como elemento programático ideal la instauración de una sociedad en transición al socialismo, tuvo que acotarse y readecuarse (como lo evidencian los objetivos programáticos actuales de las fuerzas revolucionarias de la región) en la medida en que el socialismo perdió viabilidad. Hoy el saldo neto de la guerra observada en todos estos años en Centroamérica es el que la región ha empezado a contar con todas las posibilidades políticas e ideológicas para transitar hacia la modernidad en lo que se refiere a las relaciones entre Estado y sociedad. Y cuando esto parece ser una meta real para lo que se vislumbra en el horizonte, hoy a nivel universal asistimos a los debates con respecto a la crisis de la modernidad y de los paradigmas que la constituyen, y escuchamos que lo que vivimos hoy es la posmodernidad.

Durante muchos años, los distintos países centroamericanos se plantearon una estrategia de desarrollo que rompería con el modelo agroexportador heredado de las revoluciones liberales del siglo XIX. Esta estrategia de desarrollo buscaría la ampliación de los mercados internos, la industrialización y en general lo que en ese momento se concebía como la modernización, sobre la base de la integración regional de la cual el primer paso sería el mercado común centroamericano. A fines de los ochenta la región viviría la crisis del modelo agroexportador, pero también la ausencia de la alternativa de desarrollo hacia adentro que desde fines de los cincuenta se soñó para el área. Lo que finalmente sucedería es que el modelo keynesiano que estaba detrás de la estrategia de desarrollo antes mencionada, se

desfundó y paulatinamente fue sustituida por una nueva quimera: la búsqueda de terceros mercados, la sustitución de las exportaciones tradicionales y la reducción del intercambio regional.

Durante muchos años las fuerzas modernizantes en la región lucharon porque en los distintos países centroamericanos se construyera un Estado lo más parecido posible al modelo costarricense que desde la revolución de 1948 se fue erigiendo, al amparo del pensamiento keynesiano, en el terreno de la economía y de los ideales socialdemócratas en el terreno de la política. Sería Costa Rica caso atípico de un Estado benefactor y democrático en ese mar de dictaduras oligárquicas o militares que vivió la región desde el principio de la segunda posguerra hasta la década de los ochenta. Al analizar la historia de los países centroamericanos fácil es llegar a la conclusión de que fue precisamente la ausencia del Estado de bienestar uno de los factores explicativos del estallido revolucionario observado a fines de los setenta y principios de los ochenta. Una de las paradojas de la historia más reciente de la región, es que hoy asistimos a los ensayos de ajuste estructural, adelgazamiento del Estado, aplicación de las recetas neoliberales, en una región en la que si algo se vivió fue lo que se ha llamado el Estado del malestar (M.H. Tavares *et al.*, 1989).

Al analizar el desenvolvimiento histórico de los distintos países de Centroamérica a lo largo del siglo XX, fácil es llegar a la conclusión de que hablar en este caso del Estado de posbienestar resulta un disparate, a menos de que se hable de una tendencia universal que no tuvo objetivación en la región a excepción de Costa Rica.

I. LOS RASGOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DEL MALESTAR

En la década de los ochenta, Centroamérica presencié el estallido de las crisis revolucionarias en los países en los cuales un modelo de desarrollo sustentado en la agroexportación, el latifundio, la contracción salarial y la dictadura habían adquirido sus expresiones más virulentas. Puede decirse que, salvo Costa Rica, los países centroamericanos no escapan en nada a esta caracterización.

Los cinco países vieron marcado su derrotero histórico por el papel agroexportador y monocultivista que les impuso desde el último tercio del siglo XIX, la división internacional del trabajo desde el último tercio del siglo XIX, provocada por la expansión capitalista de ese momento (Bulmer Thomas, 1989, caps. X, XI y XII). Una derivación negativa del modelo agroexportador fue la fragilidad de las economías centroamericanas. Esta fragilidad se manifestó en las fuertes y nocivas oscilaciones de los precios de los productos primarios en el mercado mundial desde el siglo pasado hasta el momento actual y en la tendencia estructural al deterioro

de los términos del intercambio. Tal vez el más importante de los breves periodos de bonanza para la región sea el de la segunda posguerra (1945-1954).

La agroexportación y el monocultivismo se combinó con la existencia del latifundio y miseria campesina. La depauperación de trabajadores y campesinos fue el recurso cómodo para abatir los costos de producción en las coyunturas desfavorables del mercado internacional. Y en aquellas que no lo fueron, la tradición regresiva de las oligarquías locales impidió casi todo intento de redistribución del ingreso. Los resultados de todo ello eran espectaculares a principios de la década de los ochenta: casi el 60% de la población centroamericana vivía en la pobreza (en el campo tal porcentaje se elevaba a 71% mientras que en las ciudades llegaba al 41%). Contrastaba con el resto de la región el caso de Costa Rica donde la pobreza afectaba a apenas el 25% de la población. En el resto de los países la miseria llegaba a sus niveles más altos (Guatemala 71%). El Salvador (68%), Honduras (68%) y Nicaragua (62%), en los cuales la miseria en el campo superaba en casi todos los casos al 80% (Vilas, 1988, pág. 50).

En este contexto, los cinco países centroamericanos se enfrentaron igualmente al fracaso de una alternativa de desarrollo que sustituyera a la sustentada en el latifundio y la agroexportación, como ya se evidenciaba a fines de la década de los sesenta cuando estalló la llamada guerra del fútbol entre Honduras y El Salvador. Ésta fue ocasionada en lo fundamental por los desequilibrios creados por el Mercado Común Centroamericano, que hacían de Honduras el país más afectado por la integración económica regional.

Las limitaciones propias del proceso del mercado común centroamericano (mercados estrechos, pésima infraestructura, dependencia de la agroexportación y de la importación de insumos etcétera,) llegaron a su clímax cuando los desequilibrios en cuanto a los beneficios de la integración hicieron crisis. Mientras Guatemala y El Salvador gozaban del hecho de que las exportaciones derivadas del mercado común alcanzaban el 30% de las totales, en Honduras tal porcentaje alcanzaba solamente el 10% mientras que Nicaragua observó un déficit en su comercio centroamericano entre 1961 y 1970.

Cierto es que las bases estructurales no agotan la explicación de la crisis centroamericana de los ochenta. Son solamente el sustrato indispensable para explicarla. En efecto, la constitución de situaciones revolucionarias en dicha década obedeció a una conjugación de factores económicos y políticos (Vilas, 1988), entre los cuales la existencia o inexistencia de la dictadura militar como forma de Estado jugó un papel decisivo.

Esta circunstancia ha sido un factor nada desestimable de desagregación de masas con respecto al Estado. Resulta esclarecedor que hayan sido precisamente

los países en los cuales la crisis revolucionaria estalló de manera directa, los que tuvieron el autoritarismo y el terror de presencia más avasallante.

En el caso de las sociedades centroamericanas, salvo Costa Rica cuyo Estado es precoz en lo que se refiere a los mecanismos consensuales, el Estado se ha asentado sobre todo en la fuerza. No han sido las dictaduras centroamericanas regímenes reaccionarios de masas como es el caso típico de los Estados fascistas. Aun cuando cierto es que no existe Estado que se asiente exclusivamente en las armas de la fuerza, las dictaduras centroamericanas y particularmente las dictaduras militares han hecho de las armas represivas, y en algunos casos del terrorismo de Estado, el mecanismo fundamental de reproducción estatal.

En Guatemala y El Salvador las revoluciones liberales evidenciarían la gran paradoja de impulsar constituciones liberales asentadas en la figura del ciudadano, en el momento en el que impulsaban procesos brutales de coerción con respecto a la fuerza de trabajo y también de despojo agrario, más propias de la acumulación originaria de capital que de la constitución de la modernidad en la política (Solórzano, 1970; Guerra Borges, 1969; Guidos Béjar, 1982). En el caso hondureño y nicaragüense, si bien el proceso de construcción de las premisas de la transición al capitalismo no tuvo las características de brutalidad que en los anteriores casos, los procesos electorales desde el siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX, fueron duelos entre caudillos liberales y conservadores que a menudo terminaron en guerras civiles gracias al fraude que los empañaba (Posas y del Cid, 1983; Argueta, 1989; Lozano, 1985). En Nicaragua, el conflicto habría de derivar en la intervención norteamericana y en la instalación de una dictadura militar que ni siquiera obtendría el consenso permanente de la clase dominante. Solamente Costa Rica habría de lograr una estabilidad estatal asentada en la democracia de competencia, la rotación electoral y el consenso como explicación de la solidez estatal. Y en un largo período que, salvo los acontecimientos de la guerra civil de 1948, ha abarcado desde fines del siglo XIX hasta nuestros días (Vega Carballo, 1980).

Centroamérica ha sido pues una región en la cual es Estado autoritario no ha sido la excepción, sino todo lo contrario. En la cual se han advertido dictaduras militares de carácter terrorista como las de El Salvador a partir de 1932 y las de Guatemala a partir de los años sesenta, dictaduras militares que han oscilado entre el reformismo y la represión como las de Honduras a partir de 1963, o dictaduras militares de carácter clánico y constabulario como el Somoza que rigió a Nicaragua desde los años treinta hasta 1979. Por todo ello es fácil entender que los cambios observados a partir de la década de los ochenta, y que de manera somera se han expresado líneas atrás, hayan generado expectativas en los analistas centroamericanos y que se haya empezado a hablar de que en el área centroamericana se

advierde una transición a la democracia (Torres Rivas, 1988; 1987; Torres Rivas en Torres Rivas etc. al, 1989).

A diferencia de los tres países en los cuales la crisis revolucionaria se dio de manera directa en los ochenta, en Honduras el reformismo civil de Ramón Villeda Morales (1957, 1963) se vio interrumpido por el golpe militar de 1963, que posteriormente ensayaría el reformismo militar. Al momento del estallido revolucionario de los ochenta, Honduras asistía a la crisis y agotamiento de dicho reformismo militar, momento declinante que no impediría sus efectos atenuantes sobre el proceso político hondureño.

El caso costarricense es por tanto verdaderamente atípico en Centroamérica. La guerra civil de 1948, que dio nacimiento a un proceso estatal que habría de mantenerse sin rupturas hasta la década de los ochenta, impulsaría una clara concepción keynesiana del Estado. La abolición del ejército, la nacionalización de la banca, la redacción de una avanzada constitución en 1949, la extensión de los gastos sociales del Estado, fueron hechos todos ellos que contribuyeron a darle una solidez al Estado costarricense sin parangón en la región (Rovira Mas, 1988, cap. 1). Resulta paradójico por todo ello que en el momento en el que se iniciaba el estallido revolucionario de los ochenta, Costa Rica viviera una crisis económica que propició que los sectores más conservadores del país comenzaran a desmantelar parcialmente buena parte del Estado social que la revolución de 1948 había construido.

Siendo el latifundismo agroexportador real en los países centroamericanos, en el Salvador tendría los efectos más catastróficos, al combinarse con otros factores que hicieron más virulenta la crisis derivada de la polarización agraria. Estos factores fueron la alta densidad demográfica y un territorio reducido (poco más de 21,000 kilómetros cuadrados). La articulación de estos dos factores hizo a la cuestión agraria en El Salvador un problema más explosivo que en el resto de los países centroamericanos, como habría de manifestarse desde la insurrección y la matanza de 30,000 campesinos salvadoreños en 1932.

El caso guatemalteco tiene elementos muy semejantes al salvadoreño. Si bien no manifestó los explosivos efectos de la presión demográfica como en El Salvador, el monopolio de la tierra se imbricó con una explotación alucinante sobre la masa indígena en un país en el cual el ser indígena agudizaba aun más la opresión y la explotación (Figueroa Ibarra, 1980, capítulos IV y V). Además en el caso guatemalteco se encontraba presente, como ahora también, al momento del estallido de la crisis que nos ocupa, la deuda histórica que ha representado la contrarrevolución de 1954.

Al igual que en El Salvador, el movimiento revolucionario guatemalteco se nutrió de las experiencias sindicales y de masas y de los desencantos electorales de

la década de los setenta. Y la radicalización de sectores de la iglesia católica se convertiría en un elemento de fundamental importancia en el desarrollo de las organizaciones revolucionarias. Tal vez más aún que en El Salvador, el terror estatal cerraría totalmente el espacio para las luchas abiertas y pacíficas, y crearía las mejores condiciones para el desenvolvimiento de la lucha armada, la cual entre 1979 y 1980 entró a un período de auge nunca antes visto (Figuroa Ibarra, 1982, 1986, s/f).

Diferencias significativas se observarán en la crisis tal como ésta apareció en Nicaragua. Ciertamente el latifundismo agroexportador cumpliría un papel de fundamental importancia en la agregación de masas al proyecto revolucionario encabezado por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (Wheelock, 1989, pp. 5, 6). Pero un desempeño más importante lo jugarían otros dos factores. En primer lugar el hecho de que, a diferencia de Guatemala y El Salvador, la dictadura no era estrictamente de clase sino de una fracción de la burguesía articulada en torno a la familia Somoza (Vilas, 1988, p. 52). Este hecho facilitó el proselitismo del FSLN entre los sectores populares y la alianza con sectores de la burguesía nicaraguense afectados por el monopolio del poder de los Somoza. En segundo lugar, en Nicaragua se observó claramente al momento del estallido de la crisis de los ochenta, que en el seno del pueblo subyace una memoria antiimperialista y la lucha revolucionaria, enraizada en lo antidictatorial y antiimperialista, adquiere así un contenido nacional-popular cuyo aprovechamiento fue el gran acierto y la gran fuerza de los sandinistas (Vilas, *op.cit.*, p. 51; Borge, 1989, Cabezas, 1989).

La conclusión más general a la que se puede llegar cuando se revisa la historia contemporánea de la región, es que lo se ha denominado la crisis centroamericana tuvo un sustrato común en el latifundismo agroexportador y en la dictadura militar. Pero también se puede concluir que a estos elementos comunes a la mayoría de los países centroamericanos, se agregaron factores específicos que le dieron connotaciones distintas a las crisis vividas por cada uno de los países en los cuales ésta se dio de manera directa.

II. LA VÍA AUTORITARIA HACIA LA DEMOCRACIA Y EL POSBIENESTAR

La década de los ochenta que presenció el estallido de la crisis, del modelo latifundista agroexportador, también implicó las transformaciones del correlato estatal que siempre reprodujo al modelo: la dictadura militar.

Oscurecidas en un primer momento por el espectáculo de las masas revolucionarias armadas en Nicaragua, El Salvador y Nicaragua, hecho relevante desde 1978, las transiciones estatales terminaron por imponerse en el proceso histórico de la década. Diversas variables internacionales reforzaron y matizaron estos cambios

estatales. Tales variables fueron la profunda crisis de las dictaduras militares en América del Sur, evidente a partir de la derrota de las fuerzas armadas argentinas en la Guerra de las Malvinas. En segundo lugar, los espectaculares cambios en la situación internacional que provocó la *perestroika* de la Unión Soviética, a partir de mediados de la década. En tercer lugar, la crisis del Estado de bienestar en el marco de una ofensiva ideológica y política del neoliberalismo.

Otra variable internacional fue la estrategia estadounidense para reestabilizar a la región. El elemento ideológico fundamental de tal estrategia fue la bandera de la democracia. Con dicha bandera, en Centroamérica se observaron procesos en los cuales estuvieron involucrados centralmente, los actores internos que se percataban que era necesario realizar ajustes estatales para neutralizar la oleada revolucionaria. Estos actores estuvieron presentes en el seno de las fuerzas armadas, de las clases políticas y de los grupos empresariales.

El reajuste estatal empezó en El Salvador, país que se encontraba más urgido de éste, con el golpe de Estado del 15 de octubre de 1979, que alentó afimeras esperanzas en sectores políticos y sociales que después formaron parte del espectro revolucionario. Además de la celebración de procesos electorales relativamente limpios, la modernización estatal llegó a tener audacias impensables en el caso guatemalteco (reforma agraria, nacionalización de la banca, comercio exterior), con la diferencia de que en El Salvador el movimiento revolucionario estaba mucho más desarrollado y por ello sus efectos fueron limitados (Gordon, 1989; Lungo, 1990; Jiménez *et al.* 1988).

No obstante tal proceso no fue victorioso. Al final de su período en 1989, el agonizante Durante no podría despedirse de la vida y del mando presidencial con un saldo favorable. Su partido estaba en desgracia ante la mayoría de la población que se movilizaba con los procesos electorales y el país se encontraba firmemente dividido en dos partes: aquella en la cual la hegemonía del Estado y/o la dominación por el terror permitía al ejército un control de la situación, y aquella otra que era movilizaba por el FMLN y que de ninguna manera, como lo demostró la ofensiva de noviembre de 1989, era despreciable.

Después de El Salvador, fue Honduras el país que evidenció procesos de transición estatal que la llevarían a lo que la ciencia social en la región ha llamado democracia restringida. Esta comenzaría con la advertencia de Carter al general Policarpo Paz García con respecto a la necesidad de limpieza y claridad en las elecciones para la Asamblea Constituyente de 1980. La advertencia dio un giro notorio al proceso pues al igual que El Salvador, Honduras empezaría a vivir a partir de aquel momento procesos electorales relativamente limpios y una división de cuotas de poder entre civiles y militares, lo cual no implicaría (al igual que en el

caso salvadoreño y guatemalteco) que las riendas decisivas del poder dejaran de estar en manos de éstos últimos.

La democratización de carácter restringido de Honduras se llevó a cabo durante toda la década en un contexto de creciente penetración estadounidense a través del establecimiento de la base militar de Palmerola, la presencia de 1,500 soldados estadounidenses en dicha base, el flujo de aproximadamente 80,000 de los mismos en las sucesivas maniobras militares (Ahuas Tara) y un crecimiento de la ayuda económica y militar sin precedentes (Meza *et al.*, 1988, p.3; Posas, 1989; Del Cid *et al.*, 1990).

La modernización estatal en el sentido que se ha dado al término en este trabajo, comenzaría en Guatemala en marzo de 1982 con el golpe de Estado que llevaría al poder el general Efraín Ríos Montt. Este golpe fue el abrupto cambio de timón que era necesario dar para frenar a la insurgencia revolucionaria. El Estado guatemalteco había optado por volver a utilizar el terror a secas a partir de 1978, cuando la visión de la región en su conjunto presagiaba ya la ola revolucionaria. El auge del terror, si bien descabezó al movimiento popular urbano, nada pudo hacer ante el ascenso guerrillero (Figueroa Ibarra, 1982, 1986, s/f).

Esta crisis estatal profunda fue la que motivó el derrocamiento de Lucas García y su sustitución por Ríos Montt. En los 17 meses de su gobierno éste habría de revertir notablemente la situación. El proceso de modernización estatal, es decir los cambios estatales que perseguían hacer integral la dominación y no sólo asentarla en el terror, empezó su primera fase llevando al propio terror hasta sus últimas consecuencias a efecto de debilitar a la insurgencia en el seno de su base social. Éste sería el sentido de las 300 masacres contra comunidades indígenas, los 16,000 muertos y desaparecidos, los 15 fusilados por los tribunales de fuero especial, los 90,000 refugiados en los países vecinos y el millón de desplazados internos (Figueroa Ibarra, 1990; 1991).

El derrocamiento de Ríos Montt no significó que las instituciones creadas por su gobierno, y que en esencia perseguían colocar masas entre el Estado y el movimiento revolucionario, fueran desmanteladas. La continuidad, en medio de la ruptura del gobierno de Mejía Victores (1983-1986), se evidenció con el mantenimiento de las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) que alcanzaron a organizar a 900,000 hombres, los polos de desarrollo (suerte de aldeas estratégicas) y las coordinadoras institucionales de desarrollo (instancias estatales de carácter desarrollista integradas por civiles y militares). Estas instituciones se complementaron con la erección de la institucionalidad necesaria para lograr la transición hacia un gobierno civil, esencia de esa segunda fase de la modernización. La instauración del gobierno civil personificado en Vinicio Cerezo Areválo (1986-1991), fue la tercera fase del proceso.

El saldo de esta década para Guatemala fue la construcción de un Estado sujeto a regulaciones electorales relativamente limpias, una división de cuotas de poder entre civiles y militares, y la creación de un espacio político limitado por el ejercicio sistemático del terror estatal.

Lo paradójico de la transición estatal costarricense, al menos en el primer lustro de la década de los ochenta, fue que en el momento que más se necesitaba del modelo estatal como ejemplo alternativo frente a Cuba y Nicaragua, éste comenzó su crisis más profunda. La gran contradicción radicaba en la dificultad de promover y mantener una estructura social democrática y relativamente equitativa sobre la base de una estructura económica típicamente periférica (Garnier, 1990). La solución a esta contradicción la habría de dar la ayuda norteamericana. Si bien es cierto que al finalizar la década de los ochenta se podía afirmar que la política de ajuste estructural había tenido éxito y que esto se había logrado sin haber despertado un gran conflicto social, también lo era que tal éxito se explicaba no solamente a través de medidas para adelgazar el Estado sino también a través de una enorme ayuda financiera norteamericana. Entre 1982 y 1986 se recibirían en total 2,000 millones de dólares procedentes de diversas fuentes. Sólo en el año anterior se habían recibido 314 millones de dólares (Rojas Bolaños, 1989; Soto, 1988; Garnier, 1989).

Nicaragua, fue el país en el cual la transición estatal mostró la gran paradoja de la historia centroamericana de la década de los ochenta. Habiendo comenzado la década en la región con la marca de la revolución triunfante, habría de terminar con un serio revés para la misma. La guerra de defensa nacional había costado entre enero de 1981 (año en que asume Ronald Reagan la presidencia de los Estados Unidos y empieza la guerra de baja intensidad) y enero de 1989 poco más de 57,000 víctimas (entre muertos, heridos y mutilados), de los cuales más de 29,000 eran muertos. Los daños a la economía provocados por el acoso estadounidense y de la Contra ascendían a 12,300 millones de dólares (Ortega Saavedra, 1989).

Ninguno de los logros sandinistas (reforma agraria, salud, educación etcétera,) pudo revertir el cansancio en el seno de la población ante la guerra de desgaste impuesta por Estados Unidos. En febrero de 1990, la mayoría del pueblo nicaragüense votaría no en contra del FSLN, sino en contra de la continuidad de la guerra que la permanencia de los sandinistas en el gobierno implicaría.

Lo paradójico de la derrota sandista es que ella evidenciaría lo que a la postre podría ser el gran aporte del FSLN a la nación nicaragüense: ciertamente ésta no fue la construcción del socialismo, sino la destrucción de la dictadura somocista y la construcción de la república democrática.

Partiendo del hecho real de que en Centroamérica se han observado transformaciones estatales, la cuestión a discutir es si estas transformaciones, que ciertamente

integran un transición, apuntaran a fines del siglo XX hacia la instauración de la democracia, la cual en su mínima expresión en la región significa la instauración de un Estado de derecho, esto es el desmantelamiento de los aparatos del terrorismo estatal.

Podría haber dos cuestionamientos a los ejercicios de optimismo con respecto a las transiciones observadas. De cara a lo observado a partir del segundo lustro de los ochenta, el análisis de la transiciones estatales en Centroamérica no debió hacerse dando respuestas generales y comunes para todos los países centroamericanos, los cuales han presentado especificidades en la transición que no era posible desconocer en el momento en que éstos se analizaron. ¿Acaso era posible meter en el mismo saco a países como El Salvador y Guatemala con Honduras? En los primeros dos países la existencia de la guerra civil tuvo y tiene aún a un aparato de terror actuando de manera eficaz e implacable mientras que en Honduras la transición a la democracia no presenta este problema al menos de manera tan acusada como en aquéllos. Nicaragua ensayó una transición a la democracia buscando transformaciones revolucionarias mientras Costa Rica consolidó una democracia sustentada en un ajuste estructural.

De cara al futuro más próximo, es decir el fin del siglo XX y el inicio del XXI, la respuesta a la interrogante con respecto a las transiciones estatales en Centroamérica tiene que partir de constatar si las condiciones indispensables para la instauración de la democracia, tal como ésta es urgida en los distintos países de la región, están en proceso de construcción. Reducir la democracia en Centroamérica a una transición de gobiernos militares a civiles e instauración de un sistema de competencia electoral, que incluye solamente a partidos insertos en un limitado espectro político, es quedarse en las formalidades si no se resuelve el problema de la cultura del terror como práctica política que atraviesa a buena parte de los Estados y sociedades centroamericanos. Formalidad será también, si el momento de la participación ciudadana se limita al momento electoral. Reducir la democratización a la esfera de lo político es olvidar que en Centroamérica ha sido la irresuelta cuestión social la fuente principal del violento enfrentamiento social y que ha sido ésta la que ha hecho de la dictadura militar y el terrorismo de Estado, necesidades permanentes para la reproducción social. No se trata de qué democracia quiere todo aquel que intenta la interpretación del proceso social centroamericano, sino de cuáles son las condiciones mínimas que son necesarias en la región para que el escenario político sea el mejor posible de aquí al siglo XXI.

III. CENTROAMÉRICA: MALESTAR Y POSBIENESTAR EN EL FIN DEL SIGLO XX

La realidad se impone con toda crudeza cuando nos encaminamos hacia el fin del siglo. La guerra fría fue ganada por Estados Unidos de América y ese triunfo implica, como en su momento lo enunció George Bush, un nuevo orden mundial que en esencia significa la hegemonía estadounidense. Ciertamente esta hegemonía está seriamente en entredicho, pues no se apoya en una pujanza económica, pero la invasión de Panamá en diciembre de 1989, la derrota sandinista de 1990 y los saldos de la guerra del Golfo Pérsico de 1991, el colapso del socialismo real y la desaparición de la Unión Soviética, han creado ya una correlación de fuerzas que no permiten vislumbrar en la región centroamericana y en América Latina el triunfo de una revolución. Menos si ésta se concibe con los rasgos del modelo cubano o nicaragüense.

Descartada la hipótesis de la revolución social para el caso centroamericano, por lo menos en lo que resta el siglo XX y buena parte del siglo XXI, el analista tiene que imaginar los diversos escenarios que podrían surgir para un futuro próximo. Uno de ellos es el de la recuperación económica y la resolución de los problemas derivados de la desintegración regional que la crisis provocó (Caballeros; Guerra Borges, en Torres Rivas, *et al.*, 1989). En esta perspectiva las economías centroamericanas lograrían resolver el nudo gordiano que hoy tienen ante sí, el cual es el agotamiento del modelo agroexportador por lo menos en su estructura tradicional, y el fracaso del modelo que buscaba sustentarse en el desarrollo hacia adentro y la industrialización.

El salvar dicho escollo implicaría que los diversos países centroamericanos lograrían incrementar sus exportaciones a través del mantenimiento de las tradicionales y el desarrollo de las no tradicionales (Samayoa Urrea, 1990). Por supuesto que también la resolución parcial al menos del problema que genera la deuda externa. También implicaría el que lograrían combinar el ímpetu aperturista que hoy impulsa el neoliberalismo, con la creación de medidas proteccionistas elegidas de manera racional. La integración centroamericana estaría sustentada de esta manera en nuevas maneras de cooperación entre los diversos países y en la redefinición de sus objetivos iniciales (la industrialización sostenida).

En este contexto, las inevitables medidas de ajuste estructural tendrían que hacerse atendiendo a una política racional de atención de las demandas sociales, a efecto de contener la creciente pobreza extrema que al igual que en el resto de Latinoamérica dejó la década perdida. La tranquilidad política y la estabilidad estatal darían un amplio margen para que la modernización del Estado se consolidara en la vía de la democratización.

Hay algunos elementos que permiten pensar que el proceso social no será tan sencillo en los próximos años en Centroamérica. Uno de ellos son las tendencias a la participación en el comercio mundial de los países en desarrollo de América, tal como las estadísticas denominan a buena parte de América Latina. Entre 1966 y 1986 el porcentaje de dicha participación bajó de 13.6% a 12.4% (Marther, en Torres Rivas *et al.*, 1989). Los signos alentadores para revertir esta tendencia son difíciles de encontrar en tanto que el desarrollo tecnológico en los países centrales ha facilitado la sustitución de las importaciones de materias primas y productos alimenticios provenientes del tercer mundo (*Ibid.*). Uno de los supuestos básicos para la hipótesis de la recuperación (el aumento de las exportaciones centroamericanas) tiene en esta realidad un cuestionamiento no desdeñable. Además, hasta el momento la deuda externa sigue siendo un problema significativo.

Existe otro elemento que también problematiza el escenario aludido, el cual es el crecimiento poblacional. La población centroamericana pasará de 25 millones de habitantes en 1985 a 37 millones en el año 2000 para llegar a 63 en el 2025. A fines del siglo Centroamérica será predominantemente urbana (54%), mientras que en el 2025 el porcentaje de población urbana llegará 75% (CELADE, *ibid.*). El crecimiento de la población al ritmo esperado implicará un aumento desmesurado de las necesidades sociales para las posibilidades reales de los países centroamericanos.

Estas posibilidades reales tienen que ver con los recursos materiales y naturales para hacer frente a las necesidades sociales (alimentación, vestido, vivienda, salud, educación), pero también con la capacidad y voluntad política de los principales factores internos de poder (Estado, empresariado) para asumir políticas redistributivas. En relación a los factores naturales tampoco el panorama aparece como halagüeño. El crecimiento económico de los países del tercer mundo, Centroamérica incluida, ha implicado la depedración de los recursos naturales de una manera significativa. La introducción de los nuevos cultivos de exportación, el latifundio y el crecimiento de la miseria campesina son algunos de los factores que hoy tienen a la región en la senda de un colapso ecológico. En varios países Centroamericanos se calcula que se necesitarían entre 50 y 100 años de multimillonarias inversiones para devolver a la naturaleza lo que el modelo agroexportador destruyó desde el último tercio del siglo XIX (Godoy, *Ibid.*).

El otro aspecto de las posibilidades reales anteriormente mencionadas, esto es el del carácter eminentemente político, puede ser variado en el futuro. La conciencia de las causas de la crisis ha ido creando sectores en los más diversos ámbitos de toma de decisiones (Estado, grupos empresariales, clase política), que se plantean la ejecución de medidas redistributivas para resolver, aunque sea de manera parcial y limitada, el problema de la pobreza. Pero también en este caso, el peso de la cultura

de la extorsión es demasiado poderoso en las burguesías de los países centroamericanos. Los sectores modernizantes de ellas hasta ahora parecen más decididas a sostener la democracia entendida como reglas limpias y libres para la participación electoral, que a complementarla con la búsqueda de la justeza distributiva.

La región en su conjunto tendrá entonces el enorme reto de mantener la tendencia hacia la modernización política en un contexto económico que será sumamente desfavorable para las grandes mayorías. Por lo menos en lo que resta del siglo, muy probable será que continúe la hegemonía de proyectos económicos que de manera reduccionista fincan la solución de la problemática de los países centroamericanos a una reducción del gasto estatal y en una apenas disfrazada desatención de la resolución de la cuestión social.

En el contexto centroamericano, el caso guatemalteco se presenta con una complejidad mayor. Al igual, o peor aún, que en el resto de la región la sociedad guatemalteca presenta una cuestión social irresuelta. Pero a ello hay que agregar lo que en el futuro será un notable factor de conflicto social, esto es la cuestión étnica y nacional. En el momento del V centenario, después de observarse procesos de ladinización que empezaron a disminuir las proporciones de indígenas desde finales del siglo XIX, en los ochenta y noventa las distintas etnias de origen maya acusan una tendencia a convertirse de nueva cuenta en la mayoría de la población guatemalteca (Lutz y Lowell, 1992). Pero aunque esto no fuera así, ello no cambiaría el hecho real de que en Guatemala observamos un Estado nacional no cristalizado y que por ello tiene en sí mismo el riesgo de la disgregación. La emergencia de una intelectualidad indígena desarrollará cada vez más una autoconciencia étnica y con ello la necesidad objetiva del Estado de reformarse democráticamente no sólo en lo que se refiere a la participación política de la ciudadanía sino en cuanto a asumir que acaso la esencia de la nación guatemalteca sea su heterogeneidad. Un Estado multiétnico, más aún, un Estado con varias naciones, son escenarios para el siglo XXI que de ninguna manera deben descartarse. La sociedad guatemalteca tiene en la cuestión étnica, al igual que lo que ocurrió en los ochenta con la cuestión social, el riesgo de un nuevo holocausto.

Retornando al ámbito de reflexión en que nos ubica esta última, podemos decir que en el umbral del siglo XXI Centroamérica enfrentará entonces la gran paradoja del proceso de democratización observado de manera clara en el cono sur. Se propugnará por la construcción de una república democrática asentada en un proceso de depauperación de las clases subalternas que superará con creces a lo observado anteriormente. La democracia tenderá a ser conceptualizada únicamente en el ámbito político y, en ésta esfera, reducida a un conjunto de reglas que garanticen juego limpio en la rotación electoral y en el mejor de los casos la reducción o eliminación del terrorismo de Estado.

Haciendo memoria de la larga trayectoria de fraudes electorales y terror en la región, estos hechos no podrán ser desdeñables pero serán insuficientes para darle viabilidad a un Estado estable y a una sociedad justa en lo que esto se puede observar en un contexto capitalista.

Independientemente de las posibilidades de que el escenario más positivo tenga resulta claro de que su viabilidad enfrenta hoy serios obstáculos como los ya mencionados. La modernización política en su forma de democratización enfrentará en los próximos años a una población eminentemente urbana, aglomerada en megalópolis (generalmente las capitales de los países centroamericanos) y con apetitos que no serán los del campesino autosuficiente, en un contexto que contendrá pocas posibilidades para satisfacerlos. No viviremos, en los próximos años, las sociedades rurales de poblaciones adormecidas por siglos de opresión que posibilitaban la existencia de Estados oligárquicos de carácter autoritario. Viviremos sociedades civiles demandantes asentadas en las urbes, que generarán Estados hábiles en la conciliación o bien, lo que resultaría terrible, dispuestos a combinar represiones inauditas para lograr la gobernabilidad con el mantenimiento de un escenario electoral.

Las amplias posibilidades de desarrollo de la pobreza no necesariamente generarán situaciones revolucionarias en los países centroamericanos. Por un lado la sola miseria no genera revoluciones y por el otro éstas tienen que tener una viabilidad que excede las correlaciones de fuerzas al interior de los países. Los movimientos revolucionarios que siguen siendo una realidad interna pujante, sobre todo en El Salvador, tienen ante sí una barrera formidable compuesta por el nuevo estado de las cosas que nos ha heredado la posguerra fría. Tales movimientos repetirán la historia sandinista: habiendo surgido por la necesidad de una nueva sociedad terminarán reduciendo su aporte a la presión por la construcción de la república democrática. Esto no será poco si se toma en cuenta que el Estado de derecho en Centroamérica, pero particularmente en Guatemala y en El Salvador, ha sido una ficción jurídica. Este escenario sólo será posible si finalmente el curso de las cosas lleva a una salida política y negociada de los conflictos internos de estos dos países.

Esta tendencia puede verse favorecida por la emergencia en la región centroamericana de una derecha moderna, que también de manera pragmática busca una forma de convivencia con fuerzas de carácter revolucionario en un contexto internacional que por lo demás no les resulta favorable a estas últimas. Sin embargo, la cultura política del terror, tan presente en casi toda la región, probablemente distorsione de manera recurrente esta proyección. Lo esencial para el rumbo político de países como Guatemala y El Salvador radicará en el éxito o fracaso que se tenga para desarticular los aparatos de terror de carácter estatal y en el caso

específico de Nicaragua, el que el conflicto se firma en el terreno de la institucionalidad creada por la revolución. Y si los primeros dos países tienen ante sí el reto de desarticular la cultura del terror, junto con Honduras, también tienen el reto de delimitar, a lo que fijan las modernas constitucionalidades, la cuota de poder de las fuerzas armadas.

El rasgo general que se encuentra en los diversos países centroamericanos desde la década de los ochenta, es el de la modernización política en el sentido que se le ha dado páginas atrás. Independientemente de que estos procesos apuntaran hacia una democracia, aunque ésta fuera de carácter restringido como el caso hondureño, o de la existencia de un espacio político de carácter democrático articulado con la práctica de las formas más perversas del terrorismo de estado, como ha sucedido en Guatemala y El Salvador, o la instauración de la república democrática en Nicaragua, el hecho común es que la crisis de los ochenta inició un proceso en el cual diversos sectores empresariales, partidos políticos, corrientes dentro de las fuerzas armadas, han llegado al convencimiento de que la búsqueda del consenso es la mejor manera de darle estabilidad al Estado.

Lo que sucede en el mundo actualmente y la conciencia de las causas profundas de la crisis de los ochenta permiten pensar que este proceso tendrá continuidad en la década de los noventa. Las grandes carencias de los distintos países de la región, también permiten pensar en que las raíces de la crisis siguen en gran medida presentes y aun acentuadas algunas de ellas. Por ello mismo el análisis prospectivo ineludiblemente tiene que discernir las causas generales y específicas de la crisis de los ochenta. Los escenarios del futuro de Centroamérica estarán determinados por la persistencia de éstas o por el inicio de su resolución merced a un clima internacional favorable y a la voluntad política de los distintos protagonistas en la región.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUMENTA, Mario, Tiburcio CARIAS, *Anatomía de una época (1923-1948)*, Tegucigalpa, Editorial Guaymuras, 1989. Para BORGE, Tomás, *La paciente impaciencia*, Managua, Editorial Nueva Nicaragua, 1989.

BULMER THOMAS, Víctor, *La economía política de Centroamérica desde 1990*, San José, Banco Centroamericano de Integración Económica, 1990.

CABEZAS, Omar, *Canto de amor a los hombres*, Managua, Editorial Nueva Nicaragua, 1989.

CID, Rafael del, Hugo Noé PINO y Alcides HERNÁNDEZ, *Honduras: crisis económica y proceso de democratización política*, Tegucigalpa, Centro de Documentación de Honduras (CEDOH), 1990.

FIGUEROA IBARRA, Carlos, *El proletariado rural en el agro guatemalteco*, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1980.

—— “Guatemala: el contenido burgués y reaccionario del golpe de Estado”, *Polémica*, números 4-5, San José, octubre de 1982.

—— “Terrorismo de Estado y lucha de clases”, *Polémica*, núm. 9, San José, s/f.

—— “La centaurización estatal en Guatemala”, *Polémica*, núm. 19, San José, enero-abril de 1986.

—— “Modernización estatal y democracia en Guatemala”, *Estudios Latinoamericanos*, núms. 6-7, México, enero-diciembre de 1989.

—— “Guatemala: el recurso del miedo”, *Nueva Sociedad*, núm. 105, Caracas, enero-febrero de 1990.

—— *El recurso del miedo. Ensayo sobre Estado y terror en Guatemala*, San José, EDUCA, Costa Rica, 1991.

GUERRA BORGES, Alfredo, *Geografía económica de Guatemala*, Editorial Universitaria, Guatemala, 1969, tomos I y II.

GUIDOS VÉJAR, Rafael, *Ascenso del militarismo en El Salvador*, San José, EDUCA, 1982.

GARNIER, Leonardo, “Crisis, desarrollo y democracia en Costa Rica”, en Rojas *et al.*, *Costa Rica. Crisis y desafíos*, San José, CEPAS-DEL, 1988.

—— *Gasto Público y desarrollo social en Costa Rica*. (Tesis en maestría en política económica para Centroamérica y El Caribe). Universidad Nacional de Costa Rica, diciembre de 1990. Mimeo.

GORDON, Sara, *Crisis política y guerra en El Salvador*, México, Siglo XXI Editores/Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

GUTIÉRREZ H., Roberto, México “La política económica de la revolución (1979-1989)”, en *Revolución y Desarrollo*, núm. 5, abril-junio de 1989, Managua.

MURO RODRÍGUEZ, Martha, *et al.*, *Nicaragua y la revolución Sandinista*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1984.

JIMÉNEZ, Edgar, *et al.*, *El Salvador: guerra, política y paz*, El Salvador, CINAS/CRIS, 1989.

LUNGO UCLÉS, Mario, *El Salvador en los 80: contrainsurgencia y revolución*, San José, EDUCA/FLACSO, 1990.

LOWELL, W. George y Christopher H. LUTZ, “Conquest and population: Maya demography in historical perspective”, prepared for presentation at the panel on 500 years of Guatemalan Mayan Resistance: a Dialogue between Maya and non Maya Scholars, Latin American Studies Association, Los Angeles, Cal. september 23-26, 1992.

LOZANO, Lucrecia, *De sandino al triunfo de la revolución*, México, Siglo XXI Editores, 1985.

MEZA, Víctor, Phillip SHEPERD y Medea BENJAMÍN, *Honduras-Estados Unidos: subordinación y crisis*, Tegucigalpa, Centro de Documentación de Honduras, 1988.

ORTEGA SAAVEDRA, Daniel, *Programa económico 1989*, Managua, Dirección de Información y Prensa de la Presidencia de la República, 1989.

POSAS, Mario, y Rafael del CID, *La construcción del sector público y del Estado nacional en Honduras. 1876-1979*, San José, EDUCA, 1983.

ROJAS BOLAÑAS, Manuel, *Ocho tesis sobre la economía de Costa Rica. Crisis y desafíos*, San José, CEDAS-DEI, 1989.

ROVIRA MAS, Jorge, *Estado y política económica en Costa Rica. 1948-1970*, San José, Editorial El Porvenir, 1988.

SAMAYOA URREA, Otto, *Políticas de desarrollo de las exportaciones de productos no tradicionales en Centroamérica*, Guatemala, Secretaría Permanente del Tratado

General de Integración Económica Centroamericana y Centro de Estudios e Investigaciones Económicas 1990.

SELSER, Gregorio, *El pequeño ejército loco, Sandino y la operación México - Nicaragua*, Managua, Editorial Nueva Nicaragua, 1986.

SOLÓRZANO, Valentín, *La evolución económica de Guatemala*, Seminario de Integración Social Guatemalteca (SISG), Guatemala, 1970.

REUBEN SOTO, Sergio, *Ajuste estructural en Costa Rica*, San José, Editorial porvenir, 1988.

TAVARES, M.H., D. de Oliveira, A. Przewosky, et. al., *¿Hacia un nuevo Estado del malestar?*, San José, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Costa Rica, 1989.

TORRES RIVAS, Edelberto, *La democracia posible*, San José, EDUCA-FLACSO, 1987.

— “Centroamérica: democracias de baja intensidad”, *Estudios Latinoamericanos*, México, vol. III, año 3, julio-diciembre de 1988, núm. 5.

— “Centroamérica: la transición autoritaria hacia la democracia”. *Crítica Jurídica*, Puebla, México, núm. 9, año 5, 1988, et al., *América Central hacia el 2000*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad UNITAR/PROFAL-FNUAP, 1989.

VILAS, Carlos, “El desarrollo desigual de las condiciones revolucionarias en Centroamérica (1950-1980)”, *Estudios Latinoamericanos*, núm. 5, México, julio-diciembre de 1988.

VEGA CARBALLO, José Luis, “Democracia y dominación en Costa Rica”, *Centroamérica en crisis*, México, Centro de Estudios Internacionales del Colegio de México, 1980.

WHEELOCK ROMÁN, Jaime, “Diez años de transformación agraria sandinista” *Revolución y Desarrollo*, Managua, núm. 5, abril-junio de 1989.

LA HISTORIA DEL DERECHO

María del Refugio GONZÁLEZ¹

La historia del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar el fenómeno jurídico en perspectiva histórica. El objeto de la historia del derecho es, pues, el derecho a lo largo del tiempo; pero es bien sabido que no hay una gran uniformidad de criterios sobre qué sea el derecho. Kant afirmó hace muchos años que los juristas todavía están a la búsqueda de su concepto del derecho, y aunque esto sigue siendo una apreciación correcta, en tiempos más recientes ha comenzado a manifestarse algún consenso sobre qué es el derecho. Muchos juristas estarían de acuerdo en que el derecho se genera —siguiendo a Klaus Adomeit— por lo menos de cuatro maneras: el legislador con sus leyes; el dogmático jurídico con sus libros; la jurisprudencia con sus sentencias y el pueblo con sus puntos de vista. Si esto es así, la historia del derecho habrá de ocuparse del estudio de cualquiera de estos cuatro fenómenos en perspectiva histórica.

En el terreno de la historia del derecho, tampoco encontramos uniformidad de criterios ni en relación a la naturaleza de la disciplina ni en relación a la forma en que han de estudiarse los fenómenos jurídicos que la comprenden, de manera que algunos historiadores del derecho como Pietro de Francisci, Ricardo Orestano y Alfonso García-Gallo y varios iusfilósofos entre los que destacan Hans Kelsen, Santiago Nino y Alf Ross, incluyen a la historia del derecho dentro de la ciencia jurídica, en tanto que la mayor parte de los historiadores del derecho, entre ellos Bruno Paradisi, Francesco Callasso, Franz Wieacker, Helmut Coing y Francisco Tomás y Valiente, la ubican dentro de la historia, como una de las historias especiales. Su inclusión dentro de la ciencia jurídica obligaría a la historia del derecho a ocuparse de éste en su sentido más estricto, esto es, los fenómenos comprendidos en los cuatro puntos que señala Adomeit, a partir de los cuales se

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas.

conforma el derecho de un lugar dado. Todo lo demás, esto es, lo que no estuviera comprendido en esos cuatro puntos, por ser metajurídico estaría fuera del objeto de estudio de la historia del derecho. Pero si esta disciplina se ubica en el amplio terreno de la historia, el hecho significaría que pudiera ocuparse también de los fenómenos metajurídicos que se excluyen en el primer supuesto, en cuyo caso —abriendo un poco su perspectiva— podría llegarse incluso al terreno de la historia social.

No es fácil definir qué es la historia del derecho, porque para hacerlo deben combinarse objeto y método de dos fenómenos que reivindican el carácter de ciencia y que se denominan de la misma manera que su objeto de conocimiento: la historia y el derecho. Y es que ciencia puede ser simplemente el conocimiento de algo, pero para que ese algo sea ciencia tiene que disponer de un método que se dice científico que haga posible acceder a ese conocimiento. Las ciencias por antonomasia son las experimentales, ya que a través de la experimentación permiten llegar al conocimiento de algo. No es éste el supuesto en el que se encuentran la historia y el derecho, las que, en todo caso, pueden ser consideradas ciencias sociales. En este tipo de ciencia, a través de la aplicación de métodos determinados se puede acceder al conocimiento de algo, pero sin que ese conocimiento pueda ser, en términos generales, verificado experimentalmente.

Por lo que toca al derecho, su carácter científico ha sido puesto en entredicho por diversos iusfilósofos, ya que no se ve claro qué prueba pueden aportar el legislador o el profesor para demostrar su punto de vista, incluso, es bien sabido, que una sola acción del legislador puede volver obsoletos los mejores textos jurídicos de cualquier biblioteca. Sin embargo, numerosos juristas, desde tiempos remotos, han afirmado que el derecho es una ciencia. A Santiago Nino le llama la atención el hecho de que a los juristas les parezca importante que su actividad sea científica. Piensa que esto se debe a que aunque el vocablo ciencia sea vago y tenga una gran carga emotiva, aplicado a una actividad determinada, que por tanto es considerada científica, otorga a sus cultivadores un amplio reconocimiento social. De ahí la necesidad del jurista de que se reconozca que la actividad a la que dedica su esfuerzo es científica. Supongo que otro tanto le sucede a los historiadores.

No puede dejar de señalarse que muchas de las cuestiones metodológicas sobre la indagación del fenómeno jurídico no se han resuelto y es posible que no se resuelvan, pero ha de optarse por algún camino cuando se pretende hacer historia del derecho. Para facilitar la decisión y con fines meramente explicativos es posible agrupar los puntos de vista en torno a la naturaleza y el método de la disciplina en tres grandes corrientes: *a)* la que sostiene que la historia del derecho es derecho y debe estudiarse con el método dogmático; *b)* la que considera que es historia y debe estudiarse con alguno de los métodos de la historia; y *c)* la que ubicándola entre las

disciplinas históricas extiende su ámbito de conocimiento a las relaciones sociales. En este esquema, el primer enfoque se corresponde con la llamada historia interna del derecho; el segundo con la historia externa y el tercero con la historia social, vinculadas respectivamente a la dogmática jurídica, la historia, a secas, y la historia social. La diferencia entre las dos primeras es muy antigua, procede del siglo XVII, e independiente de cuál ha sido el desarrollo que ha tenido en los diversos países, desemboca en la cuestión de quién ha de ocuparse de hacer las historias especiales. La cuestión tiene que ver sobre todo con el objeto que se proponga como tema de investigación, ya que el historiador, a secas, carecería de las herramientas necesarias para abordar el estudio dogmático del derecho en perspectiva histórica, en tanto que el jurista, si se lo propone, puede aprender las formas de hacer la historia de su disciplina. En la historia de las matemáticas, la de la química, la de la astronomía o la de cualquier otra disciplina que presuponga un conocimiento científico que deba ser estudiado en perspectiva histórica, se plantea el problema de la formación que debe tener quien la emprenda: ¿quién debe hacer la historia de la física? ¿el físico o el historiador?: ¿quién la de la astronomía? ¿el historiador o el astrónomo?, y así sucesivamente. El debate tiene que ver tanto con el objeto del conocimiento como con el método con el que se aborda, lo que podría llevarnos a considerar que es la perspectiva desde la que se estudia determinada disciplina, la que caracteriza al trabajo que se emprenda.

Al igual que hay múltiples corrientes de pensamiento para explicar qué es el derecho, las hay para explicar qué método es el más adecuado para su estudio. Entre los numerosos métodos que se han propuesto en el curso de la evolución del derecho, quienes ubican a la historia del derecho en el terreno de las disciplinas jurídicas también postulan —como se dijo— que ha de ser estudiada con método dogmático. El carácter de este método le viene de que se halla indisolublemente ligado a la norma; para este método solamente el derecho positivo es derecho, y a partir de él se conforma el sistema jurídico. Es un método que ha sido llamado lógico, constructivo y sistemático. Siendo un método lógico, aspira a reconstruir, por medio de operaciones lógicas, el sistema del derecho positivo o alguna de sus ramas. Quienes lo prefieren se dedican a la historia interna.

De alguna manera quienes ubican a la historia del derecho dentro de la historia, se abocan, sobre todo a hacer lo que se denomina historia externa del derecho; para ello, es preciso estudiar el fenómeno jurídico enmarcándolo en el contexto en que surge y se desarrolla. El vocablo externa, explica suficientemente cuál es el objeto de conocimiento: el derecho en su contexto, esto es, el derecho desde afuera. Los historiadores del derecho que se afilian a la corriente de opinión que postula que su disciplina está ubicada dentro de las ciencias históricas no parecen inclinados a la utilización de un solo método, aunque sí, por lo general, hacia el estudio de las

instituciones entendidas en un sentido amplio. Cabe señalar que en la indagación de qué sea el método histórico enfrentamos el mismo problema que tuvimos en la definición de cuál es el método jurídico ya que tampoco en el terreno de la historia hay un método. Hay métodos positivistas, marxistas, idealistas, cuantitativos etcétera.

En relación con la historia social del derecho, puede señalarse que comenzó a cultivarse como consecuencia de la preocupación de algunos estudiosos que veían que el análisis entre la normativa social y la realidad histórica era insuficiente para explicar todos los fenómenos que se hallaban inmersos en una propuesta amplia sobre la relación entre la historia y el derecho. De ahí, surgió el interés por analizar la inserción social de los individuos que encarnan a las instituciones vinculadas al mundo del derecho. De acuerdo a los principios metodológicos de esta corriente de pensamiento, que en el terreno historiográfico se aglutinó en torno a la Escuela de los Annales, el hombre en sociedad constituye el objeto de la investigación histórica, para realizar la cual hay que ocuparse de descubrir, en el seno de la globalidad, las articulaciones verdaderas, esto es, captar las vinculaciones relevantes que nos hacen inteligible la totalidad de una sociedad constituida por fuerzas en acción animadas por un impulso que les es propio.

La historia social ha ido extendiendo su campo de acción y ha avanzado en todas las direcciones y en la actualidad Hobsbawm distingue las siguientes problemáticas como especialmente importantes: 1. Demografía y parentesco; 2. Estudios urbanos; 3. Clases y grupos sociales; 4. Historia de las mentalidades, conciencia colectiva o cultura en el sentido antropológico; 5. Transformación de sociedades (como modernización e industrialización), y 6. Movimientos sociales y protesta social.

Aunque de la mayor parte de estos fenómenos están vinculados al derecho, podría pensarse que en relación con la historia del derecho de entre ellos no todos son igualmente significativos, los que llaman más la atención del historiador del derecho son, en primer lugar, el derecho visto desde la perspectiva de los juristas y la profesión jurídica, lo que se vincula, por un lado, a las clases y grupos sociales y, por el otro, a la historia de las mentalidades. Otro asunto significativo es el impacto de los movimientos sociales en el derecho, entendidos como el resultado de la fractura del orden legal a través de la rebelión, la revolución o el tiranicidio. También el tema de la transformación de las sociedades, sin revolución, estaría incluido entre los temas a estudiar por la historia social del derecho.

A pesar de su importancia, no son los únicos temas que ha de estudiar el historiador del derecho; ya se señaló que hay diversos enfoques, algunos de los cuales se abordaban desde mucho tiempo antes de que surgiera la preocupación por el estudio de la historia social. En este orden de ideas hay que recordar que hay propuestas para todos los gustos, y para todas las necesidades.

Si recuperamos la propuesta de Adomeit sobre las instancias en las que se refleja el derecho tendríamos un primer grupo constituido por el derecho legislado, el derecho de los juristas, el derecho judicial y el derecho popular, que estudiados en perspectiva histórica serían objeto de conocimiento de la historia del derecho. Pero estas instancias repercuten en el mundo social de diversa manera, generando instituciones, ideas jurídicas, cuerpos jurídicos, convicciones sobre la justicia, sistemas jurídicos, etcétera. En este orden de ideas, para no dejar al lector sin un catálogo mínimo de temas que puede abordar podrían señalarse, por lo menos, los siguientes.

En relación con las instituciones jurídicas, los temas son muy numerosos, sin pretensión de agotar las posibilidades se pueden señalar algunos ejemplos: por un lado, la familia, el estupro o el mutuo con interés y, por el otro, los parlamentos, las cortes, la magistratura, la universidad, el Consulado, etcétera. Todas éstas, son instituciones que tiene una regulación jurídica y no pueden ser consideradas ellas mismas como fuentes formales del derecho, aunque sí lo es la norma que las regula. En este supuesto se encuentra cualquier institución que cuente con una regulación que haga posible su funcionamiento. Asimismo, podemos considerar dentro de este rubro a ciertas prácticas institucionalizadas como el contrabando o la corrupción, que cuentan y han contado con una regulación que las prohíbe. Si el historiador del derecho se ocupa de estos temas hace historia de las instituciones, la cual es considerada, en general, historia externa del derecho.

Sobre las instituciones es mucho lo que se puede indagar; en primer término, piénsese, por ejemplo, en el mutuo con interés, podríamos ver cómo se reguló a lo largo de periodos más o menos amplios, sin meternos a ver los factores que intervinieron en su regulación, con lo cual estaríamos en el terreno de la historia interna; pero también podemos analizarla en el contexto social en el que se produjo y, entonces sí, ampliar la indagación a los fenómenos metajurídicos que se vinculan con la institución, con ello entraríamos en el terreno de la historia externa. Asimismo, de las instituciones, piénsese, por ejemplo, en el Consulado. En relación a esta institución podemos averiguar los datos precisos sobre su regulación jurídica, cómo estaba constituido, quiénes lo integraron en un momento determinado, qué intereses estaban representados en su seno, cómo se incrustan sus miembros en la pirámide social etcétera con lo que entramos de lleno en la historia social del derecho.

Por lo que toca a las ideas jurídicas las podemos analizar tanto en relación a los sujetos que las producen como a los textos en que se plasman. Desde la primera perspectiva nos estaríamos ocupando de los conocedores del derecho. Estos sujetos pueden ser considerados, y lo han sido a lo largo de muchísimos años, como un "cuerpo" profesional, estamento incluso en alguna época, constituido por ciertos

sujetos que deben su lugar en la pirámide social más a sus conocimientos que a su origen; desde hace mucho tiempo el conocedor del derecho ha desempeñado un papel importante en la sociedad, en la formación del Estado moderno este papel se vio notablemente incrementado por la necesidad de contar con amplios contingentes de conocedores del derecho para cubrir los puestos de la administración pública y de justicia tanto civil como eclesiástica. Entre los más importantes se puede señalar a los magistrados, jueces, profesores, asesores de la administración pública, etcétera. Estos sujetos se mueven en torno a los órganos creadores o aplicadores del derecho, forman, pues, parte del objeto de conocimiento de la historia del derecho desde diversas perspectivas, porque han sido, como señala Coing, los generadores y transmisores del pensamiento jurídico en general y de las ideas jurídicas de una época, lo que se refleja en el lenguaje técnico que utilizan, en los argumentos que expresan, en los conceptos jurídicos que plasman en los formularios etcétera; son asimismo objeto fundamental de la historia social del derecho, la cual se interesa por su origen, su situación económica, sus relaciones familiares, su actuación dentro de las instituciones, su ideología, etcétera.

De los textos jurídicos, tanto los que formaron parte del sistema jurídico como los que se quedaron en proyecto puede decirse son también el objeto de la historia del derecho. Sobre ellos son muchas las cuestiones que se pueden estudiar: su importancia, su contenido, las discusiones en torno a éste, los sujetos que participaron en ellas, etcétera. De los promulgados cabe preguntarse sobre su eficacia, sin perder de vista que es hasta la época moderna cuando el Estado exigió el cumplimiento del derecho dictado por los órganos de creación del derecho. Es también importante averiguar cuáles ordenamientos no se cumplieron y avanzar hipótesis, sustentadas en los hechos derivados de las condiciones sociales, políticas o económicas, sobre las causas por las que no se cumplieron o cumpliéndose tuvieron consecuencias no previstas. Es posible hacer una distinción entre los que podríamos llamar “cuerpos jurídicos”, esto es, los textos que en algún momento formaron parte de algún proceso que aspirara a integrarlos al orden jurídico, y los que podríamos llamar simplemente “literatura jurídica”. Entre los primeros podrían incluirse tanto los que constituyeron simplemente un proyecto de ordenamiento como los que fueron debidamente sancionados por los órganos correspondientes, de acuerdo a la época de que se trate. Entre los segundos podría incluirse casi cualquier escrito sobre derecho, incluida la doctrina jurídica; en ambos encontramos la fuente de las ideas jurídicas. Un tema capital en relación a los cuerpos jurídicos —que se vincula también a la historia de las instituciones— es la composición de los órganos encargados de elaborarlos y promulgarlos; en este sentido se puede averiguar quiénes son los diputados, su origen, sus intereses etcétera.

Como se ha visto, en la investigación sobre el fenómeno jurídico se puede ir de historia interna a la externa y entrar en el terreno de la historia social. En buena medida el objeto que queremos estudiar determina el método con el que hemos de estudiarlo. La historia del derecho es una disciplina cuyo objeto de conocimiento es muy amplio y cuyos métodos de trabajo pueden ser muy variados. Para comprender su amplitud, hay que pensar en que abarca por lo menos dos grandes ramas: la historia universal del derecho y la historia de los derechos nacionales. Una no excluye a la otra, porque las relaciones entre los sistemas jurídicos han sido una constante histórica desde muy antiguo. De hecho, un fenómeno propio de la historia de algún derecho nacional sólo puede ser estudiado teniendo a la vista los fenómenos de la historia universal del derecho con los cuales se vincula y en relación a los cuales puede presentar ciertas especificidades, que han de ser explicadas por el historiador del derecho. Esas especificidades sólo pueden ser comprendidas si se tienen a la vista los fenómenos generales y se conocen todos los elementos locales que las hacen posibles. En este sentido, influyen las peculiaridades de la historia nacional cómo, si no tomándolas en cuenta, se puede explicar que en un país de mayoría católica no haya sido reconocida, por más de setenta y cinco años, la personalidad jurídica de las iglesias, entre ellas la de este signo, que es el caso de la Constitución mexicana entre 1917 y 1992.

El campo de la historia del derecho y el estudio de las relaciones de causalidad de las normas pueden extenderse hasta el infinito, y corresponde a cada investigador fijar los límites dentro de los que ha de moverse. En el caso de la historia del derecho, el investigador se puede apoyar en la gran diversidad de métodos que ofrecen la historia, el derecho, la historia social e incluso la sociología ya que el objeto de conocimiento del historiador del derecho lo permite, prácticamente todos los fenómenos vinculados al mundo del derecho pueden ser su objeto de conocimiento, en alguna de sus vertientes: historia interna, externa o social.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa, teoría del método, política jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, traduc. de Enrique Bacigalupo.

CARBONNIER, Jean, *Sociología jurídica*, 2a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1982, traduc. de Luis Díez-Picazo.

COING, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho (Reflexiones metodológicas)*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, traduc. de Antonio Mercha (recogido en: González, *Historia del Derecho...*)

GONZÁLEZ, María del Refugio (comp.), *Historia del derecho (historiografía y metodología)*, México, UAM-Instituto Mora, 1992.

NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de la "ciencia" jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993.

MÖRNER, Magnus, "Historia social hispanoamericana de los siglos XVIII y XIX: algunas reflexiones en torno a la historiografía reciente", *Historia Mexicana*, vol. XLII, núm. 2, octubre-diciembre, 1992, pp. 419-471.

ESTRUCTURA, TOTALIDAD Y EPISTEMOLOGÍA, O ¿FIN DE LA CIENCIA SOCIAL?

Carlos MALLORQUÍN

El artículo, tal como el título lo confiesa, expresa una interrogante sobre la pertinencia e importancia, para las ciencias sociales, de las nociones de “totalidad” y “estructura”, y si con el desplazamiento de estas ideas “complejos” estas ciencias podrían fundamentar algún análisis y explicación de las relaciones sociales con cierta consistencia y rigor.

Las ideas en torno a las estructuras, particularmente en “economía” son generalmente descritas a partir de las nociones dominantes en los centros industriales.¹ Dificilmente se encuentran apreciaciones que señalan “originalidad” alguna de los discursos emergentes en América Latina.

Una idea concomitante a la de estructura es el de la “totalidad”, ella también tiene un historial y aquí sí cabe decir de manera más categórica que su construcción obedece esencialmente a discursos “europeos”. Esta idea está implícita sino explícita, en la noción del “ser” inherente a toda una tradición filosófica a partir de Platón. Esta concepción del “ser” supone tres conceptos que se apoyan mutuamente para su constitución, por un lado, requiere de cierta idea de “totalidad” porque el ser es constitutivo y pleno, de allí el otro aspecto indispensable, es decir, el de “plenitud”, que a su vez está articulado al último elemento constitutivo del

¹ Consultese: Viet Jean, *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales*, Buenos Aires Amorrortu, 1979. Véase además Arndt H. W., “The origins of structuralism”, *World Development*, vol. 13, núm. 2, 1985). El historial e interpretación anglosajona del estructuralismo y particularmente la del estructuralismo latinoamericano, hace tabla rasa la concepción que surgió en América Latina. La apropiación del discurso estructuralista por parte de una corriente anglosajona adoptó una doble estrategia: por un lado se observa una búsqueda frenética de autores primigenios e instaurarles la paternidad y, por otro, correlativamente, se reconstruye la conceptualidad del “estructuralismo” para destacar elementos que puedan desplazar la concepción estrictamente latinoamericana. Esta visión contraposición de la anglosajona, incorpora aspectos sociológicos como históricos en su explicación de la reproducción de la economía, de allí emana una concepción de la economía que contradice al pensamiento keynesiano como ortodoxo. Para mayor detalle puede verse “El estructuralismo” desde la óptica anglosajona” y “El estructuralismo y sus historiadores” (mimeos), de Carlos Mallorquín.

“ser”: el de una “jerarquía” u orden preestablecido, difícilmente puede concebirse una totalidad o “ser” sin presuponer algún tipo de jerarquías o estratos organizados en un todo homogéneo y a plenitud. No existe desorden por que entonces no habría conocimiento de tal “universo” (“ser”), es obvio entonces que la descripción de la noción del ser no acerca la idea de un dios omnipotente que construye el universo y se supone la primera fuerza causal de éste. De esta manera inicia la problemática del “ser” o como lo llama Lovejoy² “la gran cadena del ser” que finalmente en el siglo XVII y XVIII esta “cadena” se “materializa” y desciende del cielo para jearquizar y ordenar a “plenitud” el reino natural y animal o, en otras palabras, aparece como el modelo conceptual para explicar este universo a partir de la “gran cadena del ser”.

Se observa entonces que si bien la concepción de totalidad es producto de un discurso específicamente “occidental”, no existe razón alguna para suponer que los discursos en relación a las estructuras tenga dicha paternidad. Cuando observamos las concepciones estructuralistas en economía en América Latina³ se podría estar hablando —como lo ha mencionado Gaos— de ideas “aportativas” que es “algo muy distinto al mero préstamo o traslado de ideas ajenas”.⁴

Sin embargo, desde el ámbito de la filosofía Bondy deduce precisamente todo lo contrario:

...nuestra filosofía, con sus peculiaridades propias, no ha sido un pensamiento genuino y original, sino inauténtico e imitativo en lo fundamental.

La causa determinante de este hecho es la existencia de un defecto básico de nuestra sociedad y nuestra cultura, vivimos alienados por el subdesarrollo conectado con la dependencia y la dominación a que estamos sujetos y siempre hemos estado.⁵

Pero Gaos recurría precisamente al efecto de la “dominación” para explicar el porqué de la marginación y negación del pensamiento de la región como un producto propio y específico.

Pero desde la óptica de Cuevas y más próximo a nuestro ámbito, se destaca que la “ciencia” es un fenómeno “universal” y, por lo tanto, el discurso latinoamericano no puede ser más que parte integrante del discurso general de esta: “Sería

2 Véase *The great chain of Being* (John Hopkins University Press, 1933) de A. Lovejoy donde se describe ampliamente las peripecias y consecuencias teóricas de suponer implícita sino explícita la noción de la “gran cadena del ser”, el recorrido lo realiza a partir de Platón hasta nuestros días.

3 Consúltense nota no. 1.

4 P. 58, citado por Salazar Bondy, Augusto, *¿Existe una filosofía de nuestra américa?* (México, Siglo XXI, 1968).

5 *Op. cit.*, p. 93.

absurdo, sin embargo, imaginar que con todo esto se alcanzó originalidad absoluta, cosa que simplemente carece de sentido en el terreno científico...»⁶

No obstante, también ha dicho que las discusiones entre “desarrollistas” y “dependentistas” posibilitó

nuevos cauces [en] el desarrollo de las ciencias sociales en América Latina; de suerte que, hacia finales de la década de los sesenta, estas contaban ya con una *temática propia* y con una infinidad de trabajos serios —aunque teóricamente controvertibles— sobre las distintas formas de inserción de nuestras sociedades en la economía mundial; (...) habían iniciado, además, un estilo de investigación interdisciplinaria que tendía a terminar con los antiguos compartimentos estancos conformados por la sociología, la economía, la historia y la ciencia política.»⁷

Lo que aquí debe ponerse en tela de juicio, es precisamente la idea de que lo “científico” está necesariamente ligado a las ideas que emergen en Europa. Dejaremos para más adelante la discusión en relación a la epistemología como una de las posibles posturas para medir y descalificar entre lo que debe considerarse científico o no, por ahora sólo cabe señalar que el saber, su “régimen de verdad”, no puede legislarse a partir de alguna epistemología, porque ello en sí ya presupone que el discurso saber/poder es producto de ésta, presupuesto sin duda alguna cuestionable.

Según S. Bagu⁸ tanto la concepción de “totalidad” como la de “estructura” obedece a una lógica del discurso occidental de las ciencias sociales. Es este discurso el que se impone y se disemina a través de las fronteras como el supremo “saber”. Sin embargo, la crítica de Bagu bien puede aceptarse para la noción de totalidad, pero en relación con el de “estructura” la generalidad de sus apreciaciones bien pueden estar fuera de foco. La emergencia del concepto de totalidad responde y es efecto de toda concepción epistemológica, por lo cual no es sólo un producto del discurso “occidental”.

Toda postulación epistemológica parte de cierta distinción y representación entre el discurso y la “realidad”. Sea el empirismo —donde se concibe como saber a la descripción hecha por la “experiencia” del sujeto— o la concepción “racio-

6 “El desarrollo de nuestras ciencias sociales en el último periodo”, *Teoría social y procesos políticos en América Latina* (México, ed. Edicol, 1979), p. 72.

7 *Op. cit.*, p. 72, subrayados míos.

8 *Tiempo, realidad social y conocimiento* (México, Siglo XXI, 1988).

nalista”, donde el orden de los conceptos se presupone como una construcción por parte del investigador de la estructura fundamental de la “realidad”.

Tanto en éstas como en otras variantes de la tradición epistemológica debe presuponerse que lo “real” tiene la organicidad y estructura de un “todo”, sólo así cabría el acceso a su “conocimiento” total, de otra manera tanto las descripciones empiristas como los conceptos del saber racionalista no podrían verse como productos generales y como una representación del “todo” por parte del discurso.

Por lo tanto, cuando Bagu pasa a la crítica del concepto de estructura no cabe el dictamen y la generalización de que esta noción también obedece a la lógica occidental de las ciencias sociales, por lo menos cabe un análisis donde —como veremos— se aprecia un espacio donde no necesariamente impera la lógica de este saber impuesto por las concepciones occidentales. Es así que podríamos estar frente a un discurso “autóctono” en y de América Latina.

Bagu destaca el origen y formación del concepto de estructura en los escritos de la economía política clásica. Correlativamente, y como apoyo a esta noción, está la idea de totalidad. Sin embargo si se parte desde otra perspectiva e historia de dichas nociones cabe lugar a otra interpretación.

Describiremos las tesis principales de Bagu y posteriormente indicaremos las críticas y consistencias conducentes. Aquí se abre la posibilidad de postular la existencia de un pensamiento latinoamericano en el sentido anteriormente recalcado, es decir con características “aportativas”.

A partir de la historia de la noción de estructura y el de totalidad, Bagu sostiene que no en todas ocasiones donde los elementos podrían conjugarse y relacionarse en términos de sus funciones obedecerían a la existencia de una estructura.

Lo que el pensamiento occidental fue desglosando y confirmando como estructuras a partir de Descartes, surge de la óptica muy particular de los observadores y teóricos de esas sociedades. La propia visión está limitada por la conformación de la sociedad burguesa. Por lo tanto, algunas “estructuras” aisladas como tales son en realidad configuraciones del tipo de sociedad en la cual el investigador se encuentra inmerso.

Como el proceso del conocimiento es social no existe garantía de que las especificaciones de las estructuras correspondan fidedignamente a cierta realidad trazada como tal, Bagu se interroga si aquellas estructuras como la económica, la política o la demográfica poseen cierta interna articulación como un todo.

Según Bagu, la génesis del concepto de la estructura de la economía se encuentra ya en esencia en A. Smith:

podemos sostener que, comparando las partes de lo económico en Smith, Ricardo y Marx, los tres coinciden en reconocer que lo económico es excluyentemente aquello que en las sociedades occidentales es reconocido como tal, con

lo cual dejan de lado una multitud de operaciones que aunque no menos económicas que las otras, están teñidas de ilegalidad e inmoralidad.”⁹

Es a partir de ese momento que puede hablarse del nacimiento de una de las “estructuras” (la económica) y que tanto es evocada por las ciencias sociales occidentales. Pero como, desde la perspectiva de Bagu, la “realidad” sólo se presenta al investigador de manera “fragmentada”, o sea como consecuencia de los efectos sociales de una economía de mercado, es necesario plantearse la idea de que algunas “realidades” captadas como “estructuras” no lo sean. “A la fragmentación inevitable de la experiencia personal se sucede una manifiesta tendencia a reconstruir totalidades que la realidad que, en rigor, no son tales y que, por tanto, carecen de esa autonomía lógica que el investigador les atribuye.”¹⁰

Para Bagu, uno de los principios básicos para pensar la estructura es de que ésta exhiba cierto grado de regularidad y autonomía respecto otras, en este sentido Bagu acepta la noción occidental de estructura (fundamentalmente la piagetiana); no obstante, la crítica que realiza Bagu a otras concepciones de estructura parten de los supuestos “epistemológicos” que él supone conforman la mente del sujeto cognoscente y por consiguiente la manera en que este accede a la “realidad”:

“Las estructuras existen, pero no son exactamente las que la teoría occidental de lo social enuncia ni funcionan como ésta supone.

Existen sí. Pero entre la realidad humana de la intergénesis y el ordenamiento invisible de lo social humano, ¿qué relación verdadera se traba?”¹¹

Con la “intergénesis” Bagu nos indica que la “realidad social” es relacional, es decir, un universo donde las relaciones sociales entre los hombres está en perpetua y constante reestructuración por la participación de estos hombres entre sí.

Pero además, existe un ordenamiento —invisible— de estas relaciones por mecanismos descritos que se conocen a partir de Marx. Estas “estructuras” no proceden de un mecanismo meramente “clasificador” a partir de ciertos subtipos: las estructuras no sólo son “matrices” que “orienta[n] las operaciones de los conjuntos”, además pueden ser una totalidad (o parte integrante de ésta), con secciones interrelacionadas. Asimismo son más que la suma de las partes, la totalidad es una estructura “relacional” de sus componentes históricos. Además éstos están en perpetua “reestructuración” (“equilibrios” y desequilibrios).

Una vez visto la “intergénesis” y su base ordenadora subyacente (las estructuras), debemos retornar a la interrogante planteada por Bagu. Si como dice Bagu, el investigador está sujeto a ciertas influencias sociales, por su entorno, y su continuo

⁹ *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 70-71.

¹¹ *Op. cit.*, p. 77.

relacionarse con los hombres, así como por la existencia de las relaciones de poder existentes, debe considerarse y distinguirse entre aquello que es “conocimiento” (saber), del que no lo es. Es en estos términos que Bagu describe la problemática del saber.

A la especificación de que los humanos tienen la capacidad para percibir, seleccionar y clasificar datos “externos” debe sumársele el hecho de que ello está enmarcado en un proceso social de educación. Por un lado la corteza cerebral tiene una función primordial, por otro, no todo se reduce a ella:

Decimos que — reitera Bagu — tenemos la impresión de que éstas son nuestras operaciones mentales. Pero ¿estamos en lo cierto? ¿Es ésta, en rigor, la realidad —la *realidad* de nuestro universo del conocimiento — o estamos atribuyendo a nuestra mente operaciones similares a las que se practican en una institución cualquiera de nuestras sociedades contemporáneas?¹²

Si por una parte Bagu rechaza la idea que la incorporación clasificada de los datos sea un proceso meramente fisiológico, por otra, postula que el medio social inducirá ciertas formas correspondientes al observador con las cuales descifrará la realidad. Pero además, Bagu propone que la “mente humana” trabaja con tres matrices de interpretación: “mágica”, “empírica”, y “sistemática”; en síntesis, es la última la que hace acto de presencia en el investigador social —si bien las otras pueden aparecer en el acto de la “escritura”—, en la etapa de la apropiación de la realidad, y por lo tanto la realidad incorporada por el cognoscente no es un mero reflejo de ésta. La posición social y participativa de éste también tiene consecuencias para la constitución del saber.

De esta manera Bagu sostiene que el conocimiento es social y que sus raíces son la propia interrelación de los hombres. De hecho la concepción del conocimiento que emerge es relativista. Pero Bagu rehusa aceptarla como tal, o sea una concepción entre otras posibles. En otras palabras, si lo social es determinante en la conformación del saber, diversas interpretaciones son posibles dependiendo del investigador y las “influencias” que haya recibido, y por lo tanto, Bagu no puede decirse exento de una particular perspectiva sobre la realidad.

Por consiguiente cabe dudar la aserción categórica de Bagu en torno a la relación entre la “intergénesis” y las estructuras subyacentes (invisibles) que determinan las relaciones sociales de los hombres. La descripción que Bagu ofrece del proceso del conocimiento no tiene garantía alguna si antepone las razones que el mismo Bagu señaló respecto al “observador” de una sociedad “fragmentada”. Por una

¹² *Op. cit.*, p. 168.

parte, si la descripción del mecanismo por el cual se llega al conocimiento supone ser un postulado “normativo” y, por tanto, como justificación de lo que debe aceptarse y entenderse por saber en las sociedades capitalistas, no puede ser más que una perspectiva entre otras sobre este fenómeno. Por otra, si bajo distintas condiciones sociales de interrelación (la “intergénesis”) y participativas se posibilitan otras perspectivas cabe presuponer también otras visiones de lo que puede entenderse por “estructuras”.

La crítica que se está apuntando hacia las tesis de Bagu, se dirigen principalmente a los supuestos epistemológicos que el supone rigen en la construcción del concepto de “estructura”, esto significa que la constitución de tal concepto depende de las relaciones intradiscursivas, donde es la consistencia conceptual del discurso la que determinará la pertinencia y funcionalidad del concepto, no una relación adecuada o no entre el nivel discursivo y el orden de la “realidad”.

Si la constitución de una concepto de “estructura” puede fundarse a partir de diversas opciones teóricas, su sustento conceptual no podrá criticarse de manera general hasta no agotar un análisis minucioso del concepto y sus condiciones de existencia.

Sin embargo, la idea de totalidad parece ser una noción general que emerge inherente y necesariamente en toda concepción epistemológica. Si se acepta que toda epistemología parte de la distinción y diferenciación entre la realidad y una entidad encargada en organizar y representar aquélla, es necesario el presupuesto de la existencia de cierta idea de totalidad (recuerdese la “plenitud” que presume Marx cuando habla que lo “concreto” es lo concreto en el “pensamiento” porque es síntesis de muchas determinaciones que se dan en el “ser”) para que esta concepción del saber “funcione” lógicamente. Aquí la crítica puede tener un carácter general dado los supuestos antes delineados de toda epistemología. Las variaciones de los presupuestos epistemológicos a pesar de sus particularidades no afectan estos postulados.

A veces es meramente un proceso de representación (el empirismo por ejemplo), en otras ocasiones el sujeto está conformado con categorías que hacen posible ordenar la realidad, por ejemplo la “kantiana”. La concepción racionalista supone que la estructura subyacente de la realidad tiene una lógica y orden representada por los conceptos (marxismo), sin embargo, todas estas formas de describir el origen del conocimiento postulan principios que deben aceptarse como elementales —y sagrados— para que tome lugar el supuesto proceso de representación entre el discurso y la realidad. Si bien estos presupuestos son dogmáticos ellos son su “sosten”.

El empirismo requiere la preeminencia de un sujeto con cualidades sensoriales específicas: la “experiencia”, en la kantiana, las categorías son incuestionables y el

punto de partida en la concepción racionalista el orden conceptual y el de la estructura de la "realidad" aparece como una relación homóloga, y son los conceptos los indicados para describir el movimiento y forma de la realidad. En relación con Bagu, se debe partir del supuesto de una articulación adecuada entre la intergénesis y la estructura subyacente. Por lo tanto, ninguna especificación del marco epistemológico podría funcionar o describirse sin el supuesto de una totalidad orgánica de la realidad. De otra forma todo conocimiento sería "particular" o contingente.

Debe hacerse notar que si bien las epistemologías luchan en el terreno discursivo imponiendo "sus" principios rectores sobre la emergencia del saber, la única forma de cuestionar esta problemática es atacando la forma en que la epistemología plantea la evolución del saber/discurso,¹³ o sea la distinción discurso-realidad y su supuesta relación de "representación" que en las palabras de Bagu estaríamos hablando de la distinción y conjugación entre la intergénesis y la estructura subyacente invisible.

Es particularmente la concepción racionalista del saber la que impone y hace posible la noción de totalidad; Bagu ha resaltado la razón principal de esta categoría, esta en última instancia no es más que un pretexto que puede y debe ser desplazado si el objetivo es plantear análisis específicos. Si se acepta el postulado de Bagu cuando dice:

"...no hay ciencia sin la hipótesis de que la realidad observable esta *organizada*; (...) [y] que sus fenómenos se ajustan a una *regularidad cognoscible*."¹⁴

Entonces está abierta la posibilidad que a partir de otras hipótesis contrarias no sea necesario recurrir a explicaciones globales, ni sea indispensable presuponer un mecanismo general de reproducción de los fenómenos de la totalidad en cuestión. Las estructuras podrán ser aquellas conjugaciones de elementos que presenten condiciones específicas de existencia, y aquí ya no cabrían explicaciones generales, la desaparición de la totalidad, únicamente implica estructuras "articuladas" entre sí, y para ello no es indispensable recurrir a noción alguna de totalidad. De otra

13 Como ya se intentó demostrar arriba y fundamentado en los textos de B. Hindess y P. Hirst, el discurso epistemológico es dogmático o insostenible incluso a partir de sus propios supuestos. Estos al fin de cuentas no pueden cuestionarse y sin embargo intentan funcionar como principios legislativos para diferenciar los discursos verdaderos de los falsos, y así establecer los "regímenes de verdad". Véase en particular *Mode of production and social formation*, Londres, Macmillan Press, 1977. También puede consultarse Hindess, B., *Philosophy and methodology in the social sciences* (Gran Bretaña, Harvester Press, 1977. Por su parte R. Rorty ha realizado una tarea similar a la de Hirst y Hindess, pero aquí la estrategia se remonta al historial del surgimiento de la problemática epistemológica a partir del siglo XVII. Se detalla la forma en que se logró construir la distinción discurso/realidad que dio pie al planteamiento sobre la capacidad adecuada o no para "representar" la realidad. Véase *Philosophy and the mirror of nature*, Gran Bretaña, Basil Blackwell, 1983.

14 *Op. cit.*, p. 21.

forma se tendría que resucitar un mecanismo general (totalidad implica “plenitud” para realizarse como un todo orgánico y bajo una causalidad determinada única, de otra manera la existencia de una causalidad contraria dificultaría o imposibilitaría la reproducción de esta “totalidad”) como condición de existencia de los fenómenos analizados, perdiéndose por lo tanto las condiciones de existencia muy particulares de cada estructura y sus articulaciones.

Pero si la realidad no es una ontología “organizada” o “regularizada”, los conceptos necesarios para explicar las relaciones sociales no podrán extenderse más allá de los elementos que hacen posible sus condiciones de existencia, para ello no se requieren más que análisis particulares. Es así que sale sobrando la idea de un mecanismo general de reproducción y el de totalidad para descifrar las estructuras o relaciones sociales, éstas serán efecto de condiciones de existencia muy particulares.

Hasta cierto punto las propias tesis de Bagu pueden entenderse en el sentido de rechazar noción alguna de totalidad o de “regularidad organizada”: “Las concepciones decididamente teleológicas [son] las que aceptan la idea como organizadora de la realidad social inmediata”.¹⁵

Como consecuencia Bagu remata diciendo que las “hipótesis implícitas de muchos científicos sociales (...) son tan indemostrables como los más radicales planteamientos del idealismo filosófico y de la teología.”¹⁶

Pero la sustitución de un principio general como el “idealismo” por otro de índole “materialista” no resuelve el atolladero, porque ambos son tan “indemostrables” como cualquier otro principio ontológico o epistemológico. Si se desplazan concepciones epistemológicas no por ello se evaporarán las relaciones sociales, más bien esta estrategia impone análisis y explicaciones específicas, pero sin teoría general alguna.

Recordemos que la problematización está dirigida hacia la manera en que se expone y se postula la emergencia del saber: es decir, como un proceso en términos de algún tipo de “representación” entre un nivel distinguido como el del discurso —ya sea el sujeto o “problemática científica” o categorías kantianas— y otro que es el de la “realidad”. Eludir esta problemática implica poner al frente una idea muy próxima a la de Bagu: que el saber es social y tiene un fin y diversas relaciones tanto institucionales/burocráticas y más precisamente con el poder.

Si bien Bagu destaca el fenómeno relacional del conocimiento y por lo tanto la inherente “ceguera de algunos, éste lo expone como un principio casi universal, olvidando los aspectos del poder: ‘Los hombres que han pensado sobre lo social

¹⁵ *Op. cit.*, p. 20.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 21-22.

en todas las culturas han aplicado siempre sus propias limitaciones al campo observable: han visto algo, y otras cosas no las han visto, aunque estuvieran frente a sus ojos a la luz del día.”¹⁷

Sin embargo si el saber tiene condiciones específicas de emergencia y si las relaciones de poder son parte del proceso de instauración del saber y su “régimen de verdad”, no existen como tal “hombres” en general como aparenta decir Bagu, éstos están atados a sociedades e historias particulares —que es lo que a veces propone Bagu—, por lo que la “ceguera” tiene sus propias condiciones de existencia, tanto por los discursos a la mano como por las posibilidades enunciativas y estrategias discursivas de ciertos “hombres”.

Es Foucault quien ha desarrollado ampliamente esta temática cuando habla del régimen o política de verdad de cada sociedad. Como el saber es producto de una lucha, éste siempre tendrá un carácter polémico y “perspectivo”, así Foucault se desliga de nociones epistemológicas que presuponen tanto al “sujeto” como al “objeto” del conocimiento, éstos no se preexisten, más bien estos son productos del discurso por ello puede hablar de la “ceguera” en estos términos:

Las condiciones para que surja un objeto de discurso, las condiciones históricas para que se puedan ‘decir algo de él’, y para que varias personas puedan decir de él cosas diferentes, las condiciones para que se inscriba en un dominio de parentesco con otros objetos, para que pueda establecer con ellos relaciones de semejanza, de vecindad, de alejamiento, de diferencia, de transformación, esas condiciones, como se ve, son numerosas y de importancia. Lo cual quiere decir que no se puede hablar en cualquier época de cualquier cosa; no es fácil decir algo nuevo; *no basta con abrir los ojos*, con prestar atención, o con adquirir conciencia, para que se iluminen objetos, y que al ras del suelo lancen su resplandor. Pero esta dificultad no es sólo negativa; no hay que relacionarla con algún obstáculo cuyo poder sería exclusivamente el de cegar, trastornar, impedir el descubrimiento, ocultar la pureza de la evidencia o la obstinación muda de las cosas mismas; el objeto no aguarda en los limbos el orden que va a liberarlo y permitirle encarnarse en una visible garrula objetividad; no se preexiste a sí mismo, retenido por cualquier obstáculo en los primeros bordes de la luz. Existe en las condiciones positivas de una haz complejo de relaciones.”¹⁸

Tendremos que dejar a Foucault la última palabra en torno a la configuración saber/poder y las sociedades específicas:

Lo importante —subraya Foucault—, creo, es que la verdad no está fuera del poder (no es a pesar de un mito del que habría que recoger la historia y funciones,

¹⁷ *Op. cit.*, p. 98.

¹⁸ *La arqueología del saber* (México, Siglo XXI, 1988), p. 73, subrayados míos.

la recompensa de los espíritus libres, el hijo de largas soledades, el privilegio de los que han sabido liberarse). La verdad es de este mundo; se produce en él gracias a múltiples coacciones, y detenta en él efectos regulados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad: es decir, los tipos de discurso que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos, el modo como se sancionan unos y otros; las técnicas y los procedimientos que están valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de quienes están a cargo de decir lo que funciona como verdadero.¹⁹

¹⁹ Foucault, M., *“Un diálogo sobre poder”* (Madrid, Alianza, 1981), p. 143.

ESTADO, SOCIEDAD CIVIL Y DERECHOS HUMANOS

Óscar CORREAS*

SUMARIO: I. *Soberanía y ciudadanía*; II. *Hombre y ciudadano*; III. *Ciudadanía y derechos humanos*; IV. *Los derechos humanos entre estado y sociedad civil*; V. *Subversión, derechos humanos y ciudadanía alternativos*.

I. SOBERANÍA Y CIUDADANÍA

Nuestra idea de ciudadanía es tributaria de la de soberanía. Así como la idea que de sí mismo se hace el hombre de la *polis* está determinada por su idea de polis, la idea del hombre moderno sobre sí mismo en tanto parte de un grupo, está determinada por la idea que se hace de ese grupo, al que llama Estado. En tanto ser incluido en un Estado, el hombre moderno se piensa como ciudadano.

El concepto de soberanía tal vez se entiende mejor en francés. La *souveranité* aparece por oposición a la *souzeranité*. Esta última palabra, curiosamente, ni tiene traducción al español o al portugués, ni es utilizada con frecuencia en los textos de teoría política. *Souzeranité* designa, en el mundo feudal que habla francés, el estado de sujeción en que se encuentra un individuo respecto de otro; por ejemplo, la relación entre un señor y otro que, por ser *souzerain*, es superior al primero. También la relación entre señores y siervos. Y es posible que un señor sea *souzerain* respecto de algunos, pero a la vez tenga un *souzerain* al que se encuentra sujeto. La red de souzeranías era todo lo complicada que es fácil de imaginar.

El concepto de soberanía, en ese contexto, se utiliza para referir la pretensión de un señor de subsumir bajo su souzeranía a todas las demás. Frente a la soberanía del señor principal, el rey, debían caducar todas las otras. Es decir, el rey no reconoce otro poder por encima del suyo y eso lo hace soberano.

Ahora bien, caducando todas las souzeranías, en un proceso largo, lento, y violento, la situación del resto de los individuos es la de *súbditos* o, posterior-

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

mente, la de *ciudadanos*. El Estado moderno es, en este punto, el heredero de la situación del rey frente a todos los señores y demás habitantes del reino.

El contexto del proceso de expropiación de poder de todos los señores por parte del rey es el de la difusión de la circulación mercantil simple, primero, y la producción capitalista de mercancías, después. Aunque bien pudiera decirse que el contexto fue el proceso de expropiación de poder, mientras que el proceso principal fue el desarrollo del capitalismo en cuyo contexto sucedió el proceso político.

La circulación mercantil, como ha sido destacado por Marx, pero no solamente por él, produce o necesita la aparición de un nuevo personaje inexistente en el contexto de las relaciones de *souzeranité*: el portador de mercancías, cuyo único rasgo social importante es el de conductor, encaminador, de los valores al mercado. Lo único que las mercancías necesitan de los hombres, es el ser conducidas al lugar donde hablen por ellas. Ningún rasgo propiamente humano, ni ninguna actividad de las que diferencia al hombre del animal, como el arte o la risa, son necesarios. Ninguna necesidad humana es más importante que otra; mientras circulen, las mercancías tienen una lamentable inconsciencia de su diversidad: cocodrilos de plástico son tan útiles como el pan o la leche de los niños.

Por su parte, la conciencia del individuo que habita en la sociedad mercantil, requiere ser construida de modo que cumpla el papel o *rol* que se espera de él: que se enfrente a todos los demás portadores de mercancías y defienda el valor de la que conduce en el cambio con las otras. Esto en un mundo, en un modelo, en que no se considere la *producción* de esas mercancías. En el capitalismo real, los conductores de mercancías mantienen la misma indiferenciación humana pero con una clara diversidad respecto de la *cantidad* de valor que cada uno lleva al mercado. Los que, gracias a la rapiña, la explotación del trabajo ajeno y la apropiación de valores sociales obtenida por la vía de la corrupción estatal, conducen grandes valores, se enfrentan, primero entre sí y luego con los candidatos a la explotación, que son los que conducen la maravillosa y única mercancía que poseen, que es su *fuerza de trabajo*. En este contexto, igual que en el modelo simple, la conciencia de los individuos también debe ser construida de modo que cada individuo se enfrenta con todos los demás para defender el valor de sus mercancías; se trata del ánimo de lucro, esto es, la actitud de actuar para obtener la mayor cantidad de valor a cambio del valor que entrega, a costa de cualquier cosa, excepto, claro está, de recibir un valor menor que el que entrega.

Me interesa recordar esta cuestión, de la que tantos quieren olvidarse, porque me interesa rescatar la idea de Marx sobre el ciudadano egoísta. Como se recordará Marx criticó los *droits de l'homme* como los del protagonista de una sociedad donde, como lo único que importa es la ganancia, el hombre es un ser egoísta, solo frente a los demás, sin solidaridades grupales; el derecho, que en-

tonces era sólo el que hoy llamamos *civil*, en esa sociedad tiene como finalidad garantizar frente al soberano la libertad necesaria para cambiar.

La crítica de Marx a la sociedad burguesa comprende, no puede ser de otra manera, la crítica del derecho que le permite reproducirse. Ello le valió la contracritica de los apologetas de la sociedad capitalista que, no podía ser de otra manera, son apologetas del derecho burgués bajo la forma de defensores de los que hoy llamamos *derechos humanos*. La defensa de la sociedad capitalista se desarrolla hoy, entre muchos otros campos de batalla ideológica, en el de la defensa de estos derechos humanos. Mezclados con los luchadores sociales a los que nunca acompañan en el peligro y el combate contra la policía y los verdaderos violadores que son los capitalistas, los nuevos defensores del hombre en abstracto se lanzan contra la concepción marxiana de los *droits de l'homme* tachándola de totalitaria, y contra Marx acusándolo de insensibilidad ante las violaciones del cuerpo y de la mente de los hombres. Detrás de esta acusación está una confusión, cuya ignorancia esconde, en el fondo, una defensa del capitalismo y su democracia. Esta confusión es la que se encuentra en la idea de ciudadanía.

II. HOMBRE Y CIUDADANO

El discurso político de la modernidad confunde al hombre con el ciudadano. El mismo uso de las palabras permite, o sugiere, la confusión. Por la misma indiferenciación o alternatividad en el uso de los signos se logra el efecto ideológico de confundir las diferentes ideas involucradas en el sentido de esos signos. Es decir, un signo, en este caso hombre, puede denotar varias ideas analíticamente separables; mientras otro signo, en este caso ciudadano, puede denotar varias ideas, alguna de las cuales son las mismas que denota el otro signo, en este caso hombre. La utilización indistinta de ambos signos en contextos similares pero para referir objetos diversos, permite, finalmente, atribuir a esos referentes distintos calidades de las que, analíticamente, carecen.

En el caso que nos ocupa, los signos *droits de l'homme* y *droits du citoyen*, tienen sentidos que se confunden. En la idea de *citoyen* se incluye, desde luego, la de hombre puesto que sólo seres humanos pueden ser ciudadanos; y se supone que, salvo excepciones, todos los seres humanos que habitan en el ámbito de la soberanía de un Estado son ciudadanos del mismo. Es decir, no hay hombres o mujeres que no sean ciudadanos, al menos hoy. Por su parte el signo hombre, comprendiendo a las mujeres, tampoco deja fuera de su referencia a ningún ser con rasgos de humanidad, como dicen algunos códigos civiles para definir a las personas físicas. Pero el signo hombre quiere decir otras cosas; es en realidad el discurso jurídico el que le atribuye ser ciudadano; pero el hombre no es ciudadano en sí mismo; lo es solamente en relación con el Estado, y sólo con el Es-

tado moderno. Hombre en realidad designa a los *individuos* hombres y mujeres; a los de carne y hueso, a los que han sobrevivido muchas formas sociales. Y allí está la confusión: los derechos humanos, los *droit de l'homme*, son los que el Estado atribuye a los individuos, hombres o mujeres, para convertirlos en *ciudadanos*, es decir en *súbditos*. La confusión entre ciudadanía y humanidad contribuye a construir la conciencia del hombre dominado como conciencia del ciudadano.

El jusnaturalismo original, el que aparece al mismo tiempo en que el Estado moderno comienza a surgir como soberano de entre las redes de la *souzeranité*, constituye, en este respecto, la teoría fundadora de la confusión entre hombre y ciudadano. Poco más o menos, para el jusnaturalismo el hombre, por ser hombre, es *ciudadano* puesto que tiene, inscritos en sí por la naturaleza los derechos que el soberano no puede negarle: la vida, la libertad y, desde luego, la *propiedad*. Que, mientras el ciudadano goza de estos derechos, el hombre se muera de hambre, no tiene mayor importancia. Mientras el soberano le asegure el derecho a comprar lo que necesita para no morir de hambre, el jusnaturalista, el buen burgués, puede dormir tranquilo con su teoría bajo la almohada: la cuestión de si tiene o no tiene para comprar, es otra cuestión.

III. CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS

El discurso del derecho moderno, que es el discurso político por excelencia de la modernidad está construido sobre la idea de ciudadanía. El ciudadano es titular de derechos. O, mejor, ciudadano *consiste* en ser titular de derechos. Pero ¿qué son los derechos que el discurso jurídico ha llamado *subjetivos*? En realidad, como bien dice Kelsen, el derecho subjetivo no es una categoría necesaria para describir el orden jurídico de ningún país. Se trata, en realidad, de una *maniobra discursiva*; una *técnica* de uso del lenguaje; finalmente una *construcción o ficción*. Tan es una ficción el Estado, como la *Grundnorm*, como los funcionarios públicos, como el mismísimo ciudadano. Los únicos que no son ficción son los grandes ausentes del discurso de la modernidad: los *hombres* y las *mujeres*, los de carne y hueso.

Lo que existe es, sí, un discurso, el *derecho*, que pone las cosas *como si* el autor del libreto, el que toma las decisiones sociales, fuese el hombre. Pero en realidad el hombre, el de carne y hueso, es sólo eso: un protagonista que juega un *rol* que no ha escrito. La libertad del hombre, al elegir usar o no los derechos subjetivos, es tan amplia como la del actor que elige decir la parte que le toca: desde luego puede elegir no decirla...

Lo que el discurso de la modernidad ha construido, con los derechos subjetivos, es precisamente *la ciudadanía*. Ha construido la ideología del dominado como siendo la de un ciudadano que actúa con toda libertad para defender su vida y su propiedad. Sólo que tal defensa *debe hacerse ante un funcionario pú-*

blico y jamás frente a su compañero de sociedad civil. Es decir, el hombre se ve reducido a la calidad de ciudadano, en manos de los funcionarios encargados de protegerlo o no protegerlo, según lo estimen o no legal, obligado a hacer citar al otro en calidad de conciudadano y jamás de hombre.

Esto es lo que las mercancías necesitan y lo que les conviene a los portadores de grandes cantidades de valor: hombres aislados, ideológica y jurídicamente. Ideológicamente contruidos como *sujetos* de derechos, con libertad para ejercerlos ante los funcionarios; jurídicamente sujetos a la fuerza de los poderosos para cuando reaparezca el hombre detrás del ciudadano.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL

El discurso jurídico moderno, produciendo la escisión-confusión entre hombre y ciudadano, ha conseguido que los individuos reales, los hombres y las mujeres, se relacionen económicamente con sus compañeros de sociedad civil pero jurídicamente con los funcionarios estatales. El intercambio de valores equivalentes sucede entre los portadores de mercancías a que han sido reducidos los hombres y las mujeres por el capitalismo; pero los conflictos se resuelven en otro espacio, el público, el de los funcionarios públicos. De modo que cuando un portador de mercancías quiere reclamar a otro por la inequivalencia en el intercambio -incumplimiento-, por ejemplo, debe hacerlo en tanto ciudadano como titular de derechos que algún funcionario reconocerá o no. Mientras tanto los hombres y las mujeres, que ya han sido expropiados de su calidad humana para ser contruidos como ciudadanos, han sido también expropiados de la posibilidad de relacionarse entre sí como tales para verse obligados a relacionarse como conciudadanos por la mediación de los funcionarios estatales.

Esta situación es, como puede imaginarse, todo lo conveniente que podría serlo para los capitalistas y demás poderosos de la sociedad civil. El hombre obrero, el de carne y hueso, gracias a que la modernidad le ha concedido los derechos humanos, puede elegir entre dirigirse o no a los funcionarios estatales para que lo protejan o no frente al otro, también de carne y hueso, compañero capitalista de sociedad civil, que no será molestado como hombre y cuando mucho concurrirá al tribunal representado por un hábil abogado apoyado con buenos honorarios y, llegado el caso, con buenos fondos para comprar lo que o a quien necesite. Con razón se dice que el Estado media la sociedad civil...

En nuestros días latinoamericanos la situación se ha complicado aún más. Resulta que el hombre se ve obligado a recurrir al Estado, primero para que le reconozca sus derechos humanos y luego para que le otorgue los beneficios reconocidos. Son dos peleas las que debe dar: primero para conseguir que la constitución reconozca el derecho a la vivienda, la salud y la educación; pero después para tener la casa, los hospitales y las escuelas. (Todo suponiendo, lo que es gratuito, que tiene solucionado el problema de la comida). Bien; pero

¿porqué no dispone de todo eso? Por la simple razón de que para que existan esos satisfactores es necesario destinar esfuerzo social para construirlos, mientras que casi todo el fruto de ese esfuerzo social es gozado por un pequeño grupo de compañeros de sociedad civil en forma de mansiones, yates, safaris, vacaciones, caviar y champagne.

Pero esto siempre ha sido así en el capitalismo. ¿Cual es la diferencia con el proceso actual? Que el Estado se había reservado, vía empresas estatales e impuestos, la posibilidad de producir algunos de los satisfactores que reconoce como derechos humanos: alimento, vivienda, salud, educación. Pero ahora resulta que los capitalistas se han apoderado incluso hasta de esos magros fondos de que disponía el Estado populista y medio redistribuidor. Los Estados latinoamericanos han sido vaciados de casi todo su capital, excepto, por cierto, de los emprendimientos no rentables. De modo que las únicas posibilidades de satisfacer esas necesidades para la mayor parte de la población se han esfumado alegremente en los más alegres bolsillos de los que, desde antes, detentaban el 90% del fruto del trabajo colectivo.

Pero la situación del hombre no ha cambiado: sigue siendo ciudadano y por tanto expropiado de la posibilidad de actuar como hombre y obligado a actuar como sujeto de derechos ¡que sólo puede reclamarle a Estados que han devenido insolventes! La trampa de la *ciudadanía* se ha cerrado: el hombre, el pobre, por supuesto, que constituye la mayor parte, está ligado al Estado mientras que es explotado por la sociedad civil. Y merced a que es ciudadano está expropiado de la posibilidad de exigir a la sociedad civil y obligado a golpear las arcas vacías del Estado.

V. SUBVERSIÓN, DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA ALTERNATIVOS

La subversión de este orden injusto es un imperativo ético. La crítica de los derechos humanos propios del individuo egoísta de la sociedad civil capitalista también lo es. Un otro concepto, alternativo, de ciudadanía, se impone como necesidad para una política libertaria y socialista. Si la ciudadanía burguesa expropia con la calidad de hombre la posibilidad de dirigirse a la sociedad civil, a los amos de ésta, la ciudadanía alternativa debe dar derecho a lo contrario: a dirigirse a los detentadores de esa riqueza que le han expropiado al esfuerzo colectivo.

RESEÑAS

EL OTRO DEL OTRO KELSEN

Arturo BERUMEN*

“lo que es cambiado es lo otro; se convierte en lo otro de lo otro”
(Hegel: Enciclopedia)

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Ser y debe ser*; III. *Ciencia y filosofía*; IV. *Estado y derecho*; V. *Ideología y democracia*; VI. *Abstracción y pureza*.

I. INTRODUCCIÓN

El maestro Óscar Correas plantea, en el ensayo denominado “El Otro Kelsen” —que da título al libro de ensayos recopilados por él mismo— una novedosa hipótesis para interpretar la pureza metódica de la teoría pura del derecho de Kelsen:

La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación “científica” a cualquier poder.¹

No es que tal aspecto de la teoría kelseniana hubiese pasado del todo desapercibido por los estudiosos del positivismo, sino que Óscar Correas al hacerlo explícito, lo generaliza y le da un estatuto fundador, política aunque no epistemológicamente, hasta el punto de que el Kelsen tradicional, es decir el Kelsen que “pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto”² queda totalmente subordinado al Kelsen que se niega a justificar el poder por medio de la ciencia o por medio de la naturaleza.³

* Facultad de Derecho, UNAM.

1 Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 28.

2 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 15.

3 Correas, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 31, 49.

La “lectura”, particularmente aguda que hace el maestro Correa de Kelsen, permite recuperar el pensamiento jurídico del positivismo para la corriente de la crítica jurídica en la que él mismo se inscribe.⁴ Sin embargo, también, por la manera “débil” —en sentido posmoderno⁵ y no en cuanto a su estilo que es, por lo demás muy vigoroso—, en que interpreta sus resultados, mantiene separadas, epistemológicamente, las dos lecturas kelsenianas y, como consecuencia de ello, “debilita” su filosofía política.

II. SER Y DEBER SER

Pero tal insuficiencia no proviene tanto de Correa como de Kelsen. Si este último mantuviera hasta el fin su “radical” separación entre el ser y el deber ser, sería cierta la afirmación de aquél:

Kelsen quiere mantener esa distinción para que nadie, por el hecho de dominar, pueda decir que tiene derecho a dominar.⁶

Empero el propio Kelsen afirma, como un enunciado de su propia teoría científica, explícitamente, lo contrario:

La norma por medio de la cual el derecho internacional reconoce a un Estado, no dice: “si A manda y B obedece siempre, A debe mandar y B debe obedecer”, sino “si A manda y B obedece la mayoría de las veces, A debe mandar y B debe obedecer”.⁷

Descripción del principio de efectividad⁸ que siendo, abstractamente correcto, rompe con el principio metodológico fundamental de la propia teoría pura del derecho. Pues, a pesar de que Kelsen procura mitigar, un poco más arriba, la antinomia entre el ser y el deber ser, diciendo que “Esto no es incompatible en modo alguno con la antinomia entre ser y deber ser, pues ésta no es suprimida sino cuando se sostiene que sólo es válido lo que es, y que todo lo que es tiene valor”⁹; lo cierto es que esta descripción hace derivar el derecho a dominar del

4 Correa, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, Puebla, Ed. Cajica, 1982, pp. 14, 15.

5 Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*, México, Gedisa, 1986, p. 10: “De esta manera ambos (Nietzsche y Heidegger) se encuentran, por un lado, en la situación de tener que tomar críticamente distancia respecto del pensamiento occidental en cuanto pensamiento del fundamento, pero, por otro lado, no pueden criticar este pensamiento en nombre de otro fundamento más verdadero”; p. 20: “Pero quizá también esto, además de ser un rasgo tradicional del discurso filosófico... sea un modo tal vez ‘débil’ de hacer la experiencia de la verdad, no como objeto del cual uno se apropia y como objeto que se trasmite, sino como un horizonte y fondo en el cual cada uno se mueve discretamente”.

6 Correa, Óscar, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 54.

7 Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Ed. Nacional, 1983, p. 167.

8 El principio de efectividad, en tanto que es un enunciado científico de la teoría pura del derecho que describe dos tipos de hechos: el primero constituido por los hechos del dominio y el segundo por el discurso prescriptivo del derecho a dominar, es incompatible con la pureza metódica no tan sólo porque describe hechos que no son discurso normativo sino también porque deduce, condicionalmente la validez de éste por la eficacia de aquéllos.

9 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 167.

dominio de hecho, mediante la relativización en gran medida, de la pretensión purista enunciada con anterioridad, de un modo absoluto:

Y así como desde el punto de vista de la realidad natural tiene que constituir “naturaleza” cuanto es dado a él...y, por tanto, desde este punto de vista sólo “hay” naturaleza y no puede haber más que naturaleza, del mismo modo, desde el punto de vista jurídico, no hay, no puede haber más que derecho y sólo puede ser “dado” lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del derecho: la ley jurídica. Si se concibe el orden jurídico como soberano, esto es, si se le presume plenamente autónomo e independiente, no derivado ni susceptible de ser referido a ningún sistema ulterior, al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo, la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo.¹⁰

No es pues, la “unicidad” del método jurídico lo que impide justificar el poder por la ciencia jurídica, puesto que se muestra incapaz de describir, completamente, a su objeto —el derecho— sin recurrir al hecho. Decir que el hecho de dominación se transforma en dominación por el derecho no es justificar, científicamente, al poder, sino que es la descripción parcial de una realidad histórica. El derecho no es sino la sanción del poder.¹¹

El problema no es, en consecuencia, el que la metodología pura implique o derive de una deslegitimación científica del poder¹² sino en determinar la manera en que la complementación o reformulación filosófica de aquélla, no conduzca a una legitimación de éste.

III. CIENCIA Y FILOSOFÍA

El profesor Correas considera que la relación de las dos lecturas de Kelsen se encuentra invertida, en la interpretación tradicional:

Me parece perfectamente sostenible que la Teoría pura del derecho es un texto que debe leerse como siendo la segunda parte del pensamiento de su autor. La primera parte es su pensamiento filosófico-político, que hemos recordado someramente en este ensayo. La segunda parte es la consecuencia de la primera: Teoría pura del derecho es un libro de filosofía política, que por razones políticas funda una ciencia “pura”, es decir, reducida a describir normas y no a opinar si son o no justas.¹³

El maestro Correas, al sustentar la derivación de la pureza metódica a partir del pensamiento filosófico-político de Kelsen, afirma: “la fundación de una ciencia no

¹⁰ *Idem*, p. 137.

¹¹ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, México, Ed. Colofón, p. 48: “Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados en el papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado”.

¹² Correas, Óscar, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 49.

¹³ *Ibidem*.

puede ser 'científica': es siempre filosófica. Pretender fundar científicamente una ciencia es una petición de principios".¹⁴

Y anteriormente:

"Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que él llamó Teoría pura del derecho como una teoría —una filosofía— de ninguna manera 'pura', que por razones políticas, intentó fundar una ciencia pura ...lo que resulta 'pura' es la ciencia, no la teoría que la funda".¹⁵

El profesor Correas, en su lectura de Kelsen, no explicita la manera como éste funda una ciencia "pura" a partir de una filosofía "no-pura", pues sólo nos dice:

El presente trabajo da por sentado que no es necesario argumentar más el hecho de que toda ciencia se funda en una filosofía.¹⁶

Ciertamente que toda ciencia se funda en una filosofía, pero tal filosofía establece, normalmente, los principios generales en que se basarán las ciencias que se funden a partir de ella, las cuales los contendrán de una manera más especificada o más concreta ya que los principios explicativos de cada filosofía "no son otra cosa que las condiciones de posibilidad de las propias ciencias", "que surcan todos y cada uno de sus juicios".¹⁷ De modo que una ciencia pura del derecho debe basarse en los principios explicativos de una filosofía también pura. De hecho así lo hace Kelsen al fundamentar la Teoría *pura* del derecho en la Crítica de la razón *pura* de Kant:

Es (la imputación) categoría gnoseológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendental.¹⁸

Y Kant define a las categorías trascendentales como: "formas del pensamiento, que no contienen más que la facultad lógica de reunir en una conciencia *a priori* lo múltiplemente dado en la intuición".¹⁹

De manera que la imputación kelseniana, que es la categoría fundamental de su sistema,²⁰ es sólo una forma que permite reunir e interpretar como jurídicos los hechos sociales. La pureza de su método deriva de esta exigencia, porque sólo así "...produce su objeto al concebirlo como una totalidad significativa".²¹

Es posible que Kelsen fundamentara la pureza de su método en la razón pura de Kant, por motivos filosófico-político-democráticos, pero la incapacidad epistemológica de derivarla de una tal filosofía política impide que se le pueda considerar,

14 *Idem*, pp. 29, 30.

15 *Idem*, p. 28.

16 *Idem*, p. 29.

17 Vallado Berrón, Fausto E., *Teoría general del derecho*, México, UNAM, 1972, p. 231.

18 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 2, México, Ed. Nacional, 1989, pp. 50, 51.

19 Kant, *Crítica de la razón pura*, México, Ed. Porrúa, 1982, p. 148.

20 Echeverría Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, México, UNAM, 1968, p. 87: "A partir de Kelsen deber ser no significa solamente que una idea o un programa requieran de una imperativa realización en vista de ciertos valores políticos, sociales o morales. Cuando Kelsen establece que la imputación es el equivalente normativo de la causalidad, arriba al descubrimiento más fascinante de la filosofía moral. Así como la causalidad permite estructurar indubitavelmente el universo físico del hombre, la imputación configura con idénticos títulos de seguridad teórica, su cosmovisión moral".

21 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 2, UNAM, p. 85.

sin reservas, “como una defensa de la democracia”,²² puesto que, si sólo saliéndose del campo de la ciencia se puede arribar al campo de la ética,²³ no sólo se puede deslegitimar, científicamente, una oposición democrática ante un poder autoritario sino permite que éste se pueda legitimar, al negar su propia negación: la validez racional de una lucha democrática. En este sentido al Kelsen, éticamente democrático se opone el Kelsen, científicamente, estatista.

IV. ESTADO Y DERECHO

Para reforzar su hipótesis, el maestro Correas interpreta, con gran sutileza, la identidad kelseniana del derecho y del Estado:

El Estado, desde el punto de vista natural, causal, es un poder, una fuerza, que ejerce “alguien” contra los demás. El Estado desde el punto de vista normativo, es un orden; es derecho. Quienes quieren ver el derecho distinto del Estado, quieren justificarlo. Quien quiere ver el derecho distinto que el Estado para después cruzarse al punto de vista sociológico para santificar el Estado existente. O sea: dicen que el Estado es un poder físico, natural (punto de vista sociológico); luego dicen que ese poder crea un derecho, y luego se somete a él... Esto ha podido suceder por el sincretismo “metodológico”. Por eso no hay que permitirlo. Por eso es necesario sostener la separación a toda costa. No hay ninguna manera en que el poder físico pueda santificarse por el derecho, si mantenemos la distinción.²⁴

Sin embargo, la identificación inmediata del derecho con el estado como hace Kelsen, aunque pueda impedir que, teóricamente, pueda justificarse el desnudo poder estatal con la legal validez jurídica, es hacer abstracción de que, precisamente, en el terreno de la efectividad del derecho, tal función ideológica del fenómeno jurídico constituye un factor determinante de la existencia estable del estado y, por lo tanto, no tomar en cuenta la mediación del consenso —circunscrito al campo de la ética²⁵ — que impide que el estado sea lo que verdaderamente es —el derecho, es decir, el clasista orden coactivo de la conducta humana—,²⁶ equivale a ocultar

22 Correas, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 42.

23 *Ibidem*.

24 *Idem*, p. 54.

25 *Idem*, p. 42: “Pongámonos todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política: confrontemos nuestras ideas de justicia, todas las cuales tienen el mismo derecho a existir, ganemos el consenso de nuestros conciudadanos. Y respetemos el resultado. Esto se llama democracia.”

26 Engels, “Introducción, La Guerra civil en Francia de Marx”, *Obras escogidas*, Moscú, Ed. Progreso, 1977, t. I., p. 466: “el Estado no es más que una maquinaria para la opresión de una clase por la otra”; Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 2, UNAM, p. 47: “los sistemas sociales designados como ‘derecho, son órdenes coactivos de la conducta humana’”; Hegel, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, p. 118: “El tercer momento consiste en que el espíritu se manifieste según su concepto, vuelva asumir en sí aquella primera manifestación, la supere, retorne a sí y devenga y sea para sí tal como es en sí”.

la endeble validez del derecho con la autoridad fetichista del estado.²⁷

Al decir Kelsen, por un lado, que:

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho... Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de la posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.²⁸

Y, por otro lado, que: “Pero tan pronto como el caso se convierte en *res judicata*, la opinión de que la norma individual de la sentencia no corresponde al precepto general que debe aplicar, pierde toda importancia jurídica”;²⁹ la pureza metódica, la separación del ser y deber ser, la identidad del derecho y del estado, no tan sólo no impiden que el poder físico pueda santificarse por la ciencia del derecho, sino que ésta descalifica “científicamente”, cualquier crítica que pudiera hacerse a la contradicción que se llegue a dar entre normas superiores y normas inferiores, entre derecho y estado, entre ser y deber ser, puesto que sólo será derecho lo que los órganos decidan que lo sea, ya que será auténtica interpretación de aquél, incluso —según la teoría pura del derecho— la interpretación que se encuentre fuera del marco de posibilidades mostrado por la interpretación cognoscitiva.

La abstracta separación del ser y del deber ser y la inmediata unidad (identidad) del derecho y del estado, le impiden a la teoría pura del derecho captar la existencia de la contradicción jurídica como el proceso de desarrollo que constituye la real positividad del derecho. En consecuencia, coincide, teóricamente, con la pretensión de todo poder de considerar su actividad, además de justa, racional, coherente y exenta de contradicciones.³⁰

La relación contradictoria de lo general y lo particular es negada por Kelsen en aras, no de una filosofía política sino de una epistemología abstracta:

Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipótesis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la

27 Heller, Hermann, *Teoría del estado*, México, FCE, 1985, p. 212: “Sin una positivización, por medio de actos de voluntad, el derecho no puede tener ni la firmeza que requiere la actual sociedad de cambio, ni eficacia. Sin la unidad fáctica de la voluntad del Estado no existe unidad del orden jurídico positivo; pero sin ésta no hay justicia ni seguridad jurídica”.

28 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 2, UNAM, pp. 354, 355.

29 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1969, p. 184.

30 Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989, p. 106: “Por otra parte, la concepción sobre la completitud, coherencia y precisión del derecho positivo es ciertamente equivocada, porque en general, el derecho tiene lagunas, contradicciones, vaguedad semántica y ambigüedad semántica y sintáctica. Pero aquí también el dogma se mantiene apoyado por una refinada técnica retórica basada como vimos, en el presupuesto de la racionalidad del legislador”.

experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cualitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica³¹

Lo cual le lleva a firmar: “Desde un punto de vista jurídico no puede haber ninguna contradicción entre una decisión judicial con fuerza de ley y el derecho legislado o consuetudinario que debe aplicar”.³²

Este afán de mantener, estrictamente su punto de vista, le conduce a reproducir, teóricamente, la realidad jurídica de una manera deformada, lo cual constituye una ideología,³³ que justifica el poder de todo Estado pues “desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho”.³⁴

V. IDEOLOGÍA Y DEMOCRACIA

En otro texto, el maestro Correas ha trazado la postura de la crítica jurídica frente al positivismo en dos vertientes: aprovechar sus resultados científicos y denunciar sus límites ideológicos.³⁵ En el otro Kelsen parece ser que sólo le preocupa el primer aspecto y deja de lado el segundo, en especial por lo que se refiere a la función de la ideología jurídica de la democracia. No se refiere, incluso a la denuncia de Kelsen sobre la ficción de la soberanía popular:

Pero desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo y se convierte en una pura ficción (incompatible con la realidad jurídica).³⁶

En su síntesis del concepto de democracia de Kelsen, Óscar Correas parte de la libertad y de la igualdad hasta llegar al principio de la mayoría, pasando por la voluntad del pueblo y por la organización de los partidos políticos, considerando a dicho concepto como “uno de los más bellos y contundentes panegíricos de la democracia moderna”.³⁷ Pero no menciona su función ideológica legitimadora del poder de las clases dominantes en el capitalismo y lo más que llega a afirmar, con Kelsen, es que la democracia es un mal necesario.³⁸

31 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. VIII.

32 Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 29, p. 184.

33 Tadic Ljubomir, “Kelsen y Marx, contribución al problema de la ideología en la Teoría pura del derecho y en el marxismo”, en *Marx, el derecho y el estado*, Barcelona, Oikos-Tau, 1969, p. 129: “Por ello Marx critica toda teoría pura en tanto que ideología si escapa a la realidad social y a sus contradicciones...”.

34 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 57.

35 Correas, Óscar, *Ideología jurídica*, Puebla, UAP, 1983, p. 176.

36 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 402.

37 Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, p. 38.

38 *Idem*, p. 40.

Esta ausencia quizá se deba a que en la misma recopilación aparece un ensayo de Juan Ruiz Manero denominado: "Sobre la crítica de Kelsen al Marxismo" que se ocupa, entre otras cosas de la ideología jurídica:

En este sentido, diríamos que el carácter ideológico del derecho reside, no en que sus normas sean falsas, sino que estas mismas normas provocan en los a ellas sometidos una representación falsa de las relaciones sociales.³⁹

No hay, sin embargo, ni puede haber en la lectura del otro Kelsen una denuncia de la falsa representación que conlleva tanto el sistema como el concepto de democracia, pues la misma metodología purista de Kelsen impide ocuparse de los hechos sociales y económicos que hacen imposible el mandato imperativo de los representados populares ni mucho menos emprender el estudio de las relaciones sociales que se establecen entre los procesos democráticos y entre la propiedad privada, estatal o colectiva, por medio del cual pudiera explicarse la gran estabilidad política de los regímenes de los países desarrollados, abstractamente democráticos, y la gran debilidad de los sistemas autoritarios.⁴⁰

Si tales problemas se pueden discutir en virtud sólo de la teoría pura del derecho y solamente de una manera ética, política o filosófica pero no científica como afirma Óscar Correas,⁴¹ se hacen evidentes los límites ideológicos de la propia teoría, puesto que por un lado, descalifica como ideológicos los intentos de la ciencia política de estudiar el fenómeno del poder y, por otro lado sólo permite una discusión ética del mismo cuyo relativismo filosófico "conduce inevitablemente a un escepticismo total..."⁴²

VI. ABSTRACCIÓN Y PUREZA

El hecho de que la teoría pura del derecho pueda, por un lado, criticar, a partir de sus propios postulados, a la ciencia jurídica que pretende justificar al poder y, por otro lado, ella misma, también a partir de sus propios presupuestos, pueda legitimarlo, nos está indicando que si las dos lecturas de Kelsen pueden argumentarse, con igual plausibilidad, la pureza metódica es sólo una abstracción metodológica que, como tal, no puede decir nada o puede decirlo todo acerca del poder y de la política.

³⁹ Juan Ruiz Manero, Sobre la crítica de Kelsen al marxismo en *El otro Kelsen*, p. 161.

⁴⁰ Anderson, Perry, *Las antinomias de Antonio Gramsci*, Fontamara, Barcelona, 1981, pp. 71, 72: "El sistema actual del dominio de la burguesía está, por lo tanto, basado en el consenso de las masas, que toma forma en la creencia ideológica de que ellas ejercen su propio gobierno en el estado representativo"; Aglietta-Orléán, *La violencia de la moneda*, Siglo XXI, México, 1990, p. 61: "Las sociedades donde reinan el egoísmo y el individualismo serían menos frágiles que las sociedades más solidarias, aquéllas en donde el tejido de obligaciones recíprocas puede siempre romperse y liberar violencia contagiosa en una cadena singular en donde las represalias se nutren de ellas mismas. ¿Es éste el sentido profundo del mensaje liberal? ¿Es ésta la razón del destino trágico de numerosas revoluciones?"

⁴¹ Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, p. 42.

⁴² Tadic, *op. cit.*, p. 130.

Por ello al pretenderse “al margen de toda política”, “no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la teoría pura del derecho”, y esto no es tan sólo “la prueba...de que ha sabido conservar su caracter de teoría ‘pura’...”⁴³ sino también de que se aferra a su abstracción inicial: la separación del ser y del deber ser.

La lectura del maestro Correas del otro Kelsen, también presupone a dicha separación abstracta como inamovible. Al invertir la relación entre la pureza metodológica y la discusión ética del poder —que en el Kelsen tradicional, el principio de la pureza metódica conduce a la justificación del poder y en el otro Kelsen la justificación de la democracia lleva a la pureza metódica— no establece ningún otro fundamento que permita unificar, teóricamente, al valor y al derecho, por un lado, y, por el otro, al hecho y al derecho.

Para que la teoría pura del derecho pueda seguir constituyendo una crítica a la pretensión del poder de sustentarse científicamente y, a la vez, pueda consi-derarse acomo una crítica científica y no sólo ética, del poder existente, es decir, para que pueda explotarse, al máximo, el rico filón descubierto por Correas en la mina kelseniana o, en otros términos, para poder determinar “*el otro del otro Kelsen*”,⁴⁴ es necesario invertir el método mismo de la teoría pura del derecho.

El esquema de interpretación jurídica de Kelsen se constituye separando al ser del deber ser para unir los elementos de la norma; al deber jurídico del deber ético para unir los conceptos jurídicos fundamentales; a la imputación central (personal) de la imputación periférica (material) para unir a la persona jurídica (física, moral y Estado); a la dinámica de la estática jurídica para unir a los procesos de creación jurídica en el orden jerárquico de la validez de las normas; a la norma hipotética fundamental de las normas jurídicas positivas para unir la validez imputativa y la eficacia causal en la positividad del derecho y a las distintas posibilidades de interpretación de las normas particulares o generales para unir a todos los actos de pura ejecución normativa en el concepto de positividad particular del derecho.

Este método, que separa para unir, tiene como consecuencia el que, por un lado, se excluya, arbitrariamente, del concepto de positividad del derecho, el momento en el que la oposición de lo ideológico, de lo político y de lo económico hace variar la positividad jurídica misma, pasando a formar parte de su nuevo contenido, determinando su génesis y su función histórica, a partir de las cuales es posible, científicamente, emitir “juicios de valor” sobre la eticidad relativa al tiempo histórico-económico, de los sistemas jurídicos y, por otro, reaparezca la unidad del ser y del deber ser que se separó al inicio del desarrollo del sistema aunque tal unidad se exprese por medio de la relación condicional de la validez por la eficacia⁴⁵ y, por lo tanto, no como una identidad sino como una unidad real aunque

43 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires. EUDEBA, 1971, pp. 12, 13.

44 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, Ed. Porrúa, 1980: “lo opuesto es en general, aquello que contiene en sí mismo lo uno y su otro, a sí y a su opuesto”.

45 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 49; Cerroni, Umberto, “Kelsen y Marx” en *Marx y el derecho moderno*. México, Grijalbo. 1975, p. 172.

incompleta. De una parte, se prohíbe emitir juicios de valor científicos sobre el contenido del derecho y, por otra, se llega a identificar al hecho con el derecho, concluyendo con justificar al poder por ambas partes que es lo contrario de lo que sugería la lectura del otro Kelsen.

Si se invierte el método del purismo jurídico, dialécticamente, —es decir, considerando a las categorías del ser natural, del deber ser jurídico y del “debería ser ético” como categorías abstractas que hay que concretizar, las unas por medio de las otras—, uniendo, primero, a las determinaciones generales opuestas: eficacia, imputación y libertad en la positividad general del derecho, para segundo, separarlas, en la positividad particular del derecho, como fuentes reales, formales y doctrinales y, tercero, volverlas a unir en la positividad concreta del derecho como actos de ejecución normativa, entonces, la propia pureza metódica puede entenderse sólo como una etapa, una fase, un momento llamado a desaparecer y a reaparecer, de una ciencia integral del fenómeno jurídico. De modo que, por un lado, los hechos adquieran una cualificación jurídica con la imputación normativa y ésta adquiera positividad histórica por los hechos efectiva y eficazmente concretados por ella; y, por otro, los valores éticos y políticos puedan considerarse incorporados al contenido del derecho como el resultado y el presupuesto de la oposición de intereses sociales, y cuya concretización o análisis concreto, determine la medida en que dichos valores se realizan o se deben realizar en la realidad.

Para desarrollar una propuesta de análisis semejante que describa al derecho, que no justifique al poder y que critique a ambos, todo ello desde una perspectiva científica unitaria, podría fundamentarse en el aserto hegeliano de que “ninguna filosofía ha sido refutada” ya que “toda filosofía ha sido necesaria y lo sigue siendo” porque “la sucesión de los sistemas de la filosofía en la historia es la misma que la sucesión de las diversas fases en la derivación lógica de las determinaciones conceptuales de la idea”,⁴⁶ puesto que, con tal fundamento filosófico se estaría en posibilidades de superar y conservar, a la vez,⁴⁷ es decir, redefinirlos, tanto al iusnaturalismo, al positivismo jurídico, al realismo sociológico y al historicismo jurídico para que pudieran rearticularse en un nuevo concepto concreto del derecho.⁴⁸

Podría explorarse una línea de investigación, siguiendo este método, sobre el concepto de libertad, considerándola como el desarrollo tanto de la naturaleza como del individuo y de la sociedad, procurando demostrar y precisar algún vínculo “ontológico” entre la “energía libre” de la termodinámica, el plusvalor de la fuerza de trabajo, el tiempo libre de la sociedad, la libertad de la conciencia, la libertad jurídica y la libertad política.

⁴⁶ Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, México, FCE, 1983, t. I, pp. 34, 40.

⁴⁷ Hegel, *Enciclopedia*, p. 53.

⁴⁸ Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1983, pp. 192, 193; García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1986, pp. 173, 174, 176.

Una teoría concreta del derecho construida de este modo implicaría concebir al derecho natural en evolución, como la naturaleza misma, como el desarrollo histórico de los valores abstractos a los valores concretos; al sociologismo jurídico, como la expresión empírica de ese proceso y al positivismo como la manifestación fenomenológica del derecho en tanto mediación del hecho y del valor.

De esta manera podría integrarse el *otro Kelsen* (democrático) al *Kelsen científico*, una vez “releídas” ambas lecturas en el *otro del otro Kelsen*, superados y conservados a la vez.

HEMOS RECIBIDO

LIBROS

BIDET, Jacques, *Teoría de la modernidad, seguido de Marx y el mercado*, Argentina, Ediciones El Cielo por Asalto y Letra Buena, 1993.

ÍNDICE: Presentación; Primera parte. Teoría de la modernidad; I. La forma contrato, del liberalismo al socialismo; II. La matriz metaestructural de la modernidad; III. Capitalismo y comunismo; IV. El socialismo en la modernidad; Segunda parte. Marx y el mercado, V. El mercado como presupuesto del capitalismo; VI. Las implicaciones jurídico-políticas de las relaciones mercantiles; VII. Los fundamentos de la teoría marxiana del mercado; VIII. La exposición de la articulación del mercado con el capital; IX. Conclusión para un metamarxismo.

CABALLERO HARRIET, FRANCISCO JAVIER, *Temas pretexto... Para una reflexión*, Laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, 1991.

SUMARIO: Primera parte: La evolución social. La ley de evolución. Segunda parte: El derecho. El ayer del derecho. De lo natural a lo social. Tercera parte: El Estado. Los signos de la crisis del Estado.

CARPISO, Jorge, *Algunas reflexiones sobre el ombudsman y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

CONTENIDO: I. Introducción; II: Algunas preocupaciones sobre la institución del Ombudsman; III: Tres aspectos de los derechos humanos; IV. El Ombudsman y los derechos humanos.

CÍCERO FERNÁNDEZ, Jorge, *Protección de los extranjeros en los Estados Unidos de América: La ley federal de 1789 sobre responsabilidad civil por violaciones al derecho internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

Contenido: Presentación. Introducción. I. Orígenes de la Ley de 1789: Jurisdicción federal y denegación de justicia en los Estados Unidos. II. El litigio sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos en tribunales de los Estados Unidos. III. Determinación judicial del derecho de gentes con respecto a los extranjeros en los Estados Unidos: Derechos humanos, responsabilidad del Estado y la Ley sobre violaciones al derecho internacional. IV. La Ley de 1789 como recurso contra violaciones al derecho internacional cometidas dentro de los Estados Unidos: Jurisprudencia relativa a la fuente del derecho de acción. V. Aspectos sustantivos: Los derechos humanos de los extranjeros. Conclusiones. Apéndice: Catálogo ilustrativo de derechos humanos de los extranjeros, con vinculatoriedad consuetudinaria internacional.

COLOM GONZÁLEZ, Francisco, *Las caras del levitán. Una lectura política de la teoría crítica.*

SUMARIO: Capítulo: La génesis del pensamiento francortiano. I.1 La teoría crítica de la sociedad: orígenes. I.2. La otra Escuela de Francfort. Capítulo II: Del reformismo a la resignación. II.1 La socialdemocracia en la república de Weimar. II.2 La semilla del Behemoth. II.3. Alemania en el año cero. Capítulo III. La democracia insatisfecha. Jurgen Habermas y Claus Offe en la perspectiva de la teoría crítica. III. 1. El parlamentarismo como nostalgia. III.2 El Leviatán benefactor o la ambivalencia del poder. III.3 Más allá del horizonte del Estado.

Curso de deontología de magistratura, Editora Saraiva, 1992.

SUMÁRIO: José Renato Nalini: O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução á deontologia da magistratura. Antonio Carlos Alves Braga: O juiz e seus compromissos éticos. Ética profissional e ética social. Sydney Sanches: O juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos aneseios sociais por justiça. Aniceto Lopes Aliende: O paradigma de juiz conforme a expectativa do tribunal de justiça. Manuel Alceu Affonso Ferreira: O juiz e o advogado. A imparcialidade, o contraditório e direção do processo. Claudio Ferraz de Avarenga: O juiz e o promotor. As Atribuições constitucionais do ministerio publico e as funções de juiz. Álvaro Lazzarini: Magistratura: deontología, função e poderes do juiz. Sidnei Agostinho Beneti: Deontología da linguagem do juiz.

DÍAZ POLANCO, Héctor, *El fuego de la inobediencia. Autonomía y rebelión india en el obispado de Oaxaca*, México, CIESAS, 1992.

ÍNDICE: 1. Sociedad colonial y rebelión indígena en el obispado de Oaxaca; 2. El vigor de la espada restauradora. La represión de las rebeliones indias en Oaxaca (1660-1661); 3. Movimiento político indio: La "rebelión" de Tehuantepec, 1660-1661; 4. Comercio y rebelión el obispado de Oaxaca; 5. Los chontales de Oaxaca.

DÍAZ POLANCO, Héctor, *Documentos sobre las rebeliones indias de Tehuantepec y Nexapa (1660-1661)*, México, CIESAS, 1992.

ÍNDICE: I. Documentos sobre algunas órdenes y situaciones anteriores a las rebeliones, 1635-1658 (Archivo General de la Nación, México); II. Documentos sobre las rebeliones indias de Nexapa y Tehuantepec, 1660-1661 (Archivo General de Indias, Sevilla, México 600); III. Documentos sobre acontecimientos posteriores a la rebelión, 1662-1683 (Archivo General de la Nación, México).

DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo Veintiuno editores, UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades.

SUMARIO: Primera parte: Las identidades excluidas: I. Formación nacional y cuestión étnica. II: Política colonial y esclavitud. III. EL mundo del indigenismo colonial. IV. El indigenismo liquidacionista de los liberales. V. Las nuevas lucha étnicas y los cambios teóricos-políticos. VI. Fundamentos del sistema autonómico. VII. Tres casos de Régimen autonómico: URSS, España y Nicaragua.

FLORES FARFÁN, José Antonio, *Sociolingüística del náhuatl. Conservación y cambio de la lengua mexicana en el alto Balsas*, México, Ediciones de la Casa Chata, 1992.

ÍNDICE: 1. Caracterización sociolingüística general; 2. Discusión del marco teórico metodológico; 3. Una primera aproximación al estudio de las interferencias náhuatl-español; 4. Ejemplos de la función pragmática en lengua náhuatl.

GONZÁLEZ, Álvaro, y Marco Antonio, Vázquez, *Etnias, Desarrollo, recursos y tecnologías en Oaxaca*, Oaxaca, CIESAS, 1992.

ÍNDICE: I. Manejo de recursos naturales; II. Los impactos del desarrollo; III. Tecnologías indígenas.

Gramsci y la izquierda europea, Fundación de investigaciones marxistas, Madrid.

SUMARIO: Presentación: Juan Trías Verjarano. Capítulo I. La construcción de la hegemonía socialista, Rafael Díaz Salazar, José Ma. Laso prieto, Güsepp- pe Vacca. Capítulo II. Intelectuales y revolución pasiva, Rafael Díaz Salazar, Francisco Fernández Buey, Joaquín Sempere. Capítulo III. Gramsci y la reestructuración del capitalismo, Juan ramón Capella, Jaques Mancina, Ramón Vargas-Machuca.

OBREGÓN ÁLVAREZ, Alejandro E., *Apuntes de filosofía del derecho*, Querétaro, México, Universidad Autónoma de Querétaro, Serie Humanidades/Colección Derecho, 1990.

ÍNDICE: Prólogo; Lección 1, lectura crítica 1; Lección 2, lectura crítica 2; Lección 3, lectura crítica 3; Lección 4, lectura crítica 4; Lección 5, lectura crítica 5; Lección 6, lectura crítica 6.

ÍNDICE. Presentación. Jorge, Carpizo; La Universidad y los derechos humanos, A.L. Elementos para un marco conceptual. Pablo, Latapi; Importancia de la fundamentación teórica de los derechos humanos. Jorge, Mera Figueroa; Algunas líneas de investigación sobre derechos humanos en la filosofía jurídica española reciente. Mauricio, Bechot; La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. Hermann, Petzold- Pernia; De la declaración de los derechos en el derecho civil romano. Argerson, Tabosa Rangel; El uso alternativo del derecho en Bartolomé de las Casas, Jesús A. De La Torre Rangel; Metodología de la investigación de casos y situaciones de violación a los derechos humanos. Miguel, Concha Malo; Derechos políticos y democratización en México. José A. Crespo; 30 años de derecho penal revolucionario cubano; penalización y despenalización. Raúl, Gómez; Universidad, conflicto y derechos humanos en Centroamérica, Raúl, Benitez Manaut; Los derechos humanos y la Iglesia Chilena. José Aldunate; Democracia y derechos humanos. Rodolfo, Vázquez; Derechos humanos y ecología. Laura, Mues De Schrenk; Los Derechos humanos y la eutanasia. Víctor, Pérez Varela.

ORTIZ SEGURA, Carlos, *Historia de la pesca de tiburón en puerto Madero, Chiapas*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 1993.

ÍNDICE: Los pescadores son dueños de espacios y tiempos; "Todo era monte, una gran montaña hasta la barra"; "Supieron que el gobierno iba a dar

tierras”; “La pesca continúa haciéndose en los esteros”; “Matábamos hasta 300 tiburones”; La pesca del tiburón cobró auge; Los años ochenta; La pesca del tiburón se realiza en 24 horas; El trabajo en tierra; El negocio de los permisionarios; Vida cotidiana; Conclusiones.

RODRÍGUEZ SALDAÑA, Marcial, *La desaparición de poderes en el estado de guerrero*, Universidad Autónoma de Guerrero, 1992.

SUMARIO: Capítulo I: Los orígenes del federalismo y las relaciones entre los estados y la federación. Capítulo II: El federalismo en México y la relación entre los estados y la federación. Capítulo III: Origen e interpretación de la desaparición de poderes. Capítulo IV: La Ley reglamentaria de la desaparición de poderes y la constitución política de Guerrero. Capítulo V: La desaparición de poderes en el Estado de Guerrero durante la revolución de 1910-1917. Capítulo VI: La desaparición de poderes en 1918 durante el gobierno del general Silvestre G. Mariscal. Capítulo VII: La desaparición de poderes en 1935, durante el gobierno del general Gabriel R. Guevara. Capítulo VIII: La desaparición de poderes en 1941, durante el gobierno del general Alberto F. Berber. Capítulo IX: La desaparición de poderes en 1954, durante el gobierno del Lic. Alejandro Gómez Maganda. Capítulo X: La desaparición de poderes en 1960, durante el gobierno del general Raúl Caballero Aburto. Capítulo XI: La desaparición de poderes en 1975, durante el gobierno del Lic. Israel Noguea Otero.

SÁNCHEZ B, Esther, *Antropología jurídica*. Sociedad antropológica de Colombia.

CONTENIDO: Primera parte: Mirada desde la Antropología. I. Melicio Cayapú Dagua. Está preso mi sargento. Estado de normas, estado de rupturas. Esther Sánchez B.

SARRE IGUÍÑIZ, Miguel, *Guía del Policía*, México, D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

CONTENIDO: Presentación; Introducción; capítulo I: Importancia y funciones de la policía; capítulo II: La policía y los derechos humanos; capítulo III: Los derechos del policía; Capítulo IV: Las obligaciones del policía; V: La responsabilidad de los miembros de la policía; Anexos; Ejercicios didácticos.

Seguridad personal: un asalto al tema, Caracas, Ediciones IESA, 1991.

SUMARIO: Introducción: J. C. Navarro y R. Pérez Perdomo. Capítulo I. J. C. Navarro y R. Pérez Perdomo: Seguridad personal: percepciones y realidades.

Una nota acerca de la cobertura de la inseguridad en la prensa Venezolana: Tibusay Lucena. Comentarios Maritza Montero, Roberto Briceño León, Frederick Klindt. Capítulo 2. Rogelio Pérez Perdomo: Las instituciones de la seguridad: ¿Cuáles son los problemas? Comentarios: Sofía Cardot de Briceño, Henry Bencid, Fernando Fernández. Capítulo 3. Juan Carlos Navarro: La inseguridad en Venezuela: un enfoque de políticas públicas. Comentarios: Franklin Chaparro, Javier Elechiguerra, Carmelo Moreno. Capítulo 4. Nerio Rausseo: El Estado y la seguridad de los ciudadanos. Comentarios: Lolita Aniyar de Castro, Gloria Capriles, Rosa Del Olmo, Tosca Hernández, Gonzalo Bajares. Capítulo 5. José María Rico: La seguridad personal en los centros urbanos: el caso canadiense.

WANDERLEI RODRIGUES, Horácio, *Ensino jurídico e direito alternativo*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.

SUMÁRIO: Capítulo 1. Por onde começar? (Alguns breves "a priori" históricos e contextuais); Capítulo 2. (De) Formação jurídica para que (m)? (Da Crise do mercado de trabalho às Crises de identidade e Legitimidade); Capítulo 3. A reforma que nunca aconteceu; Capítulo 4. A Reprodução da (de) formação Simbólica, (Questões didático-pedagógicas e administrativas); Capítulo 5. Ensino do Direito para que(m)? (A crise do paradigma político-ideológico); Capítulo 6. O direito errado que se conhece e ensina (A crise do paradigma Epistemológico); Capítulo 7. Ensino jurídico com qual Direito? (A crítica do direito e seus pressupostos); Capítulo 8. Por que Direito alternativo? (A insuficiência da crítica jurídica tradicional); Capítulo 9. É possível conhecer direito o direito?; Capítulo 10. O Discurso do Ensino e o Ensino do Discurso.

REVISTAS

BEYOND Law (Más allá del derecho), núm. 1. publicado por ILSA. 1991.

SUMARIO: Editors Introduction, Fernando Rojas and Jeff Clark. I. Articles: Introduction to the articles, Víctor Moncayo. The Crisis of and Alternatives to the State judicial Monopoly at the end of the 20th Century: Exploratory Notes on the Colombian Case, German Palacio. The National Tribunal of Latifundios Crimes. A. Civilian Response to save Violence and Impunity, T. Miguel Pressburger and María Teresa de Araujo. Revolution and Criminal Justice: The Cuban Experiment, 1959-1983 (Conclusion), Adele Van der Plas. II. Reviews: Alternatives Uses of Law: Summaries of Articles. Sistema judicial y derechos humanos en Colombia. Espacios Internacionales para la justicia colombiana. Ejecuciones arbitrarias en Colombia. III. Bulletin

Board: Addresses and brief descriptions of some leading alternative legal services in Latin America.

Delito sociedad. Revista de ciencias sociales, año 1, núm. 1. Buenos Aires, Argentina, primer semestre de 1992.

SUMARIO: Presentación en sociedad de la revista «delito y sociedad» por Juan Pegoraro. La justificación imposible. Historia de la pena. Entre justicia y utilidad, Massimo Pavarini. Libertad Asistida: una alternativa posible, Alicia Daroqui. La gaceta de la Moralidad: El castigo, la economía y los procesos hegemónicos de control social, Darío Melossi. La cárcel, factores de criminalización y reincidencias, Sergio M. Shocklender. La pena Indeterminada. Centro Universitario Devoto. Entrevistas: Marta Laferriere «La supervivencia y la libertad». Eduardo Silva «Ahora estoy preso por haberlo estado». Michel Foucault «Entrevista con un golfo arrepentido». Comentario de libros: «De los delitos y de las penas» por Matías Bruera. «Ladrones Profesionales» por Vanina Gruart. Documentos: Carta del Jefe Piel Roja. Estadísticas. Proyecto CINAP. Proyecto CUD.

Doxa. *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6. Alicante, España, 1989.

SUMARIO: Razón económica y razón moral. en torno a David Gauthier: David Gauthier ¿por qué contractualismo? Martín D. Farrel, El dilema de Gauthier. Tuth Zimmerling, La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier. Albert Calsamiglia, Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier. *Democracia y representación*: Alfonso Ruiz Miguel, "Problemas de ámbito de la democracia". Francisco J. Laporta, "Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate". Ernesto Garzón Valdés, Representación y democracia. Ernesto Vidal, "Representación y democracia: problemas actuales". Jevier de Lucas, "Sobre la justificación de la democracia representativa". Alfonso Ruiz Miguel, Confirmaciones y precisiones mínimas. Francisco J. Laporta Respuesta a Javier de Lucas. Ernesto Garzón Valdés. Algo más acerca del «coto vedado». Ernesto J. Vidal, Observaciones a Javier Vidal. Sobre la postmodernidad: Javier de Lucas, Nota intriductoria. Boaventura de Sousa Santos, La transición postmoderna: derecho y política. Adolfo Barberá del Rosal, Versiones de lo otro. Javier de Lucas, Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad. Jesús Ballesteros, Razones a favor de una postmodernidad alternativa (respuesta a Javier de Lucas). Artículos: Neil MacCormick, Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas. Julia Barragán, Las reglas de la cooperación. Manuel Atienza Contribución para una teoría de la legislación. Arend Kulemkamp Tica. Nomológica

y moral de los sentimientos. Markku Helin, Sobre la evolución de la argumentación jurídica en la dogmática privada finlandesa en el periodo 1920-1960. Notas: Juan Carlos Bayón, Casualidad, consecuencialismo y deontologismo. Carlos S. Nino, Respuesta a Bayón. Entrevista: Manuel Ateiza y Ernesto Garzón Valdés, Entrevista a Ulrich Klug.

El cielo por asalto, año 3, núm. 3. Buenos Aires, Ediciones Imago Mundi, domicilio en Sánchez de Loria 1821 (1241).

SUMARIO: Crisis y futuro del socialismo. Perry Anderson; El golpe en la URSS y el eclipse de Gorbachov; Raymond Williams; *Hacia varios socialismos*. Dossier: «Socialismo y (pos) modernidad», Adolfo Sánchez Vázquez; Posmodernidad, posmodernismo y socialismo, Fredric Jameson: Entrevista con Horacio Machín, “Posmodernismo y capitalismo tardío”; Kate Soper: Postmodernidad, subjetividad y la cuestión del valor; Jacques Bidet: “Socialismo y tiempos modernos”. Daniel Bensaid: Marx y la modernidad. Temas. Atilio A. Baron: La transición hacia la democracia en América Latina: problemas y perspectivas. Enrique Mari: Louis Althusser. F. Roustang/ B. Dalle/ A. Fernández-Murr: hipnosis: Cosa de perros. Reseñas críticas: Roy Hora: Daniel James: La ambivalencia de una experiencia de clase.

El otro derecho, núm. 3. Bogotá, Colombia, julio 1989.

SUMARIO: Debates: ¿qué es ILSA, hacia dónde va? Servicios legales y relaciones capitalistas: un ensayo sobre los servicios jurídicos populares y la práctica legal crítica, German Palacio. Servicios legales y derechos de los pueblos indígenas de Chile, Eduardo Castillo Vigouroux. Reflexiones: La violencia policial en justicia Colombiana. Ejecuciones arbitrarias en Colombia. III. Bulletin Board: Addresses and brief descriptions of some leading alternative legal services in Latin America. La época de la democracia, equipo jurídico de CELS Coordinador: Octavio Corsen. Reseñas: Derecho penal y derechos humanos. El cambio de la niebla. As Hidroelectricas do xingu e os povos onígenas.

El otro derecho, núm. 5. Bogotá, Colombia, 1990.

SUMARIO: Debates: El poder judicial frente a los conflictos colectivos, José Eduardo Faria. Acerca de la crítica jurídica, Óscar Correas. Descongelando la realidad legal: una aproximación crítica al derecho, Robert W. Gordon. Reflexiones: Marginados y conflicto social, Guillermo A. Villegas. Reseñas: Marginados y conflicto social. El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. El derecho sin máscaras.

El otro derecho, núm. 6. Bogotá, Colombia, 1990.

SUMARIO: Presentación: Derecho insurgente. El derecho de los oprimidos, Daniel Rocha. Debates: Los pobres y el uso del derecho, Jesús Antonio de la Torre Rangel. Derecho insurgente: el derecho de los oprimidos, Miguel Pressburguer. El derecho encontrado en la lucha, Osvaldo de Alencar Rocha. El Perú entre dos senderos, Carlos J. Chopoco. La producción social del derecho, Eduardo Rodríguez M. Reflexiones: La negociación de Urabá una experiencia nueva en la contratación colectiva industrial, Julio Enrique Soler Barón. Reseñas: El camino de la niebla. Legislación y salud mental.

El otro derecho, núm. 7. Bogotá, Colombia 1991.

SUMARIO: Debates: Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho, Mauricio García. Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas, Antonio Carlos Wolkmer. La justicia es palos de ruana (I), Leopoldo Múnera Ruiz. Conocimientos, moralidad y esperanza: el pensamiento social de Chomsky, Joshua Cohen y Joel Rogers. Reflexiones: Tierras de negro, tierras e santo, tierras de indio, Alfredo Wagner Berno de Almeida. Reseñas: Sistema judicial y derechos humanos en Colombia. Espacios internacionales para la justicia colombiana. Ejecuciones arbitrarias en Colombia.

El otro derecho, núm. 8. Bogotá, Colombia 1991.

SUMARIO: Debates: El principio de igualdad ante la ley, Alda Facio. Derechos reproductivos como derechos de las mujeres, Sonia Correa. La convención de la ONU y la mujer, María Isabel Plata. La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Su implementación y uso alternativo en el Paraguay, Esther Prieto, Gloria Rubín y Pelusa Elizeche. Programa derechos de la mujer. La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el ordenamiento jurídico peruano, Silvia Loli E. — Gladys Acosta V. La convención como instrumento jurídico en la despenalización del aborto por violación: posibilidades, Violeta Bermúdez Valdivia. Reflexiones: La convención como un arma para la defensa de nuestra imagen en la publicidad, Rossana Favero Gómez. Experiencias: Corporación Casa de la Mujer. Experiencia legal en el proyecto Casa de la Mujer. Colectivo Casa de la Mujer. Balance de la relación de la mujer con el Estado brasileño (1988-1990): el caso del Consejo Nacional de los Derechos de la Mujer, CNDM, Sonia Wright. Balance de una experiencia: atención integral a la mujer en la casa de la mujer de Maracaibo, Beatriz Borjas. Notas acerca de un proceso de educación popular para los derechos de la mujer preparado por Maoma Viezer. Presentado por

Sussana Kaickman. Informe de acciones a partir de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Silvia Loli, Gladys Acosta. Reseñas: A propósito de Virginia Wolf. El sexo inútil. Viaje en torno a la mujer.

El otro derecho, núm. 9. Bogotá, Colombia, 1991.

SUMARIO: debates: Desarrollo económico, deuda y derechos humanos: Un desarrollo sostenible para África?, Sigrun I. Skogly. I. Agencias de desarrollo internacional, derechos humanos y proyectos de desarrollo humano, James C. N. Paul. La acción jurídica radical. Aporte al trabajo jurídico popular de América Latina en los 90, Edgar Ardila A. Raza, nacionalismo y persistencia del sufrimiento: El uso americano del concepto «raza» desanima los reclamos de grupos subordinados, Williamson B. C. Chang. Reflexiones: La muerte viaja en patrullero, Laura Gingold. Reseñas: Cocaína and Co., un mercado ilegal por dentro.

El otro derecho, núm. 10. Bogotá Colombia, 1992.

SUMARIO: Debates. Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión «uso alternativo del derecho»? Roberto Bergali. La ocupación de inmuebles ¿delito o derecho? El delito de invasión/el derecho de posesión, Germás Silva. II. Agencias de desarrollo internacional, derechos humanos y proyectos de desarrollo humano, James C. N. Paul. Indicios: Hacia una nueva racionalidad jurídica en el derecho colectivo del trabajo, Óscar José, Dueñas Ruiz. Derechos humanos y trabajo internacional. A propósito de la Subcomisión de la Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Germán Palacio. Reseñas: Justicia Inasequible. Programa de la Administración de justicia de los Estados Unidos de Latinoamérica.

El otro derecho, Bogotá, Colombia, 1988.

SUMARIO: Debates: Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina, primera parte, Fernando Rojas Hurtado. Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho, Manuel Jaques. Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho, Jesús Antonio Muñoz Gómez. Derechos humanos, calidad de vida y protección del ambiente, Imelda Gutiérrez Correal. Reflexiones. Comunidad campesina y servicios jurídicos (descripción y análisis de una experiencia en una región de Colombia), Pablo Emilio Angarita. Colombia: Campesinos por la tierra toca tener fuerza, Edgar Ardila. Reseñas: Los abogados y la democracia en

América Latina. Informe al Congreso sobre los sucesos de los penales por nuestra igualdad ante la Ley.

Mientras tanto, núm. 29. Publicaciones de Ciencias Sociales, Barcelona, España.

SUMARIO: Notas editoriales: el insumio y el ministro. Las amenazas a los derechos laborales. ¿Ahora todos somos ecologistas? Respuestas al cambio climático por Juan Carlos Rodríguez Murillo (AEDENAT). Esbozo de una sociedad ecológicamente compatible por Lester R. Brown, Christopher Flavin y Sandra Postel. Tasas de impuestos verdes: una herramienta de política ecológica por Jorge Riechman. España: la inmigración inesperada por Antonio Izquierdo Escribano. Expansión exterior y deterioro interno: la dialéctica del poder mundial de los Estados Unidos por James Petras. Documentos: salvemos al planeta. Correo de lectores. Poesía practicable: ocho poemas entrometidos por Fernando Beltrán.

Nombres año 1, núm. 1. Córdoba, Argentina, diciembre de 1991. Publicación del Crea del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades.

SUMARIO: Del «peligro» y lo que salva: Óscar del Barco; Notas sobre lo judicial y lo punitivo: Gustavo Cosacov; Michel Foucault, en torno a una noción de poder: Carlos Longhini; Postmodernidad: débil utopía tecnológica: Héctor Schmucler; Nietzsche: Nietzsche y Wittgenstein: una comparación: Carolina Scotto; Algunos procedimientos críticos de la representación en los escritos póstumos de Nietzsche: Diego Tatián; La «inversión del platonismo» y el perspectivismo: Sergio Sánchez; Textos: Carta sobre Rimbaud: Martín Heidegger; Apuntes del taller (1959): Martín Heidegger; Dossier: la música: Amar a Schuman: Roland Barthes; La música: libertad en el tiempo, libertad del tiempo: Georges Steiner; Devenir música: Gilles Deleuze. El futuro de la música: Jhon Cage. Lecturas: ¿por qué filosofar?: Jean-Francoise Lyotard; El libro de nuestra crisis: Giorgio Colli.

Notas preliminares, núm. 47. Publicación bimestral de Ciencias Sociales, Barcelona España.

SUMARIO: Algunas acotaciones al debate sobre proyectos económicos alternativos por Albert Recio. Autorretratos del pintor en soledad por Josep Torrell. Una lectura de «Americanismo y fordismo» de Gramsci por Juan Ramón Capella. Energías sucias, energías limpias por Eric Tello. Reseñas: El penúltimo catecismo conservador por Aurelio Arteta. El proyecto de

Gramsci por Juan Carlos González. Problemas de legitimación en el estado social por Antonio Giménez Merino. Documentos: Declaración de México. II Encuentro de movimientos y partidos políticos del foro de São Paulo. Poesía practicable. Cinco poemas por Gonzalo Rojas.

Notas preliminares núm. 48. Publicación bimestral de Ciencias Sociales, Barcelona España.

SUMARIO: Construimos como sujeto, construimos en medida del mundo por Grupo Giulia Adinolfi. Reflexiones sobre el movimiento feminista de los años 80-90 por Montserrat Cervera, María Morón, Carmela Pérez, M. Jesús Pinto, El Safareig. Referencia sexual y representación por Claudia Mancina. Hongos Hobbesianos, setas venenosas por Celia Amorós. Liberación del consumo, o politización de la vida cotidiana por María Mies. ¿Es el sexo para el género como la raza para la eternidad? por Verena Stolcke. La globalización de la economía y el trabajo de las mujeres por Lourdes Benería. Mirada prohibida, sonido segado por Assia Adinolfi. Apuntes sobre la historia de las mujeres por Giulia Adinolfi. Documentos: Intervención de Vandana Shiva en la IV Feria del Libro Feminista. Alternativas de sociedad como respuesta a la crisis ecológica. Poesía practicable por Teresa Agustín. Correo de lectores. El extremista discreto, si eres vasco, nunca dejes atún fresco en el coche.