

---

# Crítica Jurídica

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

ISSN 0188-3968

16

1995



---

Presentación

---

TEORÍA

---

- |                                |  |
|--------------------------------|--|
| <i>Mauricio Beuchot</i>        | — La persona y la subjetividad en la filología y la filosofía  |
| <i>Enrique Cáceres Nieto</i>   | — Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa   |
| <i>Wanda de Lemos Capeller</i> | — França: “guerra às drogas” ou construção de uma “cultura anti-drogas”?   |
| <i>Rogério Viola Coelho</i>    | — O mito do grande oráculo   |
| <i>Óscar Correas</i>           | — Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia   |
| <i>Carlos Miguel Herrera</i>   | — La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución  |
| <i>Carlos A. Lista</i>         | — La subjetividad del actor social en la construcción del orden socio jurídico: aportes para la discusión                          |
| <i>José Manuel Martínez</i>    | — Subjetividad y derecho público: legitimación representativa y legitimación sustantiva en la larga transición hacia la democracia |
| <i>Arturo Rico Bovio</i>       | — Variaciones sobre el sujeto corporal del derecho   |
-

# CRÍTICA JURÍDICA

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

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. Cuidado de la edición: Maricela Martínez Durán; formación en computadora: María Bono López

**Primera edición: 1996**

**DR © 1996. 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 Bensusán  
Héctor Cuadra  
Jesús Antonio de la Torre Rangel  
Marcos Kaplan  
Jorge Luis Ibarra Mendivil  
José Emilio Rolando Ordóñez  
Manuel Ovilla Mandujano  
Adolfo Sánchez Pereira  
José Luis Soberanes  
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 Jeammaud (Saint Etienne)  
Boaventura de Sousa Santos (Coimbra)

## DIRECCIÓN TÉCNICA

Raúl Márquez Romero

## ÍNDICE

A nuestros lectores . . . . .	11
Presentación . . . . .	13
Óscar CORREAS	

## TEORÍA

La persona y la subjetividad en la filología y la filosofía . . . . .	17
Mauricio BEUCHOT	
Pasos hacia una teoría jurídica comunicativa . . . . .	27
Enrique CÁCERES NIETO	
França: “guerra às drogas” ou construção de uma “cultura anti-drogas”?	53
Wanda de LEMOS CAPELLER	
O mito do grande oráculo . . . . .	67
Rogério Viola COELHO	
Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia . . . . .	99
Óscar CORREAS	
La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución	113
Carlos Miguel HERRERA	
La subjetividad del actor social en la construcción del orden socio- jurídico: aportes para la discusión . . . . .	149
Carlos A. LISTA	

Subjetividad y derecho público: legitimación representativa y legitimación sustantiva en la larga transición hacia la democracia . . . . . 181  
 José Manuel MARTÍNEZ

Variaciones sobre el sujeto corporal del derecho . . . . . 213  
 Arturo RICO BOVIO

### ANÁLISIS

La nueva normatividad agraria o el regreso enmascarado de Pedro Páramo . . . . . 225  
 Arturo BERUMEN CAMPOS

Sobrelegalización, desjuridificación, sobreorganización en el estado de California . . . . . 257  
 Pompeu CASANOVAS I ROMEU

Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos . . . . . 269  
 Jorge Alberto CABRERA MEDAGLIA

### METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Epistemología e historia en la concepción neokantiana . . . . . 297  
 Carlos MALLORQUÍN

Exploración de supuestos y criterios de racionalidad en la teoría social empírica y normativa . . . . . 319  
 Claudio E. MARTYNIUK

### DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos en el Perú: 1980-1994 . . . . . 335  
 Jorge LORA CAM

### BIBLIOGRAFÍA Y NOTICIAS

#### *Entrevista*

El pensamiento económico Latinoamericano: entrevista a Celso Furtado (Río de Janeiro, 26 de abril de 1994) . . . . . 375  
 Carlos MALLORQUÍN

*Reseñas*

Obras de Raúl Prebish . . . . .	395
Carlos MALLORQUÍN	

*Hemos recibido*

Libros . . . . .	401
Revistas . . . . .	403

*Crítica Jurídica*, núm. 16, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 31 de enero de 1996 en IMPRESOS CHÁVEZ, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kg. para las páginas interiores y cartulina bristol de 80 kg. para los forros.  
La edición consta de 1,000 ejemplares.



## A NUESTROS LECTORES

*Crítica Jurídica* ofrece canje con publicaciones de filosofía, política y derecho, de cualquier parte del mundo. Solicitamos a todos nuestros amigos, nos ayuden a aumentar la red de instituciones y publicaciones con quienes tenemos contacto. También queremos, cuando no podemos establecer canjes, porque alguna institución no dispone de publicaciones para ello, ofrecer la suscripción anual a la revista, por el precio de 20 dólares. El ejemplar suelto, por su parte, cuesta 15 dólares. Para compras y suscripciones, es necesario dirigirse, o a nuestra dirección, o directamente al Departamento de Distribución del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad Universitaria, 04510, México D.F. Nuestro fax es (5) 622.7468.

Ofrecemos también, vía INTERNET, copias de los artículos de *Crítica Jurídica* que fueren del interés de nuestros amigos.

Por último, les invitamos a colaborar en la revista. Todo artículo es sometido a dictamen del Consejo Editorial, y debe ser remitido juntamente con el diskette respectivo, procesado en *Word* o *WordPerfect*, sin ningún formato. Además, debe agregarse un resumen en castellano o portugués, y un *abstract* de inglés. Las normas sobre citas, son las que acostumbra la revista. Esperamos ayuda y colaboración.

La Dirección

## PRESENTACIÓN

En este número de *Crítica Jurídica* presentamos algunos de los trabajos expuestos en el Coloquio Internacional de Sociología Jurídica que tuvo lugar en el mes de marzo de 1994 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Durante este coloquio tuvo lugar la primera sesión del grupo de trabajo permanente “Derecho y Política” del Comité para la Investigación en Sociología Jurídica, comité que forma parte de la Asociación Internacional de Sociología. El grupo sesionaría aún dos veces más después de su reunión en México: en Oñati, los días 14 y 15 de julio, y en Bielefeld, entre los días 18 al 22 de julio, en ocasión del Congreso Mundial de Sociología de la organización principal, esto es, la Asociación Internacional de Sociología. *Crítica Jurídica* seguirá presentando en sus próximos números los trabajos del grupo. Como se recordará por información que hemos incluido en números anteriores, esta revista se constituyó como lugar apropiado para la publicación de los trabajos del grupo “Derecho y Política”. El tema del grupo durante este año fue “subjetividad y derecho”, que intentamos abordarlo desde distintos ángulos, lo que explica que incluyamos un estudio filológico de la persona y la subjetividad.

Presentamos también algunos autores que no nos habían visitado aún, a quienes damos la bienvenida.

En los momentos de entregar a las prensas este número, con mucho atraso, como tantas otras veces, América Latina enfrenta los graves problemas a que han sido arrojados sus países por el neoliberalismo recomendado por las potencias internacionales, y aplicado con singular prolijidad por nuestros gobiernos. El desempleo, la corrupción, y el aún mayor empobrecimiento de las masas, que, por lo demás, tampoco nunca habían sido bendecidas por el capitalismo, son las secuelas a las que nos enfrentamos. El derecho ha sido, en todos los casos, instrumento idóneo para justificar

esta política económica cruel y fría. *Crítica Jurídica* tratará de presentar análisis políticos y jurídicos —un ejemplo está incorporado en este número— sobre estos fenómenos en los que tanto han tenido que ver los juristas. Invitamos a nuestros amigos a participar en la revista, especialmente con trabajos dedicados a este panorama latinoamericano, que se antoja desolador.

ÓSCAR CORREAS

## LA PERSONA Y LA SUBJETIVIDAD EN LA FILOLOGÍA Y LA FILOSOFÍA

Mauricio BEUCHOT<sup>1</sup>

Es sabido que el nombre griego para “persona” era *prósopon*. En un principio significó “máscara”, es decir, las máscaras que usaban los actores en el teatro; después se le dio el sentido del papel que juega el personaje en la representación escénica, y de ahí pasó a significar la función del individuo en la sociedad; pero no llegó a designar al individuo mismo. La palabra griega *prósopon* fue traducida al latín como «persona», y designa también la máscara que usa el actor para realzar su voz (*per-sonare*, resonar) y resaltar los gestos que debe hacer.

Modernamente se dice que ‘persona’ es de origen etrusco. En Tarquinia se descubrió una tumba —de unos 500 años antes de Cristo— decorada con frescos. Ahí aparece tres veces la palabra ‘phersu’. El fresco del muro principal tiene un personaje con máscara —¿phersu?— y con un gorro puntiagudo. Cerca de su cara está la palabra ‘phersu’. En la mano tiene un látigo enroscado en el cuerpo de otro personaje tendido a sus pies y cubierto con un saco, y un perro que le muerde. ‘Phersu’ aparece dos veces en otros frescos con el mismo personaje que danza. Las tres veces la palabra está cerca de la cabeza del personaje. ¿Qué significa esa palabra en la tumba? Puede significar la máscara o el danzante o el nombre del personaje. Puede tener relación con Perseo, el mitológico esposo infernal de Perséfone. En las fiestas de Perséfone usaban máscaras, como los griegos en las bacanales de Dionisio. De cualquier modo, de ‘*phersu*’ se formaría ‘*phersuna*’ y de ésta ‘persona’ en latín.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM

<sup>2</sup> Sanabria, J.R., *Filosofía del hombre (antropología filosófica)*, México, Porrúa, 1987, p. 238.

Varios autores dicen que en el mundo antiguo, grecorromano, no existió la noción de persona, es decir, ese sentido de la subjetividad humana, sino que surgió con el cristianismo.

Sin embargo, según Rodolfo Mondolfo, esto ha sido inventado por pensadores espiritualistas y neohegelianos, y no afirmado por Hegel mismo. Aquéllos han sostenido que los griegos y los romanos no tuvieron sentido de la subjetividad humana, del hombre como sujeto. Mas, para combatir o, por lo menos, mitigar esa idea, Mondolfo presenta varios ejemplos de toma de conciencia, en el mundo griego y el romano, de esa subjetividad. Son la subjetividad epistemológica o gnoseológica y la subjetividad moral. Uno diría que quiere imputarles a los griegos las mismas coordenadas que configuraron la subjetividad para los modernos, nada menos que el yo cognoscitivo o el *ego cogitans* y el yo moral, lo que ahora tanto se esgrime entre los postmodernos como opuesto precisamente al yo cognoscitivo moderno, y que suele denominarse “sujeto moral”, en contraposición con aquél.<sup>3</sup>

Por ejemplo, en cuanto al reconocimiento o presencia de la subjetividad gnoseológica en Grecia, Mondolfo comienza hablando de los filósofos que pusieron la concebibilidad como criterio de la realidad o la verdad, esto es, algo tan subjetivo que ya oscila entre el conceptualismo y el idealismo. Centran el conocimiento en la subjetividad, como lo concebible, los jonios, Parménides y su escuela, los pitagóricos, los atomistas, Epicuro, los estoicos y algunos escépticos. Por otra parte, como un signo más de vigencia del sujeto, hubo los que introducían la voluntad como condición del conocimiento y tenían una concepción activista —y no meramente pasiva— del proceso del conocimiento. En esta línea estuvieron Jenófanes, Sócrates, Platón y Plotino. El carácter constructivo del conocimiento, muy claro en Plotino, más allá del propio Aristóteles, que insistía en la pasividad como condición del realismo, fue algo decisivo en la constitución de la subjetividad. Mientras más activo se considera el intelecto, más se aleja uno del objetivismo. También encuentra Mondolfo fenomenismo y relativismo en los griegos, que —junto con el idealismo— son ya la eclosión del subjetivismo, por ejemplo en Empédocles, Anaxágoras, los sofistas y los cirenaicos. Sobre todo Protágoras y Gorgias, con el hombre como medida de todas las cosas, muestran ese centramiento en el sujeto, o la persona humana como

<sup>3</sup> Cfr. Mondolfo, R., *La comprensión del sujeto humano en la cultura antigua*, Buenos Aires, Imán, 1955, pp. 47 y ss.

punto de referencia. Igualmente la actividad sintética del sujeto como factor del conocimiento se ve en Platón, Aristóteles, los estoicos y Plotino. Mondolfo llega a ver en el tan objetivista y realista Aristóteles rasgos de lo que después será en Descartes el *cogito, ergo sum*.<sup>4</sup>

Pero más interesante aún es la subjetividad moral, que Mondolfo rastrea a través de la conciencia de la culpa y de la falta, en la época griega y romana. Ciertamente acepta un profundo carácter objetivista en dicha ética, en el sentido de que mucho del bien moral dependía del conocimiento, como insistía Sócrates; pero también, Mondolfo resalta la presencia de una conciencia del pecado y una conciencia moral y una ley interior en el orfismo, el pitagorismo, en Demócrito, Sócrates, Platón y Aristóteles. Se dan exigencias de purificación, se temen los castigos de ultratumba y hay inclusive cierta idea de confesión de los pecados. Y pasa a los romanos en este recorrido. En Séneca llega a ver rasgos muy cercanos al cristianismo, como la ley del amor y la concepción de un Dios de bondad.<sup>5</sup> El estoicismo añade la obligación de formar el carácter y la voluntad, y hasta introduce valores como la caridad y la humildad, que se han creído privativos del mundo cristiano.

Por eso hay que matizar la atribución del objetivismo a los antiguos, y, aun cuando por el fatalismo y la dependencia del destino que tenían muy arraigada, no llegaron a una valoración completa de la libertad del hombre, con todo, hubo en ellos algún reconocimiento de ella, sin la cual no se puede hablar de responsabilidad moral merecedora de premios o castigos en la otra vida. Por supuesto que no se extendió a todos los pensadores esta conciencia, sino que, como decimos, se puede encontrar en algunos de esos pensadores griegos y romanos, como los que Mondolfo ha señalado. Es muy fuerte el fatalismo de griegos y romanos, y la libertad se ve menoscabada en mucho si se considera tal dependencia con respecto del destino, por más que se encuentren en ellos ideas de pecado y de conciencia. Y hasta puede verse que, más que la subjetividad intelectual, gnoseológica, la que menos cuenta tuvieron los antiguos —y es la que nos parece más importante— es la subjetividad volitiva, libre, la que permite actuar, la que es fuente y asiento de derechos.

En ese sentido se ve que todavía en el mundo antiguo la conciencia de la subjetividad se inclina al lado del conocimiento, por eso predomina el

4 Cfr. *ibidem*, pp. 294, ss.

5 *Ibidem*, pp. 437 ss.

objetivismo. El constructivismo del sujeto no se asume tanto como en el racionalismo moderno, en el que ya el individuo cognoscente se construye con una singular independencia el conocimiento dentro de su mente —al nivel de la ideación, no de la inferencia—, lo cual llevará hasta el idealismo. Pero, tanto en el plano cognoscitivo como en el plano moral, no se llega aún completamente a la noción de persona como individuo racional y volitivo autoposeído.<sup>6</sup> Por ejemplo, en Cicerón persona, aunque ya no tiene el sentido de máscara, tiene el de personaje y el de función: “Yo solo, con gran equidad de ánimo, desempeño tres personas [es decir, funciones]: la mía, la del adversario y la del juez”.<sup>7</sup> Se ha dicho a veces que Séneca usó por primera vez la palabra persona en sentido filosófico como hoy, pero no es verdad, sigue siendo la máscara, como se ve en este texto suyo: “Prefiere tener la persona [esto es, la máscara] que el rostro”.<sup>8</sup> Tampoco existían otras palabras que significaran lo que ahora significamos con el vocablo “persona”.

En la filosofía pagana, pues, la especulación sobre el hombre se queda más en la naturaleza, se le ve como objeto entre los objetos. Ciertamente ya hay reflexión gnoseológica y despuntes de subjetividad moral a nivel consciente, pero todavía se resalta más lo universal, el grupo. La balanza se inclina hacia la esencia, más que hacia la existencia. El hombre existente, individual, personal —a pesar de los llamados de Sócrates— se ve más bien como prisionero en la necesidad del destino, su libertad está restringida y se le subsume bajo la sombra y la tutela de la esencia o naturaleza humana. Mucho tuvo que ver el que los griegos y romanos vieran el origen del hombre en la generación y no en la creación.

Según Saturnino Álvarez Turienzo, la noción de persona propiamente tal es cristiana —sin negar sus antecedentes no cristianos—. “Y ello porque el cristianismo pone como principio absoluto de lo que hay lo personal: no un ‘algo’, sino un ‘alguien’. Para la *Weltanschauung* cristiana el principio del universo es Dios”.<sup>9</sup> Es decir, es alguien personal, con quien se tiene una relación personal; no en balde también se dice que con el cristianismo

<sup>6</sup> También habrá un constructivismo moral moderno, que, según veremos, tiene sus riesgos y problemas.

<sup>7</sup> *De oratore*, II, 102, “tres personas unus solus sustineo summa animi aequitate, meam, adversarii, iudicis”.

<sup>8</sup> *De benef.*, II, 13, 2, “Malit habere personam quam faciem”.

<sup>9</sup> Álvarez Turienzo, “El Cristianismo y la formación del concepto de persona”, *Homenaje a Xavier Zubiri*, Madrid, Moneda y Crédito, 1970, t. I, p. 51.

cambia radicalmente la noción de la historia. Ya no la historia como fatídica y hasta circular, sino una historia de la salvación. Tanto del pueblo o iglesia como del individuo concreto, de la persona existente, que apuesta su existencia a Dios, para ser salvada por Él. Además, el hombre fue hecho a imagen de Dios, y, si Dios es personal, el hombre es personal también.

Una de las pruebas de este cambio es la lucha que sostuvieron los primeros padres de la iglesia con los gnósticos, quienes pugnaban por volver al naturalismo grecorromano o helenístico, lo cual encontró una sensibilidad diferente en los primeros escritores cristianos y recibió de ellos su rechazo. Es significativo el título de la obra de uno de esos primeros teólogos, Taciano, cuyo libro se llama *Oratio adversus graecos* (MG 6, 803-888), un discurso en griego contra los griegos, por percibirse de que sus creencias eran en su mayoría irreconciliables con las cristianas.<sup>10</sup> También se opone a ellos Tertuliano, San Irineo los combatirá en los gnósticos; en cambio, San Justino adoptará una postura más moderada y aceptadora en relación con ellos, que será la que prevalecerá.

Mucho de la concepción cristiana de la persona se obtendrá por analogía con el Dios personal, y los atributos que se encuentran en las personas de la Trinidad, y también en el problema de la persona de Cristo, con su doble naturaleza humana y divina. La especulación teológica sobre la Santísima Trinidad y la Encarnación revertirán en benéficas lecciones para la filosofía de la persona. Uno de esos teólogos es San Agustín, sobre todo porque no se cierra en un egoísmo personal monológico, sino que busca el diálogo con el tú, principalmente con el Tú de Dios, como se ve en las *Confesiones*.

Al no dejarse la persona reducir a cosa, comprenderla en su verdadero ser de principio, supone situarse en el terreno de los principios, que es el terreno metafísico o teológico. En el terreno metafísico se la concebirá como aquella forma de ser que se explica por sí misma, que se determina a sí misma y responde por sí misma; la realidad que tiene consistencia independiente y es principio y fin de su ser y de su obrar; que posee su ser, es fuente de su obrar y encuentra en sí su razón de existencia. En el terreno teológico, comprendido el mundo como creación, su principio es el Creador, del cual, responsablemente, es decir a título de decisión personal, procede. Ese proceso personal no es reducible al cosmológico-natural. La criatura, frente al *natum* —de natura— dado en términos de necesidad, es un *factum*, que requiere el principio de la libertad. De modo que creacionismo y naturalismo son dos concepciones de la realidad que se

10 Cfr. Cayré, F., *Patrologie et histoire de la théologie*, Paris, Desclée, 1938, t. I, pp. 124-125.



excluyen. El hombre, criatura personal, en cuanto persona, es principio de ser y de obrar según las determinaciones indicadas. En cuanto criatura, realiza esas determinaciones dependientemente, por cuanto lo que tiene lo debe.<sup>11</sup>

En las discusiones acerca de estos temas teológicos, se peleó mucho entre ortodoxos y heterodoxos sobre los términos que había que usar, porque en la gramática no existía el término ni en la metafísica el concepto que rindiera cuenta del contenido tan rico de la realidad personal. Así, entre los teólogos griegos se debatieron los términos *ousía*, *hypóstasis* y *prósopon*, y entre los latinos, *essentia*, *substantia*, persona, y aun *subsistentia* y *suppositum*. En la teología cristiana, primero hubo la idea, y después las palabras, para optar por la más adecuada según su campo semántico.

Orígenes contraponía *ousía* a *hypóstasis*, San Basilio comienza a perfilar la expresión de una *ousía* y tres *hypóstasis* para la Trinidad (Epist. 236, 6; PG 37, 884). *Prósopon* tuvo menos incidencia, pero se halla, por ejemplo, en San Gregorio Nacianceno en el siglo IV (*Orat.* 21, 35; PG 35, 1124-5). San Gregorio de Nisa atribuye a la persona la independencia, la espontaneidad y la libertad (PG 44, 38). San Juan Crisóstomo emplea *hypóstasis* como substancia individual y *prósopon* como el ser por sí (*Dialect.*, 66; PG 94, 669). Aunque, en el ámbito latino, San Jerónimo desconfiaba de tomar *hypóstasis* para traducirlo como persona, que era el término que le interesaba (Epist. 15, 22).

En cambio, en latín, persona fue el término que se sancionó; pero pasaba a significar algo distinto, a saber, una substancia, como se ve ya en Tertuliano (*Adv. Prax.*, 12). San Agustín acepta el vocablo, aunque todavía con cierta vacilación (*De Trin.*, VII, 6, 11-12) y llega a dudar de hacer equivalente persona a substancia: “No nos atrevemos a decir una esencia y tres substancias, sino una esencia o substancia, pero tres personas” (“*non audemus dicere unam esseentiam, tres substantias; sed unam essentiam vel substantiam, tres autem personas*” Epist. 24, 13). El que más lo usa es Boecio, en su obra *De duabus naturis et una persona Christi*. Mario Victorino traduce hipóstasis por subsistentia. Y el propio Boecio, aunque conoce ese término de subsistencia, prefiere el de persona, en el sentido de substantia, ya que le parece que subsistentia dice algo todavía universal, mientras que persona dice algo individual (*De duabus naturis...*, c. 4; PL 54, 1345 y en *De Trin.*, IV, 20). Es famosa la definición de Boecio:

11 Álvarez Turienzo, S., *op. cit. supra*, nota 9, p. 56.

“substancia individual de naturaleza racional” (“*naturae rationalis individua substantia*”, *De duabus naturis*, c. 3; PL 64, 134, 3C).

Eso fue en los siglos IV y V. Después de mucho tiempo, ya en el siglo XII, Gilberto de la Porrée vuelve a la explicación de Boecio, y recoge el sentido de persona como ser completo, independiente e intransferible (*In Boethii De Duabus nat.*, c. 3; PL 64, 1374-6); por eso le gustaba la etimología de *persona* como *per se una*. Por su parte, en ese mismo siglo XII, Ricardo de San Víctor modifica la definición de Boecio, y se pone más en la línea de San Agustín, dice: “existencia individual de naturaleza racional” (*De Trin.*, IV, 23; PL 196, 946A), ya que para él *existentia* tiene la connotación de incomunicable a otro y, por lo tanto, única e irrepetible. En el siglo XIII, Tomás de Aquino recogerá la definición de Boecio, de abolengo aristotélico (*Sum. Theol.*, I, q. 29, aa. 1 y 3). En cambio, Juan Duns Escoto resaltaré la de Ricardo de San Víctor, de raigambre platónico agustiniana, como la soledad y la independencia (*solitudo o negatio dependentiae*, ver. *Op. Ox.*, III, d. 2, q. 1).

En el Renacimiento la palabra “persona” tuvo una alta connotación de dignidad, como era la dignidad del hombre que tanto fue cantada y estudiada por pensadores de esa época. Eso llega a los filósofos-teólogos salmantinos, como Vitoria, Las Casas y Báñez, que recogen esa idea de subjetividad actuante y moral engrandecida por la alta dignidad humana en la jerarquía de las criaturas, todo eso se le da por su ser o existencia, que está llamado a realizar el pensamiento y la voluntad, se centra en el modo de ser o existencia. Por otra parte, en la Reforma protestante, sobre todo en sus líneas más puritanas, se realza más esa conciencia de la subjetividad moral. Pero es también por este tiempo, singularmente por la misma Reforma protestante y por reacción a ella, en lo que se llamó Contrarreforma, cuando surge la idea de persona de Suárez, en la línea de los demás salmantinos, en concreto por la influencia de Báñez y del dominico francés Capreolo,<sup>12</sup> como aquello que es preponderantemente existencia, esse o ser. Se da ya aquí la sensibilización de la persona primordialmente como sujeto vivo y actuante, principalmente moral, que es la tónica que da la escolástica a la subjetividad. Por ello, con la escolástica a la subjetividad. Por ello, con la escolástica renacentista o segunda escolástica, sobre todo la de Salamanca,

<sup>12</sup> Cfr. U. degl'Innocenti, “Suarez pro Capreolo in quaestione de persona”, *Il problema della persona nel pensiero di S. Tommaso*, Roma, Libreria Editrice della Pontificia Università Lateranense, 1967, pp. 119-121

y concretamente en Suárez, se tiene ya el despunte de la noción moderna de persona y de subjetividad, es decir, el ser humano como sujeto cognoscitivo y, sobre todo, moral. La modernidad, aunque con tonos diferentes, no tendrá más que recoger y desarrollar (tal vez con exceso) esa idea de la persona y de la subjetividad que surge en la Escuela de Salamanca en el siglo XVI, sobre todo frente a las atrocidades que se cometían en la conquista de América.

En la Edad Moderna, pues, se resalta más el aspecto gnoseológico de la persona, al menos al principio; en efecto, Descartes pone a la persona en función del pensamiento, en la substancia pensante, la *res cogitans*, centrada en el pensamiento de sí, esto es, en la autoconciencia. Es una agudización del sujeto, pero sobre todo como sujeto cognoscitivo, en lugar de como sujeto moral, que era la tónica en la época anterior, sobre todo en la escolástica. Identificada por Descartes la persona con el pensamiento, es identificada por Locke con ese flujo de memoria del pensamiento mismo: la persona es “un ser inteligente pensante, dotado de razón y reflexión y que puede considerarse a sí mismo como el mismo, la misma cosa pensante en diferentes tiempos y lugares”.<sup>13</sup> Christian Wolff, un poco después, dice que “se llama persona al ente que conserva la memoria de sí, es decir, recuerda que él es aquel mismo ente que antes estuvo en este o en aquel estado”.<sup>14</sup> Es quizá Hume el que insiste más en la persona como sujeto volitivo, más que cognoscitivo, ya que ve que la inteligencia y la voluntad no siempre concuerdan, es más, se oponen, y siempre gana la voluntad (o incluso la pasión) a la inteligencia. Immanuel Kant resalta el carácter axiológico y moral de la persona. Las personas son seres racionales, y esa naturaleza racional los hace ser fines en sí mismos, nunca medios.<sup>15</sup>

Como conclusión de nuestro extenso recorrido por la noción de persona o de sujeto humano, llegamos a la percepción de que la persona, al ser substancia de naturaleza racional y volitiva, tiene en gran dignidad, la más excelente que se da en la creación. Se sigue además que, por ser ontológicamente completa e incomunicable, es *sui juris*, esto es, tiene un ser y una operación propios, independientes. Tiene perfecto dominio de sus actos, regida por su inteligencia y su voluntad, por lo que es consciente y libre.

<sup>13</sup> Locke, J., *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford, A. C. Fraser, 1894, vol. II, 27, 11.

<sup>14</sup> Wolff, Ch., *Psychologia rationalis*, Verona, 1779, par. 741, p. 342.

<sup>15</sup> Cfr. Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlín, Acad. de Berlín, 17, p. 429.

Realiza sus actos, incluso los necesarios, bajo el dictamen de la razón. También se sigue que la persona, por ser consciente y responsable, es sujeto de derechos y deberes. El derecho es la potestad de hacer u omitir algo, y, por lo mismo que la persona tiene dominio de sus actos, goza de la potestad —física y moral— de hacer u omitir ciertas cosas. Sobre todo en aquellas cosas que le son necesarias para realizar su propia naturaleza como finalidad. Mas, ya que requiere de ciertas cosas, a pesar de ser ontológicamente autónoma, tiene cierta dependencia social, y por ello tiene deberes, que son obligaciones en un ser dependiente que conoce y reconoce su dependencia. Y lo principal del hombre es que, a pesar de esa dependencia de los demás, tiene la capacidad de llegar conscientemente a su propio fin, que es su felicidad, y es para lo que más tiene derechos, sobre todo esos derechos que llamamos en la actualidad derechos humanos. Estos derechos —al menos así los ha considerado toda una tradición— son derechos radicados en la misma estructura ontológica de la persona. Son derechos humanos en el sentido de que brotan de la dignidad racional y volitiva del hombre. Se podrá protegerlos mediante la positivación, pero la idea era que su vigencia no dependía de ella, estaba más allá, en una fundamentación ontológica, que se manifestaba en la antropología filosófica y repercutía hasta en la ética misma. Aun cuando no tuvieran positivación jurídica, tendrían la obligatoriedad de la ley moral, la que les confiere la ética, la conciencia del hombre, a la que se dirige propiamente el filósofo en todas las etapas de la historia.

## PASOS HACIA UNA TEORÍA JURÍDICA COMUNICATIVA

Enrique CÁCERES NIETO<sup>1</sup>

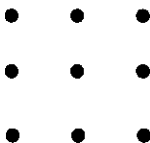
SUMARIO: I. *Presupuestos teóricos*. II. *Hacia una teoría jurídica comunicativa*. III. *Consideraciones finales*.

### I. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

#### 1. *Premisas epistemológicas y cambio de concepción*

Comencemos con un juego:

Observe el lector los siguientes puntos y conéctelos entre sí mediante cuatro líneas rectas sin separar el bolígrafo del papel:



Desde hace un par de años he usado este viejo juego en mis clases doctorales de metodología de la investigación jurídica y de filosofía del derecho y he comprobado siempre la misma reacción entre mis alumnos: quienes no conocen la solución del problema intentan unir las líneas de tal suerte que el resultado final sea el trazo de un cuadrado.

Lo que busco con esto es comunicar a mis alumnos directamente y verificar “empíricamente” el siguiente conjunto de enunciados:

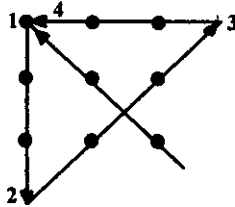
<sup>1</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos.

1) Existen, a nivel subconsciente, ciertos procesos cognitivos por virtud de los cuales se generan de modo natural presupuestos epistemológicos.

2) Estos presupuestos surgen entre individuos de formación y nivel cultural similar de modo espontáneo *i.e.*, aunque no se pongan de acuerdo para la generación de dichos presupuestos.

3) Los presupuestos formados desencadenan procesos mentales y comportamentales específicos: secuencias de pensamientos (estrategias intentadas); sentimientos (ansiedad, frustración...); actitudes (derrotista, emprendedora...); conductas (los movimientos realizados al efectuar los trazos).

Como podrá comprobar el mismo lector al remitirse al cuadro siguiente, la solución requiere “remover” la premisa epistemológica que condiciona la búsqueda del cuadrado y sustituirla por una nueva, la cual, al ser descubierta, produce un cambio de “visión” que da paso a una sensación mental denotable por “esclarecimiento”.



Una vez que la solución ha sido conocida puedo comunicar una nueva idea a través de la metáfora siguiente: el conjunto de soluciones posibles son a una premisa o conjunto de premisas epistemológicas lo que la totalidad de trazos y dibujos son a la creencia de que sólo puede colocarse un punto de fuga en un lugar fijo de todo lienzo (por ejemplo, en el centro) *i.e.*, cambiando una premisa o conjunto de premisas epistemológicas se modifican el conjunto de procesos mentales y comportamentales posibles del mismo modo que cambiando de lugar un punto de fuga se modifica la totalidad de trazos y dibujos posibles. Si partimos del supuesto de que nuestra comprensión y concepción acerca de todo cuanto acontece son el resultado de ciertos procesos cognitivos, cambiando de premisas epistemológicas es posible cambiar nuestra comprensión y concepción acerca de las cosas.

Todo lo dicho hasta aquí tiene sentido en este trabajo, ya que mi finalidad es la de proponer un cambio de premisas epistemológicas que, según creo, podría desencadenar una modificación en nuestras concepciones acerca del derecho. Haciendo uso de mi derecho a la estipulación lingüística, nombraré

a esta propuesta con la expresión “teoría jurídica comunicativa”; desde luego, no pretendo sostener que la “teoría” ofrecida sea mejor ni peor a las existentes; mi intención se reduce a ofrecer una alternativa que permita “ver” un modelo distinto desde un prisma diferente.

A efecto de lograr una comunicación lo más eficaz posible sugiero al lector tenga en cuenta las siguientes precisiones metodológicas:

1) “Es familiar en filosofía hacer afirmaciones exageradas para poner de relieve aspectos que se consideran novedosos o desatendidos”.<sup>2</sup> Ello debe tenerse presente muy en especial durante la exposición de la relatividad de la realidad humana y la concepción del hombre como “máquina cibernética”.

2) Las exposiciones de problemas aparentemente no relacionados con el derecho no deben entenderse como intentos de explicar esos problemas en sí. Toda explicación de ese tipo debe entenderse como una preparación del terreno en que se sembrarán explicaciones jurídicas.

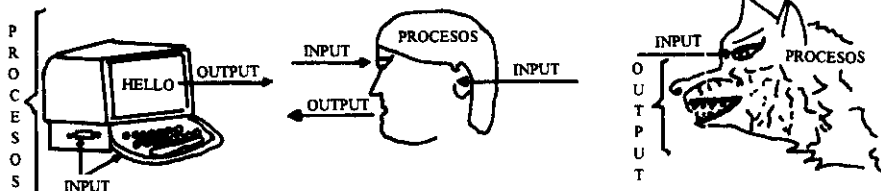
3) Los ejemplos presentados en el epígrafe sobre “máquinas cibernéticas” en que se relacionen dos “máquinas” de cierto tipo (por ejemplo, hombre-animal), pueden ser leídos pensando en relaciones entre otras máquinas diferentes a las expresamente indicadas (al leer un ejemplo hombre-animal, piénsese en casos en que el enunciado ejemplificado admita otras relaciones como podría ser hombre-computadora).

## 2. Modelo cibernético

Considérese la siguiente figura:



Constituye el esquema de un proceso cibernético a partir del cual se pueden generar diversas representaciones para diferentes cuestiones. Entre ellas, las siguientes:



<sup>2</sup> Vid. Wisdom, John, *Filosofía, metafísica y psicoanálisis*, en Mugerza, Javier (comp.), *La Concepción analítica de la Filosofía*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 420-454.

Por un procedimiento de analogía y a partir de las representaciones anteriores construiré un “modelo teórico” expresable mediante los siguientes enunciados:

1) En algún sentido tanto el ordenador como los organismos vivos son “máquinas cibernéticas” que reciben información del exterior (*input*), la procesan en su “caja negra” y obtienen como resultado una nueva información que es transmitida al exterior (*output*).

2) Al igual que sucede con los ordenadores, los organismos poseen mecanismos para el procesamiento interno de información y programas de cierto tipo (informáticos en un caso y genéticos y cognitivos en el otro).

3) Cada “máquina cibernética” está condicionada por sus propias características a admitir, procesar y exteriorizar sólo cierto tipo de información.

4) La información exteriorizada por una “máquina cibernética” puede ser comunicada a otra del mismo tipo (como sucede en una relación hombre-hombre) o alguna máquina de otro tipo, (relación hombre-animal).

5) La comunicación no siempre es conscientemente efectuada (como sucede cuando las vibraciones producidas por los pasos de un hombre son percibidas por una cucaracha).

6) La información comunicada por una “máquina” puede desencadenar una respuesta por parte de otra dando lugar a una interacción comunicativa (como sucede en una conversación o cuando alguien juega con su gato).

### 3. Modelo cibernético de la realidad

A partir del primer modelo explicativo es posible construir otro que tenga como *explicandum* lo denotado por un cierto significado a estipular para la expresión “realidad”. La construcción se expresa mediante los siguientes enunciados:

1) El enunciado: “no existe nada que sea la ‘realidad objetiva para todo organismo vivo’” no es un sinsentido; particularmente si se le contextualiza con la siguiente afirmación de Von Uexhüll: “[...] del gran pastel de la realidad, cada organismo vivo corta una rebanada, que puede percibir y a la cual puede reaccionar gracias a su organización psicofísica”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Cfr., Bertalanfy, Ludwing von, *Teoría general de los sistemas*, trad. de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 239. También Vid., Gadamer, George, *Verdad y Método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, 1984, p. 541. La fuente original es Uexküll, J. von, *Umwelt und Innenwelt der tiere*, Berlín, Springer, 1920.



2) Lo anterior es, por definición, aplicable también al hombre. En este punto cabe recordar a Kant: “¿Qué son los objetos en sí y separados de toda receptividad de nuestra sensibilidad? Esto permanece para nosotros enteramente desconocido[...]jamás podremos conocer lo que son los objetos en sí, por luminoso que sea nuestro conocimiento que es lo único que nos es dado”.<sup>4</sup>

3) Un organismo vivo de cierto tipo (por ejemplo, el hombre) tiene acceso a una determinada “realidad” a partir de los procesos de codificación y decodificación que puede realizar.

4) La generación de procesos de codificación y decodificación de organismos vivos de un cierto tipo es determinada por la interacción comunicativa que realiza con organismos de su mismo tipo.

5) Poseer los mecanismos de codificación y decodificación propios de la clase de organismo a que se pertenece constituye un presupuesto para sucesivos procesos de codificación y decodificación (como sucede con las cochinillas del desierto, que aprenden a distinguir perfectamente a los miembros de su familia de entre el resto de las cochinillas de la comunidad).<sup>5</sup>

6) Los procesos de codificación y decodificación de organismos de un cierto tipo determinan la realización de específicos programas comportamentales. “Los animales también tienen sus códigos para descifrar comportamientos y saber cómo reaccionar ante ellos según la matriz en que se forman [...] son capaces de efectuar una distinción entre un comportamiento lúdico y un comportamiento de combate [...]”.<sup>6</sup>

#### 4. Modelo cibernético de la realidad humana

A partir de este segundo modelo explicativo es posible construir un tercero en el que se afoque directamente la realidad humana y que se expresa mediante los siguientes enunciados:

1) Las limitantes que determinan nuestra realidad son de tres clases: neurológicas, sociales e individuales.<sup>7</sup>

4 Cfr., Kant, Emanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Porrúa, 1982, p. XXXVII.

5 Vid., Schmid, Heribert, *Cómo se comunican los animales*, Barcelona, Salvat, 1988, pp. 15-24.

6 Cfr., Winkin, Yves, “Una universidad invisible”, *La nueva comunicación*, trad. de Jorge Iñbla, Barcelona, Kairós, 1987, p. 38.

7 Vid., Bandler Richard y Grinder, John, *La estructura de la magia*, trad. de Elena Olivos y Francisco Huneeus, Chile, Cuatro Vientos, 1980, p. 29.

2) Las limitantes neurológicas están en la configuración y funcionamiento de nuestro sistema nervioso que sistemáticamente distorsiona y borra trozos enteros del mundo. La capacidad de los órganos receptores que “registran” la información del exterior para interiorizarla (*input*) en nuestra caja negra (cerebro) constituye un primer filtro para levantar un mapa acerca del mundo.

Por ejemplo, no podemos percibir ondas sonoras por debajo de los 20 ciclos ni por encima de los 20.000 ciclos por segundo; podemos percibir ondas electromagnéticas únicamente con longitudes de onda entre los 380 y los 680 milicrones.<sup>8</sup>

3) Las limitantes sociales tienen su origen en el contexto cultural de cada individuo.

4) Las limitantes individuales determinan un modelo de mundo que, como las huellas digitales, es siempre diferente. Estas limitantes son el resultado de la historia psicológica personal y se manifiesta en cuestiones como las preferencias, el carácter, los hábitos, el estilo discursivo, etcétera.

En el siguiente epígrafe me ocuparé de profundizar en las limitantes sociales e individuales y su relación con “la realidad humana”.

### 5. Modelo cibernético de la realidad social

Considérense los siguientes enunciados:

1) En algún sentido, la gestación humana es un proceso de comunicación biológica que culmina con el nacimiento.

2) La comunicación del recién nacido con el mundo exterior presupone procesos de comunicación interna (ciertas señales indican que es hora de comer, y lo que viene al caso es llorar).

El sistema emocional es un sistema genético de información mediante el cual el cerebro informa al individuo —a usted lector o a mí escritor— sobre qué debe hacer, cuándo y cómo [...].<sup>9</sup>

3) Las reacciones que siguen a los mensajes emitidos por el recién nacido son registradas en la memoria a través de mecanismos inconscientes para ser usadas en condiciones análogas para obtener resultados análogos. “[...] todos tenemos necesidad de ver cómo son recibidos nuestros mensajes para

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Cfr.*, Jáuregui, José Antonio, *El ordenador cerebral*. Barcelona, Labor, 1990, p. 18.

saber lo que eran [...] La respuesta que obtenemos nos dice algo de la disposición del receptor una vez que ha recibido las señales que hemos emitido”.<sup>10</sup>

4) Con el tiempo y de modo inconsciente se va formando un inventario de contextos y de los programas mentales, comportamentales e interacciones comunicativas que serán activadas por el individuo cuando se vea implicado en un contexto comunicativo específico. Esto equivale a funcionar en un “yo situacional” determinado, es decir, a “mantener una cierta atención intelectual y afectiva, una cierta movilización de los recursos psicológicos”<sup>11</sup> en función de cada contexto . “[...] un cierto mapa cognitivo de la estructura del comportamiento (correspondiente a los contextos) debe ser almacenado en la memoria y recordable en todo momento [...] debe constituir la imagen de un sistema de comportamiento [...]”.<sup>12</sup>

5) Una vez establecidos programas comportamentales para determinados contextos, estos son activados en el momento oportuno por los participantes, quienes interactúan como si siguieran “un código, secreto y complicado que no está escrito en ninguna parte, no lo conoce nadie y todos lo entienden”;<sup>13</sup> como si todos ejecutaran una sinfonía siguiendo una partitura que no está escrita en ninguna parte, pero que produce un resultado armónico de su ejecución global.<sup>14</sup>

El hombre aprende en un cierto contexto cultural determinado y preconstituido un gran número de programas comportamentales.<sup>15</sup>

6) La apertura y modificación de contextos comunicativos, así como la generación de programas mentales y comportamentales es interminable.

7) La formación de la mayoría de los procesos de codificación y decodificación y los procesos mismos tienen lugar sin participación deliberada de los individuos.

Ignoramos casi todo de los procesos por los que nos fabricamos nuestros mensajes y los procesos por los que comprendemos los mensajes de los demás y respondemos a ellos.<sup>16</sup>

10 Cfr., Bateson, Gregory. “Comunicación”, *La nueva comunicación. cit. supra*, nota 6, p. 135.

11 Winkin citando a William James. *Vid.*, Winkin, *op. cit. supra*, nota 6, p. 100.

12 Cfr., Scheflen, Albert. “Sistemas de la comunicación humana”, *La nueva comunicación. cit. supra*, nota 7, p. 160.

13 *Vid.*, Sapir, Edward, *Anthropologie*. Paris, Minuit, 1967, p. 46.

14 *Vid.*, Winkin citando a Scheflen, *op. cit. supra*, nota 7, p. 24.

15 Cfr., Bateson, Gregory y Ruesch, Jurgen. *Comunicación. La matriz social de la psiquiatría*. trad. de Raquel Ferrario, Barcelona, Paidós, 1984, p. 11.

16 Cfr., Bateson, *op. cit. supra*, nota 7, p. 137.

8) Los mensajes son generados y su decodificación es realizada a través de múltiples y diversos canales que se refuerzan o rechazan recíprocamente. En un mismo momento comunicativo pueden enviarse mensajes contradictorios a través de diferentes canales. Algunos de estos son el lingüístico, paralingüístico, kinésico y proxémico.

Un mensaje particular puede ser interpretado simultáneamente de diversas maneras en diferentes niveles del espíritu: nos vemos enfrentados a problemas de codificación múltiple.<sup>17</sup>

9) En la vida social todo se vuelve comunicación, incluso la sola presencia de dos individuos en un contexto específico (por ejemplo, en un ascensor).

“[...] la comunicación es un todo integrado [...] es, pues, un proceso social permanente que integra múltiples modos de comportamiento: la palabra, el gesto, la mirada, la mímica, el espacio interindividual, etcétera”.<sup>18</sup>

En las relaciones humanas ningún silencio está desprovisto de significación, y la ausencia de lágrimas puede decir más que páginas enteras.<sup>19</sup>

10) Los contextos de interacción social en que se desenvuelve un individuo determinan procesos de comprensión y decodificación del mundo.

Consideramos que el hombre no está dotado naturalmente de una lógica de las relaciones causales, sino más bien que el entorno en el que se ha creado influye en su manera de percibir, pensar y comunicarse.<sup>20</sup>

11) Individuos formados en contextos distintos viven en dimensiones distintas, aunque no necesariamente inconmensurables.

Los pueblos de culturas diferentes viven en mundos sensorialmente diferentes, no sólo estructuran el espacio de una manera diferente, sino que lo experimentan de distinto modo porque su *sensorium* está “programado” de un modo diferente. Existe una criba o filtro que acepta ciertos tipos de datos y rechaza otros.<sup>21</sup>

12) En algún sentido puede decirse que en función de la formación en contextos comunicativos diferentes, los individuos viven en una determinada “realidad” y activan determinados programas mentales y comportamentales.

17 *Ibidem*, p. 130.

18 *Cfr.*, Winkin, *op. cit.*, *supra*, nota 7, p. 23.

19 *Cfr.*, Bateson, Gregory, *op. cit.*, *supra*, nota 17, p. 128.

20 *Cfr.*, Schefflen, *op. cit.*, *supra*, nota 7, p. 160.

21 *Ibidem*, p. 202.

El mundo de la vida cotidiana no sólo se da por establecido como realidad por los miembros ordinarios de la sociedad en el comportamiento significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones, y que está sustentado como real por estos.<sup>22</sup>

13) De entre la totalidad de canales comunicativos que contribuyen a la construcción social de la realidad el más importante es el lingüístico.

El lenguaje es el elemento más importante en la socialización humana; es el principal vehículo del proceso de transmisión del mundo objetivo al subjetivo.<sup>23</sup>

14) La realidad social implica la formación de instituciones y matrices de comportamiento social, que generan diferentes roles sociales y constituyen el marco presupuesto para valorar acciones sociales y modificar el mundo por vía de la función operativa del lenguaje.

Toda actividad humana está sujeta a la habituación. Todo acto que se repite con frecuencia, crea una pauta que luego puede reproducirse con economía de esfuerzos.<sup>24</sup>

La comunicación constituye la matriz de los comportamientos correctos e incorrectos de una cultura determinada.<sup>25</sup>

15) En la realidad social tiene lugar la formación de múltiples matrices que determinan la manera en que ciertas conductas han de ser interpretadas.

“[...] en las sociedades coexisten múltiples matrices y por tanto diversas maneras de interpretar una conducta como correcta e incorrecta”.<sup>26</sup>

16) La realidad construida socialmente puede determinar lo que efectivamente se “ve” en el mundo externo.

En el maidu, idioma que hablan los indios del norte de California, por ejemplo, hay solamente tres palabras para describir el espectro de los colores. (*lak*, *tii*, *tulak*).<sup>27</sup>

17) Conforme con lo precedente, es plausible sostener que en algún sentido no existe una realidad externa objetiva y única, sino que aquello que vemos en el mundo está determinado por procesos ocurridos en nuestra caja negra.

22 Cfr., Berger, Peter y Luckman, Thomas. *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, p. 37.

23 *Ibidem*, p. 56.

24 *Ibidem*, p. 74.

25 *Id.*, Winkin, *op. cit.*, *supra*, nota 7, p. 16.

26 *Id.*, Schellen, *op. cit.*, *supra*, nota 7, p. 160.

27 Cfr., Bandler, *op. cit.*, *supra*, nota 8, p. 31.

El contexto circunstancial en el que suele hablarse de la realidad consiste en un condicionamiento de pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas ante lo que consideramos real.<sup>28</sup>

En la Europa medieval, las brujas habitaban realmente el mundo del sentido común.<sup>29</sup>

18) Estipularé para la expresión “realidad hermenéutica” el siguiente significado: será denotado por “realidad hermenéutica” todo sistema integrado por al menos una creencia y el conjunto de secuencias de pensamiento, sentimientos y conductas (programas comportamentales) determinados por esa creencia (o conjunto de creencias).

19) En algún sentido, puede decirse que las realidades hermenéuticas son cierto tipo de “programas” que corren dentro de la caja negra de ciertas “máquinas cibernéticas” —los hombres— determinando ciertos programas comportamentales.

20) Las realidades hermenéuticas no son entidades metafísicas que existan más allá del mundo sensible, sino el resultado de procesos químico-eléctricos que tienen lugar en el sistema nervioso. Desde esta perspectiva, incluso las entidades metafísicas se reducen a procesos químico-eléctricos.

21) De todos aquellos que compartan una realidad o conjunto de realidades hermenéuticas se dirá que tienen una convergencia hermenéutica o que viven en un mismo subuniverso simbólico.

22) La realidad social puede concebirse como una intrincada urdimbre de múltiples contextos comunicativos y subuniversos simbólicos.

23) Un mismo individuo puede integrarse a diferentes subuniversos simbólicos en el mismo día (por ejemplo, como científico, durante la mañana y como creyente religioso, en la noche).

24) Toda realidad social diferente a la de la vida cotidiana constituye una realidad social secundaria.

25) Las realidades sociales secundarias son subuniversos simbólicos con sus correspondientes campos semánticos bien determinados (dentro de ellos se incluye a los lenguajes artificiales formales y no formales).

26) Diremos aquí que la incorporación a una realidad social de la vida cotidiana implica un proceso de socialización primaria y la incorporación a una realidad secundaria una socialización secundaria.

<sup>28</sup> Cfr., Cáceres Nieto, Enrique, *La teoría sintáctica de las reglas jurídicas*, tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 1988.

<sup>29</sup> Cfr., Chalmers, Alan, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Madrid, Siglo XXI, p. 189.

En la socialización primaria, el sujeto no tiene posibilidad de optar. Puede optar, posteriormente, por incorporarse a un universo simbólico específico, pero una vez iniciado en él no tiene opción a la de comenzar a configurar su realidad en ese sentido sin poder cuestionarlo al menos al principio.<sup>30</sup>

27) En toda sociedad y para cada subuniverso simbólico siempre hay agentes socializadores como los maestros, los padres, los ancianos de la tribu, etcétera.

28) En algunas sociedades también hay constructores profesionales de realidades para ciertos subuniversos simbólicos (los teóricos).

29) Ser socializado en un subuniverso simbólico implica un cambio en los procesos que habrán de tener lugar en la caja negra, el tipo de información que admitirá, la manera de decodificarla, así como el tipo de información que puede ofrecerse para la interacción comunicativa con el exterior.

30) Las actividades científicas pueden concebirse como subuniversos simbólicos que implican el conocimiento de las realidades hermenéuticas del gremio (teorías, definiciones, axiomas, etcétera) y los programas comportamentales correspondientes (por ejemplo, los experimentos a realizar para verificar empíricamente las hipótesis).

31) También en el campo científico tiene lugar una modificación de las percepciones a partir de las realidades hermenéuticas que los caracterizan.

Al examinar una fotografía de cámara de burbujas, el estudiante ve líneas ininterrumpidas que se confunden, mientras que el físico, un registro de sucesos subnucleares que le son familiares. Sólo después de cierto número de esas transformaciones de la visión, el estudiante se convierte en habitante del mundo de los científicos, ve lo que ven los científicos y responde de la misma forma que ellos.<sup>31</sup>

32) Las realidades hermenéuticas de los científicos no son entidades metafísicas. Creer en los átomos no implica necesariamente sostener un enunciado por el cual se sostenga que los átomos existen.

[...] los átomos, electrones, etcétera, no existen realmente: los marcos de referencia constituidos por los llamados objetos científicos son parte de una maqui-

<sup>30</sup> Cfr., Berger, Peter y Luckman, Thomas, *op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 170.

<sup>31</sup> Cfr., Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 177.

naría conceptual que nos permite extraer conclusiones sobre lo observable de premisas que también versen sobre esto; y tales marcos no son traducibles al marco de los hechos observables, pero no porque se refieran a entidades *inobservables*, sino porque la propia idea de que se refieren a *algo* es una extensión ilegítima a los términos teóricos de unas distancias semánticas que son apropiadas para el lenguaje de los hechos observables.<sup>32</sup>

33) Dentro de un subuniverso simbólico que constituya un dominio de conocimiento (la filosofía) puede haber otros subuniversos (como sucede con las doctrinas filosóficas rivales).

34) Pertener a un subuniverso simbólico es presupuesto necesario para participar en contextos comunicativos característicos de ese subuniverso.

35) Los miembros de diversos subuniversos simbólicos viven en dimensiones diferentes.

36) También las actividades técnicas constituyen subuniversos simbólicos con determinadas realidades hermenéuticas (conocimientos anatómicos) y programas comportamentales (intervenciones quirúrgicas) que constituyen una aplicación del conocimiento científico abstracto a problemas prácticos.

37) Desde la matriz de la realidad social primaria (la realidad de la vida coloquial) hay un desconocimiento de los subuniversos simbólicos secundarios (de los especialistas de campos diferentes al propio).

Comparadas con la realidad cotidiana, otras realidades aparecen como zonas limitadas de significado, enclavadas dentro de la suprema realidad caracterizada por significados y modos de experiencia circunscritos.<sup>33</sup>

38) Los subuniversos simbólicos secundarios sólo pueden ser compartidos por quienes los habitan.

El físico teórico nos dice que su concepto del espacio no puede transmitirse lingüísticamente, precisamente lo mismo dice el artista con respecto al significado de sus creaciones y el místico con respecto a sus comunicaciones con la divinidad.<sup>34</sup>

39) Dentro de la realidad social primaria hay toda una serie de “conocimientos de receta”, *i.e.*, aquellos que son sólo necesarios para propósitos pragmáticos presentes y tal vez futuros. Es este conocimiento el que permite

<sup>32</sup> *Cfr.*, Sellars, Wilfrid, *Ciencia, percepción y realidad*, trad. de Víctor Sánchez Zavala, Madrid, Tecnos, 1971, p. 97.

<sup>33</sup> *Cfr.*, Berger, Peter y Luckman, Thomas, *op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 43.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 44.



la interacción entre un habitante de la realidad social primaria y otro de una realidad social secundaria.

Sé, por ejemplo, qué tengo que hacer para solicitar un pasaporte [...] No me interesa, ni sé, el trámite que sigue mi solicitud en las oficinas de gobierno, quien la concede y después de qué formalidades, quién pone tal o cuál sello en el documento.<sup>35</sup>

## II. HACIA UNA TEORÍA JURÍDICA COMUNICATIVA

### 6. *Derecho y construcción social de la realidad*

Expresiones tales como ‘código civil’, ‘código penal’, ‘constitución política’, ‘ley sobre nacionalidad’, ‘ley reglamentaria del artículo 123 constitucional’, etcétera son denotativas de conjuntos de enunciados de un tipo bien diferenciado de otros (por ejemplo, de los denotados por “obra literaria”). Aquí se denotará con “cuerpos normativos” a todos los conjuntos de enunciados semejantes a los primeramente referidos y al tipo discursivo al que pertenecen con “discurso jurídico positivo”.

Conjuntos de enunciados que también forman parte del discurso jurídico positivo (conforme a la construcción “teórica” que estoy presentando) son denotados por expresiones tales como ‘asunto Madison vs. Marshall’, ‘sentencia de la sala 4 del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1986’, ‘resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de enero de 1984 núm. 2586’, etcétera. Entre los criterios conforme a los cuales se identifica un cierto conjunto de enunciados como perteneciente al discurso jurídico positivo es de particular relevancia la condición de que haya sido generado por una determinada institución social (poder legislativo o poder judicial). Desde luego, dichas instituciones son “creadas” a partir de otros cuerpos normativos pertenecientes al discurso jurídico positivo.

Durante la generación de un modelo de mundo se activan determinados procesos internos ante determinados tipos de discursos. En ocasiones, esos procesos dan lugar a la formación de realidades hermenéuticas (como sucede en el caso del discurso histórico) y en otras a procesos básicamente emotivos (como sucede con la poesía).

La creación y activación de realidades hermenéuticas y los correspondientes programas comportamentales ante discursos de cierto tipo son un

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 61.

producto cultural que tiene su origen en la interacción comunicativa (en estricto sentido tanto un libro de poesía como uno de historia o un código civil no son sino “manchas” de tinta sobre papel).

También ante el discurso jurídico positivo el individuo aprende a activar ciertos procesos que se traducen en realidades hermenéuticas y programas comportamentales que a su vez determinan parte de los mensajes que emite al exterior de manera no consciente. Esto significa que dicho discurso constituye uno de los elementos que contribuyen a generar la matriz comunicativa de la que surge determinada realidad social preexistente a nuestro nacimiento. Conforme con esto, al interiorizar la realidad de la vida coloquial durante el proceso de socialización primaria en algún sentido también estamos interiorizando realidades hermenéuticas y programas comportamentales contruidos “artificialmente” a partir del discurso jurídico positivo. Es por ello que durante los procesos de interacción comunicativa de la vida cotidiana son realizados actos interpretables como jurídicos aunque quien los efectúe desconozca completamente el derecho y no pueda distinguir fácilmente mensajes generados a partir de fuentes jurídicas y otros meramente coloquiales. Desde un punto de vista comunicativo todos se fusionan para generar la matriz desde la que es construida la realidad social y de la que el discurso jurídico positivo constituye una simbolización o formalización lingüística.

De acuerdo con esto cabe decir que el derecho regula la vida del hombre en sociedad no tanto por temor a las sanciones (como generalmente se afirma) y ni siquiera por respeto a las normas legales ( que normalmente se desconocen) sino, más bien, por las realidades hermenéuticas y consiguientes programas comportamentales generados a partir del discurso de derecho positivo que son incorporados a la matriz comunicativa de la realidad social.

De lo anterior se sigue que para poder hablar de eficacia jurídica es condición necesaria, pero no suficiente, la existencia de un discurso jurídico positivo: hace falta, además, que a partir de éste tengan lugar procesos comunicativos que se incorporen a la matriz comunicativa en cuestión. Es decir, que las instituciones y realidades jurídicas sean el resultado de lenguaje más interacción comunicativa.

Según se ha dicho, el discurso jurídico positivo siempre constituye una formalización lingüística de algún aspecto de la realidad social interpretable desde los esquemas mentales de un contexto cultural determinado. Por

tanto, es explicable que los cambios ocurridos en la matriz comunicativa generen cambios en la manera de comprender el discurso. Desde esta perspectiva son explicables fenómenos de cultura jurídica tales como las diferentes interpretaciones de un mismo cuerpo normativo en épocas distintas, el hecho de que en diferentes culturas se generen mensajes distintos aunque posean cuerpos normativos muy semejantes o los problemas que se presentan al momento de la integración de diferentes culturas por medio del derecho.

Que el discurso jurídico positivo constituye una formalización lingüística de diversos aspectos de una matriz comunicativa se pone de manifiesto en el hecho de que dicho discurso esté integrado por un entramado de expresiones pertenecientes a campos semánticos generados desde diferentes subuniversos simbólicos (del lenguaje coloquial, del lenguaje técnico artificial jurídico, de lenguajes técnicos no jurídicos, etcétera) lo cual explica por qué durante los procesos de comunicación jurídica (por ejemplo en un litigio judicial) se construyen argumentos o fundamentan decisiones sin emplear sólo normas o conceptos técnicos jurídicos (fenómeno que queda obscurecido por los discursos “teóricos” en que se modeliza al derecho como un mero sistema de enunciados normativos).

El impacto del discurso jurídico positivo en el contexto en que nos formamos está presente en todos los momentos de nuestra vida: en la configuración urbanística de nuestra ciudad, en el tipo de mensajes publicitarios que son emitidos por los medios de comunicación masiva, en la credibilidad en los servidores públicos, en los trámites burocráticos que realizamos cotidianamente, etcétera.

Por lo que respecta a la influencia directa del discurso jurídico positivo en la realidad social pueden citarse los siguientes fenómenos:

1) El hecho de que, aunque los programas comportamentales sean aprendidos de modo natural, no necesariamente se generen, evolucionen y cambien de esa forma, pues, en caso de reformas legislativas o cambios en los criterios en las decisiones judiciales con alcance general, suelen surgir modificaciones en dichos programas.

2) La manera en que a partir de la función operativa del discurso jurídico positivo se “crean” realidades hermenéuticas que se traducen en roles y programas comportamentales que uniforman determinados tipos de interacción, *i.e.*, surgen instituciones sociales consideradas útiles a partir de los resultados derivados de la ejecución de los programas comportamentales

generados desde ellas. Cuando dichos resultados garantizan una cierta economía en la búsqueda de soluciones pertinentes y permanentes para problemas similares, la institución es incorporada a la realidad social.

3) Los muchos cambios ocurridos en la matriz social que presuponen la existencia de instituciones en el sentido anteriormente apuntado.<sup>36</sup>

4) La existencia de procesos de comunicación estrictamente jurídicos que tienen repercusiones en la construcción de la matriz como sucede, por ejemplo, con los criterios para la identificación, admisión y rechazo de enunciados como integrantes del discurso jurídico positivo. Cuando un artículo es derogado, nadie pretende hacerlo valer, ya que (en función de los principios psicológicos de proyección y transposición) sabe que el resto de los posibles participantes en procesos de comunicación jurídica tendrán un comportamiento desfavorable a la argumentación fundamentada en dicho precepto y que no es posible exigir jurídicamente que alguien ejecute el programa comportamental codificado en la norma derogada.

### *7. Los operadores no jurídicos y la construcción social de la realidad*

La función del derecho como regulador de la vida del hombre en sociedad se logra, en buena medida, a través de un efecto de cascada entre las interacciones comunicativas realizadas por individuos que no han pasado por un proceso de socialización secundaria que les convierta en habitantes del subuniverso simbólico de los juristas. “[... ] millones de relaciones contractuales y actos conscientemente jurídicos se llevan a cabo por mediación de figuras interesadas sólo indirectamente por el derecho”.<sup>37</sup>

Profesionales como los ingenieros, arquitectos, economistas empleados bancarios, y personas como los jefes de oficinas burocráticas, profesores, líderes sindicales, etcétera, llevan a cabo acciones definidas conforme a derecho, que activan procesos de interacción comunicativa también calificables como jurídicas.

Todos estos sujetos intermedios influyen en la percepción de los mensajes normativos invocados en el curso de la interacción por parte de los propios interesados.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Un excelente trabajo acerca de la forma en que el derecho crea ámbitos necesarios para que pueda tener lugar la acción jurídica puede verse en Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

<sup>37</sup> *Cfr.*, Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*, trad. de María José Añón Roig y Javier de Lucas Martín, Madrid, Debate, 1989, p. 143.

Algunos de estos sujetos se encargan de configurar incluso el entorno físico de conformidad con lo establecido en el discurso jurídico positivo. Por ejemplo, aplicando la legislación urbanística cuando participan en la construcción de las ciudades, creando carreteras de acuerdo con algún plan de desarrollo, o preservando la naturaleza en virtud de lo establecido en la legislación ecológica; desde luego, todo ello repercute en el comportamiento de los miembros de la sociedad en cuestión.

### 8. *Los operadores jurídicos y la construcción social de la realidad*

Un individuo se convierte en habitante del mundo de los juristas gracias a un proceso de socialización secundaria en el que tienen lugar modificaciones semejantes a las que ocurren cuando alguien se convierte en físico o matemático: pasa por un cambio cibernético consistente en la creación de procesos mentales que hacen posible la discriminación y decodificación de ciertos datos (*input*); aprendizaje de un lenguaje artificial técnico constituido por campos semánticos especializados, procesos específicos para la organización de la nueva información, formación de nuevas premisas y presupuestos epistemológicos (caja negra); todo lo cual determina el nuevo tipo de información y programas comportamentales con que interactuará en el nuevo subuniverso simbólico ubicado en el mundo exterior (*output*). Como sucede con todo subuniverso simbólico una vez que un individuo ha decidido formar parte del subuniverso simbólico de los juristas no tiene opción a la de comenzar a configurar su realidad en ese sentido sin poder cuestionarla al menos al principio, no tienen más alternativa que aceptar dogmáticamente su nueva realidad.

Por virtud de esta "transformación", el profesional del derecho es capacitado para "ver" más cosas de las que ve el no iniciado en los discursos jurídicos positivos, de igual forma que el físico puede ver en la cámara de burbujas registros de sucesos subnucleares donde el buen hombre de la calle o el estudiante no ven más que líneas ininterrumpidas que se confunden.

Asimismo, el operador jurídico genera todo un sistema de creencias que determinan secuencias de pensamientos, sentimientos y conductas (programas comportamentales) característicos del gremio. Si el mundo de los físicos está poblado de átomos, electrones, protones, moléculas, etcétera, el de los juristas lo está de contratos, derechos subjetivos, preterintencio-

nalidades, eximentes de responsabilidad, recursos administrativos, etcétera.

Mientras el científico activa programas comportamentales de cierto tipo a partir de sus creencias, como sucede en el caso de la experimentación científica, el jurista lleva a cabo otros sobre todo de índole comunicativa, *i.e.*, participa en “ciertos juegos de lenguaje” altamente especializados que presuponen sus realidades hermenéuticas y lo que a partir de ellas sólo ellos pueden “ver”.

Como sucede con todo subuniverso simbólico, el jurídico es inaccesible para el buen hombre de la calle quien tiene una relación indirecta con él sólo cuando necesita la ayuda de un profesional para resolver algún problema u obtener alguna modificación jurídica en el mundo circundante (pasar de no propietario a propietario), *i.e.*, entra en contacto con él por un conocimiento de receta.

Estableciendo una analogía entre los científicos y los técnicos, puede decirse que los operadores jurídicos cumplen una función técnica, *i.e.*, aplican el conocimiento generado en abstracto por los doctrinarios o dogmáticos para afrontar problemas de índole práctica.

Entre todas las clasificaciones posibles, los operadores jurídicos pueden catalogarse en los siguientes grupos:

a) Quienes emiten mensajes con la intención de que una modificación del mundo opere (abogados, fiscales, procuradores, etcétera);

b) Quienes generan los cambios y funcionan como destinatarios de los mensajes emitidos por los operadores aludidos en “a)” (jueces, registradores, notarios, etcétera);

c) Quienes cumplen una mera función preventiva o de orientación (asesores jurídicos);

d) Constructores de los discursos que constituirán la materia prima informativa a partir de la cual se habrán de generar las organizaciones de información que se traducirán en discursos a partir de su procesamiento por parte de los juristas (legisladores, jueces,);

e) Generadores de los discursos a partir de los cuales se aprenderán los procesos de organización informativa (dogmáticos, teóricos del derecho) y se formarán los códigos que es necesario conocer para interpretar “correctamente” el discurso jurídico positivo. De estos últimos me ocuparé a continuación.

## 9. *Modelo jurídico comunicativo y cambio de paradigma*

### A. *El impacto de la dogmática en los procesos de comunicación jurídica*

Todos los operadores jurídicos comparten un núcleo central de procesos de organización informativa y datos con independencia de la actividad específica a que se dediquen o su nivel de especialización. Dicho núcleo tiene su origen en la formación común a que son sometidos en centros de programación masiva (facultades de derecho) por determinados agentes socializadores o programadores (los profesores) y a partir de ciertos discursos que es preciso conocer para convertirse en habitante del subuniverso de los juristas (el discurso de la dogmática jurídica o “ciencia” del derecho). Al igual que sucede para cualquier habitante de un subuniverso simbólico, la comunicación entre los operadores jurídicos puede ser casual gracias a que presuponen ese subuniverso implícito común.

Los discursos producidos por los operadores jurídicos (output) no pueden ser generados tomando en consideración sólo el discurso jurídico positivo. Su elaboración implica tomar en cuenta cosas tales como los campos semánticos aprendidos en el discurso dogmático (definiciones, estructuraciones semánticas, etcétera), reglas de procesamiento específicas del gremio (la ley es jerárquicamente superior al reglamento, la ley posterior deroga a la anterior, etcétera), así como los enunciados por virtud de los cuales los dogmáticos “describen” o interpretan las normas del discurso jurídico positivo que en este sentido pasa a funcionar como un objeto acerca del cual se habla desde el metadiscurso de la dogmática. Desde luego, también son procesados otros tipos de discurso como el coloquial, el técnico no jurídico, etcétera.

### B. *Definición de “discurso dogmático”*

Para los efectos de la construcción “teórica” que estoy presentando, diré que además del discurso jurídico positivo, existe otro tipo de discurso del que me ocuparé aquí, y que será denotado por “discurso de la dogmática jurídica” o simplemente “discurso dogmático”. Ejemplos característicos del mismo se tienen en los manuales sobre las diversas “ramas del derecho” (derecho civil, derecho penal, derecho mercantil, etcétera) así como en los

estudios monográficos y artículos especializados que versan sobre el discurso jurídico positivo.

Cabe destacar que además del discurso dogmático, existen otros sumamente interesantes y que son denotables por expresiones tales como “filosofía del derecho”; “sociología jurídica”; “lógica jurídica”, “antropología jurídica”, etcétera, de los cuáles, sin embargo, no me ocuparé en este trabajo.

### *C. Estado actual de la dogmática jurídica*

Muchas de las confusiones y perplejidades ocurridas durante siglos de especulación jurídica tienen su origen en un uso descuidado del lenguaje. Es este el que nos acorrala en planteamientos con apariencia de problemas, pero que, a diferencia de los problemas auténticos, carecen de solución.

Siguiendo a Carnap, llamaré metafísico a todo enunciado que pretenda presentar un conocimiento sobre algo situado por encima o más allá de toda experiencia; por ejemplo, sobre la esencia real de las cosas, las cosas en sí mismas, el absoluto y cosas por el estilo.<sup>39</sup>

Relacionando lo anterior con el discurso de la dogmática, sostengo la tesis de que porciones importantes del discurso dogmático están construidas mediante enunciados metafísicos.

Entre las más características es posible citar :a) Las afirmaciones acerca de la naturaleza, esencia o concepto verdadero de alguna “entidad jurídica” (y con las cuales se pretende responder a pseudoproblemas de índole esencialista del tipo “¿Qué es un ‘x’?”, como cuando se pretende decir *qué es un contrato*); b) Planteamiento de problemas existenciales (como cuando se pretende responder a cuestiones del tipo “¿Es posible que existan derechos subjetivos sin sujeto?”<sup>40</sup>); c) Exposiciones por virtud de las cuales se exponen los elementos integrantes de alguna supuesta entidad jurídica (en cuyo caso pretende responderse a preguntas del tipo “¿Qué elementos integran ‘x’?”); d) Cuando se presentan clasificaciones de entidades tales como las obligaciones, los contratos, etcétera, haciendo de cuenta que dichas entidades existen (lo cual es muy distinto a proponer una sistematización semántica de ciertas expresiones previamente definidas justificando su utilidad desde un punto de vista comunicativo o lingüístico).

<sup>39</sup> Cfr., Carnap, Rudolf, “Filosofía y sintaxis lógica” en Mugerza, Javier (comp.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Universidad, 1986, p. 297.

<sup>40</sup> Cfr., Castán Toboñas, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, p. 39.



El simple hecho de que en el discurso de la dogmática sea “normal” preguntarse por esencias o naturalezas, es suficientemente significativo para identificar un problema adicional que bien podríamos denotar con “sincretismo lingüístico” y que consiste en la “importación” de expresiones pertenecientes a campos semánticos diversos de modo desordenado e injustificado. En efecto, expresiones tales como “esencia” o “naturaleza intrínseca”, pertenecen al campo semántico de la filosofía y muy específicamente a cierto paradigma filosófico (hoy fuera de circulación). También del ámbito semántico de la ciencia son tomadas expresiones tales como “teoría”, “verdad”, o “explicación”, y de la lógica otras como “deducción”, “argumento”, etcétera. Desde luego y en congruencia con lo anteriormente expuesto, nadie puede negar que el discurso metafísico tenga sentido al igual que el científico y el lógico y que también da lugar a la generación de específicos subuniversos simbólicos, realidades, convergencias hermenéuticas y programas comportamentales. Por tanto, en estricto sentido, el problema no se encuentra en un tipo de discurso, sino en las finalidades que implícitamente se pretende alcanzar con él y en el sincretismo lingüístico que en ocasiones hace que se afirmen cosas tan extrañas como que “de la propia naturaleza del documento privado se deduce que [...]” como si de “naturalezas” y no de “enunciados” pudieren hacerse deducciones. Dicho metafóricamente: nada tiene de malo suponer universos habitados por unicornios, pegasos, demonios o sirenas; o por protones, electrones, átomos y neutrones mientras dejemos a cada habitante en su medio natural. Las dificultades comienzan si trasladamos sirenas al campo semántico de la ciencia o modelos atómicos al de la mitología o unos y otros son mezclados con derechos subjetivos o tácitas reconducciones y peor es aún si el zoológico poblado por tan peculiares seres es presentado como un universo del que se obtendrán descubrimientos científicos (científico-jurídicos).

Las consecuencias del discurso dogmático desde un punto de vista comunicativo se traducen en paradojas, perplejidades, incomprensión y dudas acerca de la utilidad práctica de toda esa (despectivamente llamada) “teoría”.

Las razones por las cuales el discurso dogmático presenta las características aludidas pueden ser de lo más diverso, y sin duda una investigación histórica al respecto sería esclarecedora; sin embargo, un rasgo sintomático de las razones de su uso puede encontrarse en el carácter emotivo de la mayoría de las expresiones importadas.

#### *D. Dogmática jurídica tradicional y jurilingüística*

Las confusiones, paradojas y perplejidades producidas por el discurso dogmático están presentes no sólo en los procesos comunicativos que tienen lugar en el subuniverso de los dogmáticos (por ejemplo en las irresolubles controversias doctrinales), sino que trascienden a los operadores jurídicos que son programados con este “estilo de pensamiento”. Conforme con esto, es fácil comprender por qué para un abogado lo normal es suponer que para realizar una calificación jurídica primero tiene que encontrar la esencia o naturaleza de la entidad que habrá de utilizar para efectuar esa calificación (por ejemplo, se preguntará cuál es la esencia del título de crédito para determinar después si un documento determinado es o no es un título de crédito).

Si conforme con lo sostenido en otra parte, los cambios cibernéticos ocurridos durante el proceso de socialización secundaria por los que un hombre común es transformado en habitante del subuniverso simbólico de los operadores jurídicos (o de los dogmáticos) tiene su origen básicamente en el discurso dogmático que es enseñado en las facultades de derecho (centros de programación) por ciertos agentes socializadores (los profesores o “programadores”), entonces una sustitución del discurso dogmático puede generar un cambio de concepción acerca del derecho y la consecuente depuración de confusiones y perplejidades en nuestra forma de pensar. Lo que propongo a esos efectos es depurar el viejo discurso dogmático, plagado de planteamientos esencialistas, pseudoproblemas y sincretismos terminológicos para sustituirlo por otro que bien podría ser denotado con la expresión “jurilingüístico”. Este nuevo discurso presupone un cambio de presupuestos epistemológicos en el siguiente sentido: la función de los agentes socializadores y constructores de realidades hermenéuticas jurídicas (“teorías”) no es la de descubrir esencias, naturalezas, ni realizar descubrimientos científico-jurídicos, sino, simplemente, la de enseñar un lenguaje artificial técnico y los procesos conforme con los cuales se procesa determinada información (fundamentalmente discurso jurídico positivo), a efecto de generar determinados productos discursivos con los que es posible participar en contextos comunicativos del subuniverso simbólico jurídico y contribuir a la construcción de la matriz comunicativa de la realidad social.

Desde esta nueva perspectiva se propone sustituir la memorización de datos (conceptualizaciones, doctrinas, clasificaciones, etcétera) por el

aprendizaje de los mecanismos empleados para procesar información jurídica, *i.e.*, cambiar la actitud esencialista por una comunicativa.

La generación y comprensión de este nuevo discurso presupone el conocimiento de nociones básicas de semiótica: a) Lógica formal (aplicable en la formalización de enunciados); b) Semántica (análisis de ambigüedades, vaguedades y anfibologías, representación de relaciones semánticas hiperonímicas e hiponímicas, diferencias entre lenguaje objeto y metalenguaje, manejo de diversas técnicas de definición-denotativa, designativa, operacional, por identificación de las convenciones que regulan el uso de una expresión, etcétera) y c) Pragmática (teoría de los actos de habla, técnicas de análisis de textos, etcétera).

Una caracterización (no exhaustiva) de las partes integrantes del discurso jurilingüístico puede ser la siguiente:

1) Bloques estipulativos. Comprenden básicamente: definiciones y estipulaciones lingüísticas (en vez de conceptualizaciones ontológicas o esencialistas); y representaciones de relaciones semánticas (en vez de clasificaciones arbitrarias).

2) Bloques interpretativos. Comprenden enunciados lingüísticos (meta-discursivos) que tienen por lenguaje objeto (discurso objeto) enunciados del discurso jurídico positivo. Su elaboración presupone no sólo la aplicación de técnicas de análisis semántico sino, además, el manejo de procesos específicos de reconstrucción normativa que comprenden: a) Ciertas reglas de inferencia (si la conducta obligada es el valor binario opuesto de la conducta prohibida y conozco la conducta prohibida, luego entonces, sé cuál es la conducta obligada, aunque el derecho positivo no la especifique expresamente); b) Meta-reglas conforme a las cuales se determinan, *prima facie*, criterios de exclusión y predominio entre enunciados del discurso jurídico positivo (como sucede con la regla que establece que “cuando un enunciado normativo es denotado por ‘jerárquicamente superior’ con respecto a otro denotable por ‘jerárquicamente inferior’ de conformidad con los usos comunes del lenguaje jurídico, entonces la aplicabilidad del primero es contradictoria con la del segundo y procede aplicar el primero”); c) Reglas de coherencia textual e hipertextual conforme a las cuales es posible realizar reconstrucciones discursivas metalingüísticas a partir del discurso jurídico positivo. Dentro de ellas se pueden diferenciar: a) La regla que prescribe tomar en consideración las remisiones explícitamente establecidas en el discurso jurídico positivo al momento de generar el metadis-

curso (como sucede cuando un enunciado normativo remite a otro enunciado normativo o conjunto de enunciados normativos que pertenecen a un mismo cuerpo normativo —textualidad—; o cuando la remisión implica relacionar enunciados de diferentes cuerpos normativos —hipertextualidad— o enunciados de tipos discursivos diferentes —legislativo y jurisdiccional—, pero pertenecientes al derecho positivo —hipertextualidad—); b) Las reconstrucciones realizadas a partir de remisiones explícitas entre enunciados del discurso jurídico positivo y enunciados del metadiscurso jurilingüístico (como sucede cuando una decisión jurisdiccional cita como fundamento la definición de un doctrinario); c) Las reconstrucciones realizadas a partir de la estructuración semántica del lenguaje jurídico (como sucede cuando la obligación establecida expresamente en una norma para una clase de sujetos jurídicos —“funcionario público”— se considera aplicable a una subclase de sujetos por la relación hiperonímica-hiponímica entre las expresiones denotativas de las clases en cuestión —“funcionario público” “catedrático”—).<sup>41</sup>

3) Bloque propositivo. En él se expresan los problemas efectivamente surgidos de la aplicación de las normas en un dominio determinado y se conjetura acerca de las modificaciones normativas que habrían de operar para la solución de esos problemas. En estricto sentido, la generación de bloques discursivos de este tipo presuponen emplear, además del análisis lingüístico, el uso de técnicas de investigación sociológico-jurídicas.

4) Bloque de modelos de problemas y soluciones. En él se expresan hipotéticos problemas que podrían surgir por virtud de la aplicación de normas jurídicas o determinadas interpretaciones y la o las hipotéticas soluciones correspondientes. En estos casos es frecuente cuestionar si una hipotética situación quedaría o no denotada por un enunciado normativo o conjunto de enunciados normativos en función de su vaguedad.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Con base en afirmaciones hechas precedentemente, resulta plausible sostener que hoy día existe una tendencia cada vez mayor a la uniformación del pensamiento más allá de los universos simbólicos de cada cultura. Ello

<sup>41</sup> Un excelente trabajo, próximo al enfoque propuesto, aunque desarrollado en el nivel de la filosofía del derecho y no de la dogmática jurídica puede verse en Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989. De esta obra he tomado el término ‘cuerpo normativo’ y la idea general de enunciados metalingüísticos a nivel del discurso jurídico positivo.

se refleja en muchos de los acontecimientos que vertiginosamente están modificando el mundo que vivimos y construimos: los procesos internacionales de integración política y económica, la disolución de la antinomia ideológica socialismo-capitalismo, la imparable automatización de la información y su cada vez mayor disponibilidad a nivel mundial, la disolución de las fronteras entre áreas del conocimiento y florecimiento de la interdisciplinariedad son sintomáticos de un importante cambio.

Estamos viviendo la maravillosa época en que las máquinas cibernéticas humanas generan modelos explicativos acerca de sus procesos cognitivos, a partir del estudio (etológico) de las máquinas cibernéticas animales y comienzan a crear otras máquinas cibernéticas computacionales que razonen "a su imagen y semejanza".

Como era de esperarse, el subuniverso simbólico de los juristas no está logrando abstraerse de esta impresionante metamorfosis, y en los discursos especulativos (particularmente filosóficos) cada vez se toman más en cuenta los logros realizados en áreas paradigmáticas tales como la lingüística o la lógica formal que de una forma u otra están presentes en muchísimas de las disciplinas e interdisciplinas contemporáneas.

La finalidad que he perseguido a lo largo de estas páginas es sugerir la apertura de un canal que permita sintonizar nuestras concepciones jurídicas (particularmente herederas de la tradición romana-germánica) con las "frecuencias" del pensamiento actual. Si esta propuesta tiene éxito o no es algo que aquí no se puede ni interesa determinar. Sin embargo, hay algo que sí me atrevo a afirmar, y es que algo está cambiando: en el ambiente parece estar surgiendo un nuevo código que no conocemos pero que todos seguimos; una nueva partitura que nadie lee, pero que todos estamos interpretando; una revolución silenciosa en la que todos participamos sin saberlo e incluso sin quererlo: el surgimiento de una nueva matriz comunicativa que está dando lugar a la construcción de una nueva realidad de la que los juristas no nos podremos abstraer.

## FRANÇA: “GUERRA ÀS DROGAS” OU CONSTRUÇÃO DE UMA “CULTURA ANTI-DROGAS”?

Wanda de LEMOS CAPELLER<sup>1</sup>

“S’il vous plaît, dessine moi un mouton?...  
ça c’est la caisse, le mouton que tu veux est dedans!”  
St. Exupery.

SUMARIO: I. *França: estratégias de penalização frente às políticas europeias anti-drogas.* II. *Uso de drogas.* III. *Conclusão.*

Nossa reflexão tem sido centrada, nos últimos anos, nas políticas criminais entendidas como modelos adotados pelos Estados, e movimentos, no sentido de diferentes escolhas concernentes ao domínio das políticas públicas. Como estou radicada na França, pareceu-me importante observar os modelos e movimentos, quer dizer, as estratégias de penalização levadas a cabo no terreno das drogas neste país.

A primeira constatação é de que a pesquisa sobre as drogas na França limita-se aos setores ligados à Saúde Pública ou ao Sistema Penal. A sociologia jurídica não fez aí maiores incursões, talvez em razão do fraco desenvolvimento, em geral, da sociologia jurídica neste país. Na França, de fato, a idéia de interdisciplinariedade, cimento de toda reflexão sociológico-jurídica é ainda de convivência difícil: os centros de pesquisa estão cantonados em suas respectivas fronteiras.<sup>2</sup> Assim, os estudos relativos às

<sup>1</sup> Universidad de Toulouse.

<sup>2</sup> O que coloca, hoje em dia, um verdadeiro problema de determinação de uma política científica consequente, sobretudo no interior mesmo do CNRS —Centre National de Recherche Scientifique—.

drogas são levados à cabo através de um prisma médico,<sup>3</sup> jurídico-penal,<sup>4</sup> ou de política criminal *strictu sensu*.<sup>5</sup>

A segunda constatação refere-se ao fato de que, na sociedade francesa, o problema das drogas parece não apresentar o mesmo perfil que nas nossas realidades latino-americanas. Aqui, na América Latina, a questão das drogas —que começa evidentemente com o tráfico— está diretamente vinculada aos problemas concernentes ao Estado, no somente como aparelho repressivo, mas como máquina de governo, como instituição política. Assim, as transformações pelas quais passam os Estados latino-americanos mostram bem uma situação em que as democracias frágeis, o acesso ao poder de verdadeiros herdeiros das ditaduras, ou, em outro contexto, as dificuldades intestinas no interior dos aparelhos de Estado,<sup>6</sup> levam à corrupção estatal e atingem a própria soberania do Estado. Rosa del Olmo mostra com maestria essas implicações quando aborda a questão do Estado e das drogas na América Latina<sup>7</sup>

A França parece não sofrer deste mal, ou seja desta ligação direta do Estado com o tráfico de entorpecentes, da implicação das instituições políticas com a criminalidade organizada. De fato, os estudos realizados neste país preocupam-se em analisar o fenômeno como *manifestação individual*, criminalidade organizada em relação ao tráfico, ou indivíduos vítimas da dependência às drogas. Os estudos centram-se na observação da *criminalidade aparente* e da *criminalidade legal*.<sup>8</sup> Para melhor entendermos a situação francesa, não somente em termos nacionais, mas, sobretudo dentro do contexto europeu em relação à adoção ou não de estratégias transnacionais, propomos uma reflexão centrada nos seguintes aspectos: *França*:

3 Cfr. os trabalhos do INSERM —Division de la Recherche médico-sociale— CNRS, ver principalmente Fréjaville, Jean-Pierre; Davidson, Françoise; e Choquet, Maria, *Les jeunes et la drogue*, Paris, PUF, 1977.

4 Cfr. Caballero, Francis, *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 1989.

5 Cfr. Cervello, Clarisse, *Les concepts pénaux de base des pays membres du Groupe Pompidou en matière de lutte contre le trafic et la consommation de drogue*, ERPC, Universidade de Montpellier, setembro 1989.

6 Reportagem “M. Fidel Castro ne pouvait pas ignorer les trafics de drogue”, *Le Monde*. 15 de maio de 1992.

7 Cfr. Olmo, Rosa del, “L’État en Amérique latine: des mythes et des réalités dans la législation en matière des drogues”, *Archives de Politique Criminelle*, núm. 15/1993, no prelo.

8 O termo *criminalidade aparente* refere-se à criminalidade denunciada pelo Ministério do Interior da França, quer dizer, as cifras da criminalidade; o termo *criminalidade legal* refere-se à criminalidade apresentada pelo Ministério da Justiça francês, ou seja, os crimes que foram efetivamente julgados. Lembramos aqui a existência das cifras negras, dado que impede uma análise estatística sem problemas.

estratégias de penalização frente às políticas europeias anti-drogas (I); Uso de drogas: a) estratégias repressivas: leis e infrações à legislação sobre o Tóxico na sociedade francesa; b) estratégias terapêuticas: o tratamento dos adictos pelas instituições francesas (II).

## I. FRANÇA: ESTRATÉGIAS DE PENALIZAÇÃO FRENTE ÀS POLÍTICAS EUROPEIAS ANTI-DROGAS

Em termos de *modelo* na implantação de uma política criminal concernente ao problema das drogas, a França situa-se hoje diante do seguinte dilema: guerra às drogas ou construção de uma “cultura anti-drogas”? Na realidade, o governo socialista de François Mitterrand parece inclinar-se no sentido da criação de uma “cultura anti-droga”, expressamente defendida pela presidente da Delegation générale à la lutte contre la drogue et la toxicomanie, Georgina Dufoix, para quem as políticas de despenalização das drogas significam uma “demissão morale”. Assim, as políticas relativas às drogas seriam fundadas em uma “cultura de compreensão”, e não em uma “cultura de interdição”.<sup>9</sup> Mas, constatamos, os especialistas na área não consideram que a “guerra às drogas” seja um fracasso na sociedade francesa, apesar dos índices de criminalidade alarmantes neste terreno.<sup>10</sup>

Mesmo sem ignorar os inconvenientes de uma política repressiva, a França é francamente hostil à liberalização das drogas, e o discurso de Georgina Dufoix é claro neste ponto: “para chegarmos à [uma política de] compreensão precisamos de [uma política de] interdição”.<sup>11</sup> Vê-se aqui o *caráter ambíguo* do Estado francês frente ao problema das drogas, mais particularmente frente ao problema dos toxicômanos. O “mito da liberdade e da responsabilidade individual”, tão exacerbado neste país, se choca com uma realidade bastante repressiva em relação o usuário.

Depois da criação, em 1971, do Grupo Pompidou,<sup>12</sup> e de sua integração ao Conselho de Europa, as instâncias supranacionais de luta contra o tráfico e o uso de entorpecentes incitaram os Estados membros a desenvolver a concertação e a cooperação em matéria de políticas criminais relativas ao

<sup>9</sup> *Le Monde*, 15 de maio de 1992.

<sup>10</sup> *Idem*. Mais adiante analisaremos os índices de criminalidade concernentes às drogas.

<sup>11</sup> *Le Monde*, 15 de maio de 1992.

<sup>12</sup> *Cfr.* Cervello, Clarisse, *op. cit. supra.*, nota 5. Os países que compoem o Grupo Pompidou são: França, Alemanha (Federal), Austria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Malta, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Turquia.



tóxico. De fato, no momento em que se fala de direito comunitário europeu, e, mais especificamente de direito comunitário europeu da sanção penal, uma confrontação das diferentes políticas criminais, neste terreno, é essencial para dar lugar a uma séria reflexão.

A maior parte das leis européias relativas às drogas datam dos anos 60 e 70, e observa-se que elas foram agravadas nos anos 80 (ou projetos foram apresentados neste sentido).<sup>13</sup> Em verdade, as legislações sobre tóxicos dos países membros do Grupo Pompidou foram geralmente adotadas (ou reformadas) em conformidade com as convenções internacionais —Convenção Unica de New York de 1961 e Convenção sobre os Entorpecentes de Viena de 1971— que os países ratificaram, em particular no que diz respeito às substâncias incriminadas ou atos passíveis de repressão.<sup>14</sup>

Quanto às substâncias incriminadas, nota-se uma variação nas estratégias penais aplicadas: alguns países europeus fazem a distinção entre drogas “pesadas” e drogas “leves”, outros não. De todos os modos, os países que fazem essa distinção procedem diversamente na prática,<sup>15</sup> testemunhando diferentes concepções repressivas. A França encontra-se entre os países que no distingue as drogas “pesadas” das drogas “leves”, o que mostra a adoção de uma política mais repressiva na medida em que o uso de tal ou tal substância é penalizado da mesma maneira.<sup>16</sup>

Apesar das nuances entre os diferentes países no que concerne as políticas criminais relativas às drogas —os processos de penalização concernentes ao uso ilícito de drogas são diferentes de um país europeu à outro—, observa-se de todas as maneiras um processo de transnacionalização de estratégias no seio da comunidade européia, mesmo se esse processo deva ser examinado como passível de contradições. Um ponto é admissível: a maioria dos países incrimina o uso de drogas com uma resposta repressiva apoiada em uma resposta terapêutica, ou seja, as estratégias anti-drogas oscilam entre uma política repressiva et uma política sanitária, em geral combinando essas duas estratégias.

Na França, por exemplo, em 1986, na época do governo de “co-habitação” (socialistas e direita no poder), o Ministério de Justiça, através de seu

13 Ver anexo I.

14 Todos os países membros do Grupo Pompidou (com exceção de Malta) ratificaram a Convenção Unica de Nova York de 1961. Os países que não ratificaram a Convenção de Viena de 1971 são: Austria, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Malta e Suíça.

15 Ver anexo II.

16 *Cfr.* Cervello, Clarisse, *op. cit. supra*, nota 5.

Ministro Chalandon, proclamava a necessidade de uma política mais repressiva, o mesmo tempo que o Ministério da Saúde reclamava o desenvolvimento de medidas terapêuticas.<sup>17</sup> No há nenhuma contradição essencial entre essas medidas: as estratégias terapêuticas são complementares ao complexo repressivo, são parte integrante do sistema punitivo, podendo exercer a função de instrumento de flexibilidade do sistema.

Alguns países europeus como a França, Portugal, Itália e Luxemburgo adotam o princípio de tratamento voluntário como medida substitutiva à pena ou auxiliar da sanção penal.<sup>18</sup> De fato, a legislação francesa instaurou um sistema incitativo destinado a evitar a repressão aos voluntários ao tratamento terapêutico. O sistema funciona da seguinte maneira: se o toxicômano preso nas malhas da lei submete-se voluntariamente a um tratamento que é gratuito,<sup>19</sup> o Ministério Público pode renunciar ao prosseguimento da ação penal, sob a exigência de uma informação regular da parte do controle médico.<sup>20</sup> Na verdade, o princípio de *injonction thérapeutique*<sup>21</sup> acaba por ocasionar uma verdadeira fratura no sistema repressivo contra a droga: sistema rígido, o penal torna-se mais flexível diante da possibilidade de não punição dos toxicômanos que aceitam a cura terapêutica.<sup>22</sup>

Assim, a despenalização do uso de drogas, na França, limita-se à renúncia ao prosseguimento da ação penal se o tratamento foi seguido com sucesso. A idéia de que a despenalização possa incidir sobre o uso propriamente dito das drogas não é bem aceita na sociedade francesa.<sup>23</sup> Esta, de fato, reagiu fortemente à política de liberalização controlada do uso de entorpecentes adotada pela Suíça.<sup>24</sup> A transnacionalização das estratégias parece dar-se algumas vezes de maneira contraditória, chocando-se contra elementos culturais, mentalidades, valores sociais, percepções dos conflitos, etc...

17 Entrevista com o Doutor Rivemale, Diretor da *Association Info-drogue*, região de Aude, no sul da França, em 12 de junho de 1992.

18 Outros países europeus adotam (conjuntamente ou não) o princípio de *tratamento forçado*, como é o caso de Portugal, Luxemburgo, Grécia, Itália, Turquia, Malta, Espanha e Áustria. *Cfr.* Cervello, Clarisse, *op. cit.*, *supra* nota 5.

19 *Cfr.* Cervello, Clarisse, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 36.

20 *Idem.*

21 *Idem.*

22 O sistema adotado na França de *injonction thérapeutique* revela-se uma verdadeira "peneira" ("un passoir"), deixando escapar do sistema repressivo todos aqueles que aceitam o sistema terapêutico. Entrevista com o Doutor Rivemale, pré-citada.

23 *Cfr.* *Le Monde*, pré-citado.

24 *Idem.*

A Suíça, por exemplo, depois de muita discussão, resolveu recentemente inovar no campo das políticas anti-drogas dando maior ênfase ao tratamento terapêutico no sentido da despenalização do uso, agora ministrado pelo Estado. De fato, o Ministério do Interior acaba de atribuir um orçamento de 1 milhão de francos suíços para levar à cabo, durante quatro anos, algumas inovações terapêuticas que, à título experimental, serão aplicadas aos dependentes de drogas.<sup>25</sup> Esse programa tem como objetivo proporcionar ao Estado —preocupado com a questão da saúde pública em geral, e da propagação do vírus do AIDS em particular— estender o seu controle sobre os usuários de drogas através da própria distribuição de entorpecentes. Estão sendo criados postos estatais sob controle médico chamados projetos pilotos de distribuição, e uns dez centros estarão em funcionamento à partir do próximo outono europeu atendendo uma média de cinquenta pessoas por dia, sendo que cinco postos serão autorizados a distribuir heroína.<sup>26</sup>

Segundo o Ministro do Interior suíço, Flavio Cotti, não se trata de uma política de liberalização da consomação de drogas, mas simplesmente de “alargar o quadro terapêutico atual explorando métodos inovadores”.<sup>27</sup> A existência de 25 000 pessoas dependentes de drogas pesadas perambulando pelas ruas da Suíça,<sup>28</sup> e sobretudo a necessidade de maior controle sócio-penal dos usuários explicam esta política.

Se a França tem uma percepção diferente do problema da liberalização das drogas, vale à pena explorar melhor a situação deste país em relação à evolução da toxicomania —fenômeno que não preocupou a sociedade francesa até os anos 70— e verificar também as cifras de criminalidade relativas à legislação sobre os Tóxicos.

## II. USO DE DROGAS

### *a) Estratégias repressivas: leis e infrações à legislação sobre o Tóxico na sociedade francesa*

O enfoque sociológico do fenômeno da toxicomania e do tráfico de entorpecentes é muito complicado, pois, neste campo, as cifras negras e

<sup>25</sup> Mais precisamente no dia 13 de maio p.p.

<sup>26</sup> Na França, a distribuição de medicamentos substitutos à heroína (“méthadone”) é uma experiência pouco desenvolvida. Existem somente três centros que atendem 52 toxicômanos, sendo que, somente em Zurich, atende-se mais de 1500 usuários de drogas. Programas menos ousados como os relativos à troca de seringas são muito limitados, existindo somente em Paris, Seine-Saint Denis e em Marseille. *cf.*, *Le Monde*, de 15 de maio de 1992.

<sup>27</sup> *Idem*

<sup>28</sup> *Idem*.

douradas da criminalidade são consideráveis. Na realidade, as cifras concernentes à criminalidade aparente só podem desvendar a própria criminalidade aparente ou legal, sendo impossível uma tentativa de apreensão da criminalidade real. De todos os modos, parece possível dizer que o uso de drogas, na França, começa a manifestar-se enquanto fenómeno social a partir de 1968. Foram os acontecimentos desta época que, inicialmente nos EUA (a começar pelas manifestações que ocorreram na Universidade de Berkeley), e depois no resto do mundo, mostraram as implicações do fenómeno da toxicomania com o questionamento de um sistema social baseado na ganância, na guerra e nas riquezas.

Até então, nenhuma teoria, nenhuma prática, nenhuma sensibilidade, a não ser negativa, existia neste campo. Os poderes públicos, então, tomaram rapidamente consciência da extensão da toxicomania, mas não conseguiam escolher uma política coerente que pudesse fazer face à esse fenómeno. Até 1970, a legislação sobre as drogas, na França, resumia-se aos textos dos artigos L 627 a L 630.3 do Código de Saúde Pública [Code de la santé publique]. Esses textos incriminam as infrações ao uso de entorpecentes, a incitação ao uso, a provocação ao uso e o tráfico.

Segundo as estatísticas da polícia e da “gendarmerie”,<sup>29</sup> as infrações à legislação sobre as drogas eram apenas de algumas centenas até 1968.<sup>30</sup> Mas, na década de 70, a Europa assustada procura lançar as bases de uma política anti-drogas mais eficaz, fundada em duas variantes fundamentais —a variante sanitária e a variante judiciária—, que constituirão o fermento do novo sistema punitivo. Essas duas variantes são absolutamente complementares, dado que o recurso último ao sistema penal pode ser sempre acionado.

Uma nova política criminal legislativa é, então, adotada por grande parte dos países europeus, e a França promulga a Lei núm. 70-1320 de 31 de dezembro de 1970, que vem completar as lacunas do Código de Saúde Pública. Decretos-leis foram promulgados no mesmo ano para complementar ainda mais essa legislação, mas as reformas mais importantes foram realizadas em 1986 e 1987. De fato, a Lei núm. 86-76 de 17 de janeiro de 1986, e a Lei núm. 87-1157 de 31 de dezembro de 1987, agravam as penas

<sup>29</sup> Na França existem dois corpos policiais: a “gendarmerie” (de formação militar sem ser a polícia do Exército) e a polícia civil (Ministério do Interior).

<sup>30</sup> A Europa, e a França particularmente, somente se confrontaram com o grande surto da toxicomania no início dos anos 70. Cfr. *Encyclopaedia Universalis*, 1982, p. 374.

e introduzem elementos relativos à luta contra o tráfico. A Lei de 1987, principalmente, procura criar as condições para uma melhor coordenação do Estado na guerra às drogas, através da criação do Institut national de l'enseignement, de la recherche, de l'information et de la prévention sur les toxicomanies. Vale observar que essa *política criminal legislativa* responde a uma dupla preocupação: considerar os toxicômanos como enfermos e reforçar as penas contra o tráfico de drogas.

Vale observar que uma *variante administrativa* desenvolve-se hoje em dia no campo das drogas em países como a Itália ou a Espanha. Essa variante, em termos de políticas criminais, significa uma solução administrativa à infração penal, apresentado alternativas às sanções penais. Essas medidas, no entanto, podem não respeitar as garantias jurídico-penais, e, neste sentido, significar a “mise en cause” da ideologia clássica liberal. A inexistência muita vez de um procedimento jurídico transparente garantindo os direitos dos “perseguidos” e dos “condenados” administrativamente, pode levar à uma repressão paralela situando-se à margem do direito penal.<sup>31</sup>

O direito penal francês, apesar do alargamento das sanções, continua sendo por excelência um direito carceral.<sup>32</sup> Assim, o desenvolvimento na França de um verdadeiro “arsenal de sanções administrativas”<sup>33</sup> atingiu apenas indiretamente o campo das drogas, onde predomina a idéia de tratamento ou de reclusão carceral. Uma regulamentação administrativa concernente às drogas encontra-se, no entanto, à nível dos Departamentos de Assuntos Sanitários e Sociais [Départements des Affaires Sanitaires et Sociales]. Esta instância administrativa pode acionar o poder de polícia da Prefecture,<sup>34</sup> além de intervir em três níveis: no momento de abertura ou fechamento de centros destinados aos toxicômanos (comunidades, famílias de apoio, etc.); em caso de perigo à saúde ou a moral da população (por exemplo, fechar um bar que situa-se em frente à uma escola, onde eventualmente se poderia utilizar drogas); ou no âmbito da assistência familiar.<sup>35</sup>

31 Cfr. Lazerges, Christine, *La politique criminelle*, Paris, PUF, 1987, p. 45.

32 Francillon, J. e Sauvage, Ph. afirmam que “le droit pénal français demeure un droit carcéral”, cfr. “Les ambiguïtés des sanctions de substitution”, *Rec. Dalloz*, outubro 1984, n 3133.

33 *Idem.*, ver também Delmas-Marty, Mireille, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, Paris, Economica, 1983.

34 A *Prefecture*, na França, em termos de administração política corresponde aos governos locais.

35 Entrevista, em 15 de junho de 1992, com o Sr. Tatar, Inspetor Principal da DASS —Direction de l'Action Sanitaire et Sociale—, em Carcassonne.

A armação desse complexo penal legislativo parece não estar sendo suficiente para combater a criminalidade referente às drogas na França. Os jornais falam de “cifras alarmantes”,<sup>36</sup> e o Doutor Claude Olievenstein, Diretor do Centro Marmottan, especializado no tratamento de toxicômanos, em Paris, se preocupa com “o crescimento espetacular da violência” e com “a situação de precariedade e de pobreza dos usuários”, afirmando que “a evolução da toxicomania em 1991 foi catastrófica”.<sup>37</sup> No entanto, os anos 80 mostraram uma queda do consumo de cannabis,<sup>38</sup> ao mesmo tempo em que observava-se um considerável aumento do consumo das drogas “pesadas”, principalmente a heroína e a cocaína.<sup>39</sup> Apesar da evidente dificuldade de “quantificação” do número de toxicômanos, atualmente estima-se, na França, a existência de 150 000 viciados em heroína.<sup>40</sup> Os serviços que atuam na “guerra contra às drogas” afirmam que 70% a 80% dos toxicômanos são seropositivos, e que 33% dos enfermos de AIDS são originariamente toxicômanos.<sup>41</sup>

De algumas centenas de casos em 1968, as cifras mostram que as infrações contra a legislação de entorpecentes atingem 56 522 interpeleções em 1990. Entre 1989 e 1990 houve um aumento de 11,53% de casos que passaram pela justiça, sendo que 14,05% de casos concernentes ao uso, e 5,42% relativos ao tráfico.<sup>42</sup> Não abordaremos, no entanto, as formas de controle do tráfico na França, isso seria tema para outra conferência. Considerando a implementação da variante sanitária, queremos saber, aqui, quais as estratégias mais utilizadas no tratamento dos usuários.

36 *Cfr. Le Monde*, 15 de maio de 1992.

37 *Idem*.

38 Em 1988, o Ministério do Interior francês analisando a criminalidade aparente observou uma diminuição do uso de certos tóxicos, em particular do cannabis, na seguinte proporção: as interpeleções por uso de entorpecentes passaram de 26 987 em 1987 à 26 969 em 1988, seja uma diminuição de 0,07% (contra + 3,13% em 1987, + 1,80% em 1986, + 0,72% em 1985, e + 8,06% em 1984). *Cfr. Camilleri, Gérard e Lazerges, Christine, Atlas de la criminalité en France*, Reclus - La Documentation française, 1992, p. 119.

39 *Ibidem. eod., loc.* Os usuários de heroína representam 35,72% do total de toxicômanos em 1988 para uma porcentagem de 34,05% em 1987. O uso da cocaína também aumentou em uma proporção de 40% em 1988. Ver Anexo III.

40 *Cfr. Le Monde*, 15 de maio de 1992.

41 Entrevista com o Dr. Rivemale, pré-citada.

42 *Cfr. Le Monde*, pré-citado.

*b) Estratégias terapêuticas: o tratamento dos adictos pelas instituições francesas.*

Na França, a variante sanitária é bastante desenvolvida, e apesar da atualidade do debate sobre a descriminalização do cannabis, todo usuário é considerado um enfermo. Com efeito, o tratamento do toxicômano como enfermo é uma orientação inaugurada pela Lei de dezembro de 1953,<sup>43</sup> que em seu artigo Lei 628-2 autorizava unicamente ao juiz de instrução a obrigar toda pessoa processada por uso de entorpecente à uma cura de desintoxicação. Essa noção de enfermidade afirma-se mais ainda na Lei de 31 de dezembro de 1970, cuja originalidade do texto centra-se na idéia de tratamento voluntário. Aqui define-se claramente a distinção entre tratamento facultativo e tratamento obrigatório. Na primeira hipótese o tratamento pode ser apenas *aceito*, sob pressão do juiz, que subordina o abandono da ação penal à execução do tratamento.<sup>44</sup>

A Lei núm. 70-1320 de 1970 relativa às medidas sanitárias da luta contra a toxicomania, considera três tipos de pessoas colocadas à disposição do controle da autoridade sanitária: as pessoas indicadas pelo Procurador da República (Ministério Público) (artigos Lei 355-15 a Lei 355-17); as pessoas indicadas pelos serviços médicos e sociais (assistência social, principalmente) (artigos Lei 355-18 a L. 355-20); e as pessoas que se apresentam espontaneamente os serviços de prevenção e de cura (artigos Lei 355-21). Esta lei foi complementada pelo Decreto núm. 71-690 de 19 de agosto de 1971, posteriormente modificado pelo Decreto núm. 77-827 de 20 de julho de 1977, decretos que determinam as condições em que certas pessoas podem submeter-se a uma cura de desintoxicação.

De fato, o Estado francês procura oferecer aos toxicômanos as condições necessárias ao tratamento, e assegura a todo aquele que se apresenta espontaneamente, uma estrutura de cura baseada em três garantias essenciais: a gratuidade, o anonimato e a impunidade.<sup>45</sup> Mas, cabe observar que, prescrito ou voluntário, imposto ou aceito, o tratamento dos toxicômanos é um ato essencialmente médico que escapa à competência dos juizes: o direito é sempre anterior ou posterior à experiência terapêutica, e funciona

<sup>43</sup> Code de la Santé publique.

<sup>44</sup> Cfr. Caballero, Francis, *Droit de la drogue*, Paris, Dalloz, 1989, p. 508.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 510.

basicamente como elemento externo repressor. A variedade de estruturas de cura e de métodos de tratamento é imensa, não apenas na França, mas em quase todos os países onde a variante judiciária acompanha passo a passo a variante sanitária. Nesses casos, a regulação jurídica vai dando cada vez mais liberdade às formas de controle médico, que, exercido em sua plenitude, promove desde tratamentos ambulatoriais até a prática da lobotomia.<sup>46</sup>

Apesar das imensas dificuldades no tratamento dos adictos de drogas “pesadas”, a sociedade francesa acredita nas experiências médicas que têm sido realizadas. Afirmar-se que os “progressos são sensíveis depois da implementação da Lei de 1970”,<sup>47</sup> e que as experiências desenvolvidas permitiram a definição de uma doutrina oficial da ação terapêutica, que, em 1979, estabeleceu as seguintes fases do tratamento: recepção do toxicômano e pré-cura; separação da droga (“sevrage”); cuidados médicos intensos; convalescença e post-cura; e, finalmente, reinserção na comunidade.<sup>48</sup> Na prática, essas orientações traduzem uma considerável diversidade de meios de intervenção, e grande variedade de experiências de todo o tipo. Lembramos aqui duas instituições francesas que desenvolveram métodos opostos, e que inspiraram outras experiências terapêuticas nos últimos 20 anos: o Centro Marmottan e as comunidades da associação *Le Patriarche*.

O Centro Marmottan foi criado, em 1971, pelo psiquiatra Claude Olievenstein, baseando no modelo terapêutico americano conhecido como free clinic.<sup>49</sup> A idéia de um tratamento que realizasse “o contrário do hospital psiquiátrico”, baseado na apresentação voluntária dos toxicômanos, foi possível graças aos novos dispositivos legais previstos na Lei de 1970, garantindo a *gratuidade* do tratamento e o *anonimato* do toxicômano. Nessa estrutura experimental não se privilegia nenhuma orientação ou tendência terapêutica: os pacientes escolhem a experiência que lhes parece melhor, seja um tratamento medicamentoso, seja um tratamento psicanalítico. A relação médico-paciente é extremamente próxima, o pessoal engajado adota uma postura militante, e grupos de reflexão se formam sobre temas diversos:

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 522.

<sup>47</sup> *Idem*, eod. loc.

<sup>48</sup> *Idem*, eod. loc., e entrevista com o Doutor Rivemale, pré-citada.

<sup>49</sup> Nos EUA, a Haight/Ashbury Clinic, de São Francisco, propagou a idéia de que o tratamento aos toxicômanos deveria ser gratuito e livre, recebendo todos aqueles dispostos a questionar sua relação com a droga. *Cfr. Encyclopaedia Universalis, op. cit. supra*, nota 30, p. 374.



políticos, místicos, de crítica da instituição ou do problema das drogas propriamente dito.<sup>50</sup>

O Centro Marmottan foi coroado de grande sucesso. A experiência demonstrou ter alcançado alguns méritos importantes: 1) ao nível das políticas jurídico-penais, resistiu ao “histerismo” dominante no direito concernente às drogas; 2) ao nível das políticas aplicadas, criou uma alternativa aos métodos repressivos e psiquiátricos até então existentes na França; e, 3) ao nível da avaliação das políticas implementadas, contribuiu de maneira considerável ao desenvolvimento dos métodos de post-cura.<sup>51</sup> As comunidades terapêuticas da associação *Le Patriarche*, considerada uma verdadeira “multinacional” tirando proveito do problema do tratamento dos adictos,<sup>52</sup> visam privilegiar a proteção da sociedade em detrimento da liberdade dos indivíduos.<sup>53</sup> Essas comunidades, apoiadas na idéia da repressão do pai, numa imagem forte de pai, o patriarca, e recriam o mito do líder, que é próprio Lucien Engelmajer, fundador do *Le Patriarche*. Lucien Engelmajer baseia-se em idéias e valores da França do Mal. Pétain,<sup>54</sup> proclama o retorno à vida rural e a importância fundamental do trabalho e da comunidade. Os adictos são separados violentamente das drogas, sem apoio médico, apenas com a ajuda de chás naturais,<sup>55</sup> e qualquer prejuízo à comunidade é gravemente sancionado.

Diante dos bons resultados obtidos na cura de adictos, essa associação recebeu, entre 1986 e 1988, apoio da administração central do Ministério de Justiça. Mas, seus métodos coercitivos — revistas corporais, separação de casais, etc. — suscitam a reprovação do mundo psiquiátrico que denunciou “as pressões morais insustentáveis sobre os pensionistas”, considerando que essa instituição “se colocou por si mesma fora do direito”.<sup>56</sup> Apesar disso, ela continua a receber os toxicômanos enviados pelos tribunais em razão da medida de *injonction thérapeutique*. As últimas novas, de que essa instituição isola em centros determinados os toxicômanos doentes

50 *Ibidem*, eod., loc.

51 Cfr. Caballero, Francis, *op. cit.*, supra, nota 4, p. 524

52 Entrevista com o Dr. Rivemale, pré-citada.

53 Cfr. Caballero, Francis, *op. cit.*, supra, nota 4, p. 524.

54 O Dr. Claude Olievenstein escreveu sobre Lucien Engelmajer: “Et l'on est stupéfait, lorsqu'on lit ses textes théoriques, d'y trouver, pour l'essentiel, un moralisme réactionnaire et récupérateur où se profilent irrésistiblement le képi du maréchal Pétain et l'éthique des chantiers de jeunesse...”, *cfr.*, *Encyclopaedia Universalis*, cit., p. 374.

55 *Ibidem*, eod. loc.

56 *Ibidem*, eod. loc.

de AIDS, reavivou o debate sobre a validade de tais métodos de cura:<sup>57</sup> esses “espaços de saúde” administrados pelo Patriarca, qualificados por alguns de “sidatoriums”, dão provas da uma lógica de exclusão<sup>58</sup> que, finalmente, é inerente à sociedade francesa.

Não há, pois, na França, uma política homogênea em relação aos tratamentos à toxicomania: a estrutura de cura é anárquica.<sup>59</sup> Atualmente, existem mais de 200 estruturas diversas, privilegiando as “estruturas leves”, quer dizer, centros de informação, de recepção e de alojamento temporário da “população em risco”, com apenas 500 a 600 leitos disponíveis em todo o país. No que diz respeito a prevenção, determinou-se que, para cada 150 000 habitantes, deve criar-se um centro de informação sobre as drogas. Quanto às possibilidades de reinserção dos toxicômanos existem, neste momento, 55 centros de post-cura, e neste âmbito atuam também as famílias que recebem os toxicômanos em fase de post-cura para períodos de fins de semana ou, no máximo, 3 meses.<sup>60</sup>

As estruturas de cura podem, como vimos, ser “pesadas” ou “leves”, conjugadamente ou em alternância. É o exemplo da regulamentação da venda de seringas na França, que, de 1972 a 1987, passou de um regime de proibição (repressivo) a um regime de comércio passivo (sanitário).<sup>61</sup> Esse quadro mostra as consequências de uma política anti-drogas à deriva, contraditória, que confronta-se cotidianamente com as ambiguidades do casamento das estratégias terapêuticas e repressivas.

### III. CONCLUSÃO

Se o discurso dos responsáveis pelas políticas sociais na França refere-se ao problema das drogas em termos “culturais”, pode-se pensar em várias direções:

- que as políticas criminais concebidas pelos diferentes países podem ser vistas também através do enfoque cultural, ou seja das mentalidades, das heranças, das tradições culturais, jurídicas e políticas de cada povo. Neste sentido, diríamos que políticas criminais meramente repressivas em

57 *Cfr.* Caballero, Francis, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 525.

58 *Ibidem*, *eod. loc.*

59 Entrevista com Dr. Rivemale, pré-citada.

60 *Idem*.

61 Decreto de 13 de março de 1972, e Decreto de 13 de maio de 1987.

relação aos usuários podem encontrar seu fundamento no autoritarismo político ou, no caso das realidades latino-americanas, em suas recentes experiências ditatoriais.

- que, na França, a via sanitária e a via repressiva, aplicadas conjuntamente, não tem revelado uma política coerente e eficaz, mas, ao contrário, uma política ambígua. Busca-se agora uma terceira via —a da compreensão cultural do problema—, que pode significar novas possibilidades de apreensão da questão das drogas, sobretudo do uso.
- que, à partir daí, torna-se necessário ultrapassar o campo médico e penal, na busca da adoção, não exclusivamente de medidas de interdição ou de salvação, mas de políticas sociais capazes de recriar esperanças.

Por fim, eis o dilema que vive o país dos Direitos Humanos hoje: como é possível estabelecer uma política anti-drogas capaz de equilibrar a criatividade social, a preservação das liberdades individuais e a proteção da ordem pública?

## O MITO DO GRANDE ORÁCULO

Rogério Viola COELHO<sup>1</sup>

SUMARIO I. *O pensamento mítico.* II. *O pensamento mítico e o direito.* III. *O mito do legislador racional.* IV. *A instituição judiciária e o mito do grande oráculo.* V. *As decorrências hermenêuticas da mitologia positivista.* VI. *A política judiciária conformada pelos enunciados do TST.* VII. *Algumas premissas para repensar a função judicial.*

RESUMEN: O presente trabalho pretende construir uma abordagem crítica da Instituição Judiciária no Brasil, tendo como referencial teórico a obra “Direito, Mito e Razão”, dos autores belgas Jacques Lenoble e François Ost. As relações de poder no interior de instituição e a hegemonia ideológica exercida pelos Tribunais Superiores são examinadas a luz dos mitos do legislador racional e do juiz-oráculo, descritos pelos autores belgas. O autor formula a hipótese de que a definição do julgador como um agente servil de uma vontade heterônoma, cumpre a função de recobrir os tribunais com uma máscara ideológica que permite aos seus membros desvencilhar-se das reais determinações do direito.

ABSTRACT: The present paper aims at presenting a critical study of the Judiciary Institutions in Brazil, having as theoretical basis the book “Droit, Mythe et Raison” written by the Belgian authors Jacques Lenoble and François Ost. The power relationships inside an institution and the ideological hegemony exercised by the Superior Court are analysed through the myths of the rational legislator and the judge functioning as an oracle, thus described by the Belgian authors. The author of this paper presents the hypothesis that the definition of a judge as a servile agent of an heterony-

<sup>1</sup> O autor é advogado militante em Porto Alegre, Brasil.

mous will, attributed to an imaginary legislator, performs the function of providing the court with an ideological mask allowing its members to free themselves from the true tasks of the law.

## I. O PENSAMENTO MÍTICO

### 1. *O mito no mundo primitivo*

Para o homem primitivo inexistia uma linha divisória entre o homem e o resto da natureza. Há na sua mente uma só comunidade —uma sociedade formada pelos homens e também pelos demais seres concebidos como homens— onde todos são submetidos à ordens ditadas por entes sobrenaturais (míticos) e considerados destinatários de normas de comportamento emanadas das mesmas entidades. Figuras fantasmagóricas, deuses e demônios, povoam o universo do homem primitivo.<sup>2</sup> O que unifica todos os integrantes dessa comunidade é a submissão a vontades externas, desses seres imaginários, a quem é conferido o poder instituinte da própria comunidade. Este estado de falsa consciência, que remanesce ainda hoje na sociedade humana, é identificado por Castoriadis como heteronomia, onde o heteros é “o outro, que deu a lei”.<sup>3</sup>

O pensamento mítico, segundo a escola antropológica, constitui uma expressão simbólica de profundas emoções humanas que ignora o princípio da não contradição, é insensível às seqüências causais, diferenciando mal o sujeito do objeto, e é regido por uma lei de participação que assimila as coisas mais diversas entre si. Estes processos fariam do mito não apenas algo diferente de nosso sistema conceitual, mas o seu contrário, o seu inverso.<sup>4</sup> Vernant, entretanto, considera que esta abordagem restringe o fenômeno na medida em que se limita a descrever o pensamento mítico extremado- o do pensamento lógico, sem atentar para o fato de que ele reflete de alguma forma a realidade empírica e tem incidência sobre ela. Impõe-se, no seu entendimento, a pesquisa desta relação entre o mito e a realidade, para o que seria necessário considerá-lo uma língua a decifrar.

2 Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 29.

3 Castoriadis, Cornelius, “Psicoanálise e protejo de autonomia”, *Revista do Centro de Estudos Psicanalíticos de Porto Alegre*, CEP-PA, año I, núm. 1, p. 108.

4 Vernant, Jean Pierre, *Mito e Sociedade na Grécia antiga*, tradução Myriam Campello, Rio de Janeiro, José Olympio, 1992, p. 184.

O fato é que o surgimento da expressão simbólica, lingüística, no homem primitivo, inaugurou um longo e interminável processo de aproximação e de apropriação da objetividade real empírica pelo sujeito cognoscente —o homem. É natural que no seu nascedouro o processo constitutivo das expressões lingüísticas (o processo de conhecimento) tivesse um reduzido grau de autonomia em relações as emoções; que estas expressões fossem menos “libertas” dos desejos, vale dizer, mais atreladas às suas fortes de terminações psíquicas.

A função cumprida pelo mito na fase inaugural da apreensão do mundo pelo pensamento é a de regulador da vida social. Assim, dando o valor de paradigma, propicia um modelo de referência que permite situar, compreender e julgar os fatos que ocorrem na comunidade. Conforme observa Vernant, com os olhos postos na Grécia antiga, “ao se re fratar através das aventuras lendárias dos heróis ou dos deuses é que os atos humanos, pensados na categoria da imitação, podem marcar seu sentido e situar-se na escala de valores”.<sup>5</sup>

## 2. *O mito no mundo moderno*

A visão antropomórfica do mundo, própria do mito, foi sendo superada à medida que o comportamento das coisas foi deixando de ser visto como expressão de vontades para ser descrito como efeito de causas. Este deslocamento deu ensejo ao surgimento das ciências da natureza, cujo avanço produziu o gradual alijamento do pensamento mítico da visão do mundo natural.

No mundo moderno, o pensamento mítico, exorcizado do universo das ciências naturais, acantonou-se no universo próprio das ciências sociais, particularmente na esfera política, onde remanesce aquela tendência do homem primitivo de submeter-se e submeter a vida social à vontade sobrenatural de divindades —agora postas como entes de razão— cuja presença é marcante no que se convencionou chamar de imaginário social. Vale dizer, a heteronomia —manifesta na vida cotidiana do homem primitivo— remanesce sob novas formas, matizadas e sutis, na vida social do homem moderno, que se fez vassalo desses entes de razão para esconder o fato relevante de que a sociedade humana é que institui a si mesma.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 180

<sup>6</sup> Castoradis, Cornelius, *op. cit.*, nota 3, p. 108.

A descrição do mito como fenômeno de personificação do desejo coletivo —concebida pelo francês E. Doutté para explicar a gênese dos deuses e demônios da sociedade primitiva— fornece também a chave para o entendimento dos mitos modernos. Os atributos sobre-humanos conferidos pelo homem moderno ao “grande homem”, eleito como salvador, seriam a expressão do desejo coletivo de encontrar um guia onisciente e onipotente para a sociedade. Mas, além disto, o homem moderno cria entidades imaginárias, entes de razão a que são atribuídas relevantes funções na vida social, conferindo-lhes atributos humanos —vontade, poder, sentimentos, etcetera— sem observar, na fixação destes atributos, os limites inerentes ao homem. Estes seres fictícios, sobre-humanos, são também personificações de desejos coletivos.

O que diferencia o fenômeno da personificação de desejos coletivos no homem moderno e no homem primitivo, segundo Cassier, é que o primeiro, comprometido com a racionalidade de que se jacta, constrói sempre uma teoria justificadora de seu credo.<sup>7</sup> É necessário observar também que no mundo moderno, embora os mitos estejam sempre embasados em desejos coletivos, muitas vezes eles são produzidos conscientemente por uma parcela minoritária da sociedade para o “consumo” da maioria. Os grupos que detém a hegemonia da cultura na sociedade e o controle dos meios de comunicação modernos, podem, não só criar os mitos, como também produzir, por indução, os desejos coletivos que haverão de dar-lhes sustentação. Capella constata a existência hoje de uma indústria de produção massiva de sentimentos de carência que “coloniza” as consciências, difundindo socialmente mitos políticos voltados para suprir o caráter crescentemente vazio do sistema representativo.<sup>8</sup>

### 3. *O substrato social da mitificação do estado*

Kelsen, não o da Teoria Pura, mas “el otro Kelsen”, revela que a propagação dos mitos encontra suporte na estrutura emocional do homem moderno, constatando a existência de um notável paralelismo entre a sua religiosidade e a sua socialidade. Observando as linhas diretrizes de seu estado de ânimo, Kelsen conclui que seus estados emocionais frente a Deus e a sociedade são idênticos. Ao saber que está vinculado inelutavelmente a

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>8</sup> Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, 2ª ed., Madrid Trotta, 1993, p. 80.

outros, o indivíduo sente neles companheiros, mas, por outra parte, se sente prisioneiro da rede de conexões formada pelos múltiplos vínculos interindividuais e, portanto, como parte não autônoma de um todo, cujo sentido radica nesta conjunção de partes que se completam. Esse todo —o todo social— é assim experimentado pelo indivíduo como algo situado por cima de si, como algo superior que possibilita e condiciona sua própria existência, o que suscita nele um sentimento de dependência. E esta representação da subordinação e dependência instaura a figura complementar de uma autoridade que instituiu o intrincamento social e o vínculo social, autoridade instituinte da sociedade na forma da qual ela se introjeta no indivíduo.<sup>9</sup> Esta figura de autoridade tende naturalmente a se corporificar no Estado. A incondicional dependência através da qual a sociedade penetra e domina cada vez mais seu espírito e, de outro lado, a autoridade com a qual a deidade toma posse da alma do indivíduo não apresentam diferença alguma de essência e nem de grau, segundo Kelsen.

Na mente do homem primitivo o rei é idêntico a Deus, ou passa a seus olhos por representante de Deus e seu mandamento por expressão da vontade divina.<sup>10</sup> Esta equação perdura no discurso jurídico até o advento do Estado moderno: a lei posta pelo soberano foi tida sempre como expressão da vontade divina. A instauração do Estado de Direito é que vem produzir a ruptura formal dessa relação de identidade, até então propagada sem modificações. Nestas condições, o discurso apologético do jus positivismo, amplamente hegemônico em nosso meio, encontra respaldo na memória da espécie alojada no inconsciente coletivo para divinizar o Estado entronizando-o no lugar do soberano. Por outro lado, reforça a tendência de perpetuação dessa identidade.

#### 4. *O positivismo, o senso común jurídico e o pensamiento mítico*

O Estado moderno, separado da sociedade e a ela sobreposto, passa a representar efetivamente, no espírito do indivíduo, o todo social, assumindo a função hipotética de autoridade instituinte da sociedade. No mundo contemporâneo, o discurso voltado para a identificação do Estado com Deus encontra terreno fértil no inconsciente do indivíduo, não só em face do que

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, "Dios y Estado", em Correas, Óscar (comp.) *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 246.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 247.



consideramos a memória da espécie, como também porque ele está hoje, ainda mais dependente do (e dissolvido no) todo social. Esta dependência/dissolução produz nele um estado emocional cada vez mais propício a introjeção dos poderes e das instituições do Estado como entes mágicos, dotados de atributos sobre humanos, vale dizer, como divindades.

Persiste, assim, na vida social da modernidade, uma base real para a propagação dos mitos, propícia para a conformação de um imaginário social dominado pela figura divinizada do Estado, investido na função mágica de promotor da felicidade geral, tarefa cometida originalmente à Deus.

Este o substrato do senso comum jurídico sobre o qual se sustenta o ideário positivista, que coloca acima dos três poderes, um ente dotado de vontade —ente místico e transpessoal, de que os três poderes seriam apenas a manifestação palpável, como órgãos que expressam essa vontade onipotente.<sup>11</sup> Deitando raízes na estrutura emocional do homem moderno, cada vez mais submetido às determinações da objetividade, a doutrina apolética do Estado burguês é dotada de grande tenacidade, resistindo às evidências empíricas de sua insolvência enquanto instituição humana reguladora universal das relações no interior da sociedade e promotora do progresso.

## II. O PENSAMENTO MÍTICO E O DIREITO

### 1. *Os mitos conformadores da racionalidade jurídica*

A relação entre direito e mito não se limita à presença subversiva do pensamento mítico no interior do raciocínio jurídico aparentemente lógico, que daria ensejo às ideologias, no sentido marxiano de “falsa consciência”. Conforme observam Lenoble e Ost, a lógica jurídica se inscreve em um contexto conformado por significações sacralizadas, estruturadoras de uma esfera de categorias fixas, essencialmente míticas, dentro da qual se desenvolve um discurso jurídico fechado, marcado pelo dogma. Em razão de sua inscrição em um universo dominado pelo desejo e a crença —o universo do mito— a racionalidade jurídica seria a um só tempo lógica e fantasmagórica.<sup>12</sup> Dentre estes mitos, encontram-se o do legislador racional e o mito do grande oráculo.

<sup>11</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 27.

<sup>12</sup> Lenoble, Jacques; e Osr, François, *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 4.

O processo de instauração destes mitos obedece a lógica que foi estudada por Freud ao desvendar os procedimentos pelos quais se puderam defender os dogmas religiosos. Além da técnica do creio porque absurdo, recorre o pensamento religioso a filosofia do “como se”, anteriormente estudada por Vaihinger. Esta “filosofia” consiste em incluir em nossos processos cognitivos hipóteses cuja ausência de fundamento, inclusive seu caráter absurdo nos aparece com clareza. Nós as chamamos de ficções, mas em virtude de numerosas razões práticas, devemos conduzir-nos como se acreditássemos nestas ficções.<sup>13</sup>

Este é, sem dúvida, o processo construtivo do mito do legislador racional —um ente imaginário colocado em lugar do legislador real— capaz de produzir obra perfeita. Este também o processo construtivo do mito do grande oráculo, como adiante se verá. O fundo comum destes mitos, em que se ancora o direito moderno, é o culto da razão: ambos veiculam a idéia de que a ordem jurídica, posta na lei e expressa através dos Tribunais é obra da razão. Con forme observa Luiz Inácio Adams, a Razão iluminista, instituidora de uma ordem no mundo para dominá-lo, propiciando assim o progresso do homem, é a marca do positivismo jurídico.<sup>14</sup>

## 2. *Os mitos e a ordem jurídica*

A dominação social, na medida em que se exerce concretamente através do direito, necessita que ele seja legitimado para produzir o consenso indispensável à manutenção de um mínimo de coesão social. Eros Roberto Grau sustenta que os mitos modernos, conformadores do pensamento jurídico ocidental contemporâneo, cumprem esta imprescindível função de justificação: são instituídos conscientemente para validar a ordem jurídica burguesa e legitimar a obediência às suas prescrições. Para ele, o momento de desmitização da cultura anunciado pelo iluminismo racionalista —que pretendeu ser a superação definitiva da obscuridadedos mitos, características marcantes das Idades Antiga e Média— foi apenas um momento de substituição de mitos: “mitos irracionais ou inconscientes são, então, substituídos por outros, mitos também, porém definitivamente conscientes e racionais nos que os inventam como racionais e conscientes, embora

<sup>13</sup> Ots, François y Kerchove, Michel Van de, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 114.

<sup>14</sup> Adams, Luiz Inácio, *Razão Jurídica e Direito*, mimeo, p. 7.

hermeticamente, foram aqueles, nos que os inventaram”.<sup>15</sup> No seu entendimento, os mitos modernos são impostos à sociedade como instrumento linguístico de quem tem condições de exercer ideologicamente a dominação social.

Estes mitos, conscientemente mantidos pela ideologia jurídica dominante, são propagados nas escolas e perpetuados no Poder Judiciário. Conforme veremos, o aparelho judiciário, convenientemente estruturado para assegurar a hegemonia dos Tribunais Superiores através da concentração do poder no topo da Instituição, cumpre, além da função basilar de dirimir os conflitos no seio da sociedade, o papel de instaurar —através da interpretação autêntica da lei— uma ordem jurídica determinada, resultante de uma das leituras possíveis do sistema jurídico vigente, leitura esta apresentada sempre como a única possível e verdadeira.

Neste processo, segundo a teologia positivista, a atividade judicante é exercida como se os julgadores se restringissem ao desvendamento, através de simples operações lógicas, da vontade do legislador racional, ente imaginário colocado em lugar do legislador real. Instaurase, assim, o mito do juiz oráculo —outro ente imaginário, colocado no lugar do julgador real, que seria capaz de exercer uma atividade livre de toda subjetividade humana. Este mito, como veremos a seguir, funciona como um manto protetor, uma máscara ideológica, que permite aos Tribunais Superiores transgredir ou negar vigência aos princípios e às normas dominantes do sistema jurídico sem macular sua imagem social, que é encimada pelos braços do equilíbrio, da prudência, da isenção e da neutralidade em face dos interesses particulares em conflito. É essa máscara ideológica que permite aos Tribunais negar eficácia normativa material à Constituição, ou mitigar os seus preceitos quando eles se contrapõem à lógica da economia para realizar a vocação maior do direito: o domínio do homem sobre as de terminações da objetividade.

### III. O MITO DO LEGISLADOR RACIONAL

#### 1. *O Estado liberal de direito e a consagração do império da lei*

A instituição do mito do legislador racional tem sua gênese na Revolução Francesa. Historicamente ele se manifesta no processo de deslocamento do

<sup>15</sup> Grau, Eros Roberto, *A Constituinte e a Constituição que Teremos*, San Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 21.

poder concentrado no monarca para a lei escrita. A Lei, convertida em monopólio do Estado Moderno, assume a forma de lei escrita em busca da segurança das relações jurídicas. Esta segurança, veiculada como um interesse universal da sociedade, fora projetada pelas novas classes dominantes para atender a necessidade objetiva de fluidez das operações mercantis em expansão, que correspondia aos interesses particulares dessas classes. Para ser superlegitimada como a fonte do direito, a lei é descrita como obra da Razão; a vontade racional do povo soberano expressa na assembléia legislativa é a fonte exclusiva de sua imperatividade. Trata-se agora de uma razão diversa da razão divina, até então veiculada pelo soberano destronado, mas adornada pelos mesmos atributos de onisciência e onipotência.

Fundando o reino das leis, o Estado de Direito Liberal realizava-se como Estado de razão, onde a cooperação da representação popular — expressão da soberania do povo — garantia “a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o caráter geral e abstrato das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pela autoregulação do mercado”.<sup>16</sup>

O mito da Razão iluminista valeu, portanto, ao novo direito, como idéia justificadora, adotada para instaurar a fetichização da lei escrita. Este movimento, tendente a reduzir todo o direito à lei escrita, foi restringindo o campo de incidência do direito natural e decretando o triunfo da Razão mediada pela atividade ordenadora do Estado moderno sobre a Razão pura, veiculada pelo jusnaturalismo. A consagração da lei escrita como a fonte do Direito, além de ensejar a vitória do jus positivismo sobre o jusnaturalismo, afirmou a autonomia do direito frente a moral.<sup>17</sup> Enquanto a lei moral tem em conta a motivação dos atos humanos, exigindo o seu cumprimento por dever ético, o direito se conforma com a mera legalidade, com a conformidade dos mesmos atos com as normas legais, forte em que estas são obras da Razão.

## 2. A inстраuração do mito do legislador racional

O legislador revolucionário, investido do monopólio da produção normativa, optou pela edição dos códigos, objetivando assegurar a unidade

<sup>16</sup> Novais, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 89.

<sup>17</sup> Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 17.

lógica e a completude da Lei. E, estando imbuído do ideal de perfeição, esta perfeição foi desde logo propagada como existente, com respaldo na legitimação conquistada pela revolução vitoriosa, que permitia à nova classe no poder falar em nome dos interesses universais. O dogma da perfeição do texto produzido pelo legislador real, no entanto, não resistiu muito tempo, em face das lacunas, contradições e ambigüidades que foram reveladas pelas crescentes divergências de interpretação no momento em que a lei era aplicada. Para manter a sacralização da lei, foi necessário operar a separação entre a letra da lei e o seu sentido real, entre o signo —imperfeito, em face das limitações humanas— e o significado, que seria sempre racional e perfeito. Instaura-se assim uma instância mental, um sentido, que não coincide necessariamente com o das palavras que compõe o texto da lei—. <sup>18</sup> Tratase de um pensamento que se incorpora ao texto como a alma adere ao corpo, sem confundir-se com ele.

Não se tratava mais da vontade do legislador real, que é plúrima e necessariamente contraditória em face dos conflitos de interesses subjacentes à sua elaboração; vontade que é marcada por ambigüidades e lacunas, inafastáveis em face da imperfeição humana. Mas a de um legislador ficto, abstrato, único, capaz de produzir obra unitária, coerente e não contraditória, isenta de lacunas e ambigüidades. Sistema em que os vazios, as contradições, as imprecisões, seriam apenas aparentes, porque devidas às insuficiências da linguagem do legislador real. Incapazes, portanto, de ensejar dúvidas sobre a onisciência de seu autor imaginário da lei. <sup>19</sup>

Além do atributo da perfeição, a Lei teria plena eficácia na ordenação do mundo, produzindo a felicidade geral, o que confere a este ser transcendente, também o predicado da onipotência. Eis aí, por inteiro, o mito do legislador racional: uma ficção instaurada pelo pensamento iluminista, um ente de razão adornado com os atributos divinos da onisciência e da onipotência.

Sua existência, ou melhor, sua pseudo-existência, exige, como se verá, na aplicação do direito, a institucionalização de um sistema racional voltado para o desvendamento seguro desta vontade fictícia, cuja univocidade deve ser preservada para a própria sobrevivência do mito. <sup>20</sup>

<sup>18</sup> Calvo García, Manuel, "La voluntad del Legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica", *Doxa*, Alicante, 1986, p. 117.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>20</sup> Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 75.

### 3. *Os atributos do legislador racional*

Os atributos do legislador racional haviam sido identificados por Hobbes no soberano, ou no Estado, visto como homem artificial, que sintetiza poder, vontade e razão. Para ele, os fins e propósitos da lei —sendo ela a todo Estado— devem supor-se sempre em harmonia com a equidade e com a razão. Hobbes sustentou também que o significado da lei não está na sua letra, mas na intenção do legislador, com base na qual a letra pode ser corrigida.<sup>21</sup>

No projeto Rousseauiano, a soberania se desprende da figura do monarca, ou do Estado, para deitar raízes no povo. Mas a figura extraordinária de legislador postulada por Rousseau é concebida como um ente de razão, idealizado como um ser capaz de encarnar a vontade geral, ela própria uma ficção destinada a legitimar o império da Lei, a que devem se submeter tanto os homens comuns como os governantes. Os atributos do legislador racional, considerado um homem extraordinário, são explicitados pelo autor do *Contrato Social*:

para descobrir as melhores regras de sociedade convenientes às nações, far-se-ia preciso uma inteligência superior que visse todas as paixões e não provasse nenhuma; que não tivesse nenhuma relação com nossa natureza e a conhecesse no íntimo; cuja felicidade fosse independente de nós, e que, portanto, quisesse ocupar-se da nossa; enfim, que, no progresso dos tempos, procurando-se uma glória longínqua, pudesse trabalhar em um século e usufruir em um outro. Haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens.<sup>22</sup>

Foi esta entidade imaginária, divinizada, postulada por Rousseau, que a revolução vitoriosa entronizou ao proclamar que a lei era a expressão da “vontade geral”, uma vontade universal também imaginária.

### 4. *Ascensão e queda do mito do legislador racional*

A nova sociedade instaurada pela grande Revolução, emergindo da sociedade medieval, decretou a extinção das vontades particulares representadas pelos testamentos da velha sociedade e, negando a existência de conflitos em seu interior, instituiu a igualdade formal proclamando a criação

21 Calvo García, Manuel, *op. cit.*, nota 18, p. 120.

22 Rousseau, Jean-Jacques, *O Contrato Social e Outros Escritos*, São Paulo, Cultrix, p. 50.

do reino da igualdade. Como nos seus primórdios ela ainda não havia engendrado as enormes desigualdades sociais que a caracterizaram mais tarde, a ficção da vontade geral e o mito do legislador racional estavam lastreados na formação histórica concreta. E a categoria iluminista lei-expressão-da-vontade-geral, que pressupõe a existência do legislador racional, central no Estado de Direito Clássico, de uma certa forma era um reflexo da sociedade real. Hoje a ficção da vontade geral e o mito do legislador racional remanescem como ideologia no discurso apologético do Estado moderno, reiterado monotonamente pelos juspositivistas.

García de Enterría, constatando a desvalorização moral e social da lei como técnica de governo humano, identifica o ponto culminante do processo dialético de esvaziamento dos grandes dogmas que condicionavam e implicavam o positivismo. Segundo o seu magistério,

el positivismo legalista era tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica entre ley y razón, y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad humana. El advenimiento de 'el reino de la ley' fue saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en la que la 'alienación' del individuo en la sociedad (que había hecho de aquél un ser 'encadenado' desde los orígenes mismo de la Historia) quedaría definitivamente rota, y fundado con ello la posibilidad de un hombre nuevo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas. La sociedad actual no las comparte ya, y, mucho más, ocurre todavía que, como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable 'amenaza para la libertad', incluso en una 'forma de organización de lo antijurídico', o hasta en un instrumento para 'la perversión del orden jurídico'.<sup>23</sup>

O processo descrito traz como resultado a dessa cralização da lei e do Estado de Direito, com a dissolução do mito do legislador racional. A lei perde a sua autoridade como instrumento de organização social. A perda de eficácia da lei abala profundamente a dominação política das classes sociais hegemônicas, impondo-lhes o desafio da restauração de sua legitimidade, para que possa cumprir sua função imprescindível.

23 García de Enterría, Eduardo, *op. cit. supra*, nota 10, p. 27.

A possibilidade de superação da crise surge com a instauração do Estado Democrático de Direito, que implica na renúncia à pretensão de onipotência que marcou o Estado Moderno, ainda hoje veiculada pelo discurso apolo-gético do jus positivismo. O restabelecimento da legitimidade da lei como instrumento de organização social poderá surgir da modificação do conteúdo desta categoria. A lei-expressão da-vontade-do-legislador-racional, cede lugar à lei-mediação-jurídica-das-relações-conflitivas; lei que é, assim, reconhecida como ato resultante da ação política de agrupamentos sociais portadores de interesses divergentes ou conflitantes. Reconhecido como algo profano, portanto.<sup>24</sup>

#### IV. A INSTITUIÇÃO JUDICIÁRIA E O MITO DO GRANDE ORÁCULO

##### 1. *Da entronização do legislador racional ao mito do juiz-oráculo*

Lenoble e Ost revelam que o quadro institucional no qual se exerce a função de julgar não é neutro. Há nele um ordenamento destinado a viabilizar a realização de um fim colimado. As instituições concebidas pelo legislador revolucionário, superando o estado de dispersão preexistente, são estruturadas pela idéia-diretriz de que a função de julgar tem o sentido de revelação da vontade do legislador racional. Esse aparelho, ao produzir uma interpretação autêntica da lei, para que ela corresponda ao “desvendamento” da vontade do legislador racional, deveria ser capaz de ratificar seus atributos, todos excedentes da condição humana, a começar pela univocidade. A prestação jurisdicional, propagando o simbolismo da unidade, haveria de cumprir a função de introjetar no imaginário social a ordem jurídica afirmada pelo Poder Judiciário enlaçada com a idéia de verdade, que é una e indivisível.<sup>25</sup> Daí porque o primeiro atributo da lei a ser ratificado na prestação jurisdicional é o da sua univocidade.

Se o estado de dispersão pré-existente ensejava a hipertrofia do poder dos juízes, o quadro instaurado pelo pensamento iluminista —fundado na idéia de que a lei, sendo obra da Razão, é capaz de tudo prover e de forma justa— deveria produzir juízes obedientes à lei. No umbral do projeto de Código Civil da Revolução chegou a ser inscrita norma segundo a qual “o primeiro efeito da lei é o de terminar toda a especulação e de fixar todas as

24 Coelho, Rogério Viola, *A Relação do Trabalho com o Estado*, São Paulo, LTR, p. 17.

25 Lenoble, Jacques; e Ost, François, *op. cit. supra*, nota 12, p. 26.



incertezas sobre os pontos que ela regra”. Em consequência, o Poder Judiciário seria um mero “órgão de execução do poder legislativo”, que aplicaria automaticamente a lei, realizando um trabalho menor, de funcionário subaltero —uma operação simples de subsunção do fato à norma.

O ato de julgar ficando reduzido a um silogismo, a uma operação lógico-formal, estaria assegurada a plena neutralidade do Juiz. Essa idéia de submissão à lei, conformadora também da imagem do Juiz moderno, ainda hegemonizada pelo pensamento positivista, está nitidamente ancorada, assim, nas qualidades eminentes conferidas ao autor imaginário do texto, a esse ente fantasmagórico posto em cena pela mitologia do iluminismo.<sup>26</sup>

Nessa fase inaugural, levando às últimas consequências a instrumentalização dos juízes, o surgimento de interpretações conflitantes nos Tribunais sobre o conteúdo de uma norma determinada dava ensejo a provimento legislativo destinado a dirimir o conflito interpretativo. Em breve tornou-se ineludível a insuficiência da referência legislativa para assegurar o fechamento lógico da jurisprudência. A função de superação dos conflitos interpretativos, absolutamente indispensável para manter a sacralização da lei, foi deslocada então para um órgão do próprio Poder Judiciário, a Corte de Cassação, que passou a ser o Guardião Supremo da Lei, consolidando-se a sua estrutura atual.

A propagação da mitologia descrita, segundo ainda Lenoble e Ost, ficou assegurada por esta estrutura centralizada e piramidal, capaz de conjurar toda disfunção do sistema jurídico.<sup>27</sup> Os juízes não seriam mais aqueles seres inanimados, mas o seu labor hermenêutico, projetado pela estrutura descrita, haveria de direcionar-se exclusivamente para o desvendamento da vontade desse ente mítico, cabendo-lhes apenas explicitá-la no caso concreto. Em consequência, no exercício da prestação jurisdicional, haveriam de afastar qualquer consideração valorativa, abstrair inteiramente os princípios de justiça próprios ou da sociedade, controlar inteiramente suas paixes, olvidar sua própria concepção de mundo e de sociedade, enfim, despojar-se de toda a sua subjetividade humana para poder —como um verdadeiro oráculo— auscultar aquele legislador hipotético, captando com absoluta fidelidade sua vontade, imperfeitamente expressa no texto da lei. A decisão judicial seria, assim, a manifestação dessa vontade onisciente e

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 36.

onipotente no caso concreto, a realização dos desígnios desse ente divinizado no mundo real.

## *2. A estrutura do judiciário e o mito do grande oráculo*

Neste sistema, naturalmente, as leis correspondem aos evangelhos que, embora escritos por homens, seriam a materialização (imperfeita) da vontade de Deus, cabendo aos sacerdotes, seus representantes na terra, desvendá-la. Os juízes singulares —sujeitos a invencíveis limitações e paixões humanas— tenderiam naturalmente a agir como oráculos fragmentários, dispares, habitualmente contraditórios, na tradução da vontade divinizada do legislador hipotético. Assim como a necessidade de revelar uma vontade divina unívoca deu ensejo a estrutura hierarquizada da Igreja, entronizando no seu topo a autoridade infalível do Papa, a estrutura monárquica do Poder Judiciário encontra seu fundamento na natureza divinizada do legislador racional. Ao órgão situado no topo desta estrutura —guardião supremo da lei— caberia a função maior de assegurar a uniformidade dos oráculos, conferindo à lei aquele caráter majestático que lhe era tão necessário para afirmar o seu império.

Constituiu-se, assim, uma Corte cardinalícia que —além de exercer o poder de uniformizar o entendimento sobre a vontade contida na lei— ficou investida do poder disciplinar e da atribuição de controlar a carreira dos juízes, elementos que, naturalmente, contribuem para a afirmação de sua hegemonia ideológica sobre o corpo de magistrados. Este poder —hoje exacerbado pela faculdade conferida aos Tribunais Superiores de sumular preventivamente matérias tidas por relevantes— submete a atividade judicante à autoridade de “artigos de fé”, da mesma forma que as bulas papais se impõem aos sacerdotes, sepultando os entendimentos divergentes sobre as matérias versadas. A plenitude da racionalidade, conferida por esta doutrina aos colegiados dos Tribunais Superiores, constitui o fundamento e a justificação do arbítrio de que desfrutam estas Cortes no recrutamento de juízes para o suprimento de suas vagas, legitimando-se assim a filtragem ideológica subjacente, bem como o fundamento para a vitalicidade de seus membros nos seus cargos cardinalícios. Os órgãos situados no topo das Instituições Judiciárias são soberanos. Todas as questões interna corporis obedecem a processos decisórios de sentido único, de cima para baixo, reservando-se para os magistrados situados na base da pirâmide a condição

de súditos nesta instituição medieval, o que é manifesto até no temor reverencial que revelam os juízes pelos membros dos Tribunais Superiores.

A Corte Superior, assim concebida, ficou conformada como um grande oráculo, capaz de revelar, transmitir e fazer valer a vontade do legislador racional como uma vontade unívoca. Os rituais, as vestes e as pompas mantidas até nossos dias pelos Tribunais Superiores, verdadeiros templos, servem também ao objetivo de introjetar e manter no imaginário social o mito do “grande oráculo”. Como se vê, não parece ser obra do acaso a semelhança da estrutura da Instituição Judiciária com a da Igreja, destinada a afirmar a vontade de Deus na Terra.

### 3. *A concentração do poder na instituição judiciária*

Os efeitos do poder disciplinar verticalizado, exercido de forma crescente no interior do aparelho Judiciário, não podem mais ser subestimados. Como observa Foucault, não se pode descrever o fenômeno do poder —que só se manifesta nas relações de poder— apenas pelos seus efeitos negativos, como repressão, censura, exclusão. O poder tem efeito constitutivo, ele “produz o real; produz domínios de objetos e rituais de verdade”. O exercício de um poder disciplinar autoritário não só organiza o espaço e controla o tempo, como também carrega a vigilância que chega a “impregnar quem é vigiado de tal modo que este adquire de si mesmo a visão de quem o olha”. Daí porque, Foucault conclui que “o poder é produtor de individualidade” e que, na sociedade capitalista, à medida em que o poder disciplinar se torna mais anônimo e funcional, aqueles sobre quem ele se exerce tendem a ser mais fortemente individualizados.<sup>28</sup>

A exacerbação do poder disciplinar —que nessa sociedade é um fenômeno observado originalmente na fábrica— tende a elastecer-se, alcançando as instituições produtoras de serviços, que são crescentemente tensionadas pela mesma necessidade objetiva de funcionar com o máximo de rapidez e o máximo de eficiência. Da imposição desta lógica não fica imune o Poder Judiciário, em que pese a resistência manifestada pelos Juízes, que pertencem inescusavelmente ao gênero dos trabalhadores intelectuais, nesta condição produtores de serviços.

A necessidade de sujeição a essa lógica, impulsionadora da ação crescente de um poder disciplinar autoritário, dirigido para “fabrica-los” como

28 Foucault, Michel, *Microfísica do Poder*, Vozes, pp. XVI- XVIII.

individualidades alienadas, propiciado a maximização de sua produção, parece reforçar nos magistrados de primeira instância a tendência, apontada por José Eduardo Farias, de serem “em maior ou menor grau cultural e ideologicamente ‘amalgamados’ por seu ethos predominantemente formalista e tecnicizante”.<sup>29</sup> Com efeito, aderindo passivamente aos critérios de interpretação da lei cristalizados nos enunciados dos tribunais superiores, ganham celeridade e segurança, ao mesmo tempo em que demonstram estar em conformidade com os cânones de justiça consagrados pela Instituição. Perpetua-se e acentua-se, assim, a tendência de serem os juízes hegemonzados ideologicamente pela Corte cardinalícia situada no topo da Instituição, investida do status de grande oráculo do legislador racional, divindade a quem os magistrados são “treinados” para servir sacerdotalmente desde os bancos acadêmicos, através da pregação positivista oficializada em nosso País, pregação que equipara nossas faculdades de direito aos seminários maiores.

#### 4. *A desestabilização do mito do grande oráculo*

A dessacralização da lei, no contexto do Estado Democrático de Direito, tende a desestabilizar o mito do grande oráculo, que sustenta a estrutura monárquica do Poder Judiciário, burocratizada, verticalizada e antidemocrática, voltada para assegurar a concentração de todo o poder jurisdicional no topo da Instituição. Com efeito, a lei, no Estado Democrático de Direito, passa a ser vista como algo profano, como um produto cultural que reflete e condensa as relações de força existentes entre os grupos sociais, realizando uma mediação jurídica (vale dizer normativa) das relações conflitivas, mediação esta que deve realizar os canones de justiça inscritos na Carta Política. Na medida em que se concebe a lei como algo profano e em que a ciência do direito confere aos princípios plena eficácia normativa material, o Poder Judiciário terá de assentar-se sobre outros pilares —também profanos agora como um poder temporal, laico, estruturado por princípios democráticos, capaz de implementar os valores da sociedade. Estes valores tanto se inserem nos princípios consagrados pela Constituição, na medida em que ela é legitimamente instituída, como se expressam nos princípios jurídicos não positivados, reconhecidos, uns e outros, modernamente, como normas jurídicas.

29 Faria, José Eduardo, “Justiça e Conflito”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 29.

## V. AS DECORRÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA MITOLOGIA POSITIVISTA

### 1. *A descrição positivista da atividade judicante como máscara ideológica*

Jerzy Wroblewski, em estudo sobre a aplicação judicial do direito, observa que, em suas manifestações, os Tribunais expressam suas concepções a respeito da atividade judicante e freqüentemente formulam implicitamente idéias a respeito do papel do juiz, enquanto que a doutrina jurídica precisa com freqüência o lugar do juiz no direito e formula as metas que a prestação jurisdicional deve alcançar. Mas, verificando que resta sempre alguma indeterminação e uma relativa indefinição, conclui que não se pode falar em doutrinas ou em teorias, preferindo falar da existência de ideologias conformadas pelas manifestações que podem ser recolhidas nestas fontes. No seu magistério, o pensamento teórico do jus positivismo, nesta questão, propaga a ideologia da decisão vinculatória, que corresponde às idéias políticas do Estado Liberal de Direito. Esta ideologia propagou a crença “de que la decisión judicial está determinada completa y estrictamente por la ley, las decisiones son ciertamente tan seguras y estables que las leyes mismas. Podemos agregar que son las leyes estas mismas leyes creadas por el parlamento las que deciden sobre los casos concretos. El parlamento decide lo que debe hacerse, lo que es justo....”<sup>30</sup>

Cumprе lembrar que ultrapassada a fase inicial da grande revolução, em que se acreditou que a literalidade da lei, sendo esta obra da razão, não daria margem para interpretações divergentes registrou-se a evolução para a fase da separação entre o espírito da lei e sua literalidade, quando foi entronizada formalmente a figura mítica do legislador racional em lugar do legislador real (parlamento), cabendo ao juiz o desvendamento do pensamento desse legislador imaginário, como vimos anteriormente. Assim, no primeiro momento a vinculação propagada era descrita como absoluta e direta, ensejando a ação judicante processos intelectivos rudimentares de subsunção mecânica do fato à forma. No segundo momento, cresce o seu papel, passando a ser descrito pelo jus positivismo como alguém dotado de uma vontade livre de toda a determinação fenomênica, liberta inclusive do “impulso desejanте” para captar com absoluta fidelidade a vontade de um legislador imaginário expressa imperfeitamente no texto da lei. Uma vez

<sup>30</sup> Wroblewski, Jerzy, “Justiça e Conflito”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 29.

desembaraçado dos condicionamentos reais internos, decorrentes da sua filiação a uma determinada visão social de mundo e dos pressupostos axiológicos que lhe correspondem —constitutivas, segundo Bordieu das “categorias de pensamento impensadas que delimitam o pensável e predeterminam o pensamentos” — pode o juiz ostentar os atributos da vontade racional kantiana, assegurando, assim, a legitimação social da prestação jurisdicional concretamente oferecida à cidadania.<sup>31</sup> Mas ela continua a ser uma vontade derivada, heterônoma, porque inteiramente determinada pela vontade hipotética do legislador racional. Este é, inequivocamente, o sentido da afirmação corrente da doutrina contemporânea de que, através da sentença se realiza a vontade da lei no caso concreto. Efetivamente, no ideário positivista, o Juiz não é sujeito no ato de julgar, mas um mero instrumento a serviço da realização da vontade onisciente e onipotente daquele ser imaginário, vontade oculta nos interstícios da letra da lei, a que o seu “aplicador” deve servir sacerdotalmente.

Desta forma, são inteiramente validos os questionamentos formulados pelo jurista polonês, demonstrando que a imagem da aplicação do direito aceita por esta ideologia é lisa e claramente falsa, uma vez que

no es sino en casos excepcionales que la decisión judicial está determinada por las leyes, ya que el juez no desempeña el papel de una máquina lógica. Al contrario, mediante sus estimaciones y elección, él crea la decisión de una manera más o menos libre. El sistema del derecho no es completo, ni cerrado, ni tampoco no-contradictorio, y el juez como dicen algunas críticas es el cocreador del derecho junto con el legislador. De esta manera, los valores de certidumbre, de seguridad y de estabilidad jurídica no son más que aparentes e irrealizables; y la ideología de la decisión determinada si se considera esta última con seriedad y buena fe, se revela imposible.<sup>32</sup>

Efetivamente, a vontade deste Juiz Oráculo —apresentada pelo jus positivismo como expressão servil de uma vontade heterônoma, pertencente ao legislador racional— converte-se, paradoxalmente, no mundo real, em uma vontade livre das reais determinações do Direito. Devendo obediência plena à vontade oculta daquele ente fictício —divinizado— fica livre para

<sup>31</sup> Bordieu, Pierre, *O Poder Simbólico*, tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1989, p. 243.

<sup>32</sup> Wroblewski, Jerzy, *op. cit. supra*, nota 30, p. 28.

adotar ou não as diretrizes emanadas dos princípios jurídicos, inclusive daqueles que são consagrados pela Constituição, negando assim aos preceitos reitores do sistema jurídico qualquer resquício de eficácia normativa material. A imagem descrita, corresponde, portanto, a uma máscara ideológica, conscientemente elaborada e introjetada no imaginário social, máscara esta que cumpre a função de scondere a verdadeira natureza da prestação jurisdicional. É esta máscara ideológica que permite, por exemplo, à maioria conservadora da Suprema Corte Trabalhista Brasileira sepultar massivamente, com absoluta naturalidade, os direitos subjetivos dos trabalhadores através de seus enunciados —verdadeiras bulas papais dotadas de retroeficácia— editados freqüentemente contra normas expressas, ou negando eficácia material às normas e princípios constitucionais. Não sendo sujeitos de suas decisões, mas simples instrumentos daquele ente mítico —o legislador racional— podem praticar as maiores iniquidades, atropelando o Direito, sem perder o ar piedoso dos cardeais.

## *2. As motivações reais informadoras da atividade judicante*

O arbítrio —manifesto especialmente na orientação dos tribunais superiores, mas presente também nas decisões dos tribunais e juízos subalternos— está efetivamente lastreado na sacralização da lei, produzida e sustentada pelo jus positivismo. Miedzianagora, constatando a falácia veiculada pelas teorias de interpretação dos expoentes do jus positivismo moderno —Kelsen, Hart e Fuller conclui que os juízes e especialmente os de uma Corte Suprema, embora sejam adeptos de uma ou outra concepção de interpretação, de uma maneira geral decidem tendo em conta critérios diversos dos que professam teoricamente, tendencialmente por critérios ditados pelos valores e regras da ideologia dominante. No seu entendimento, estas decisões podem igualmente ser função da apreciação ideológica das conseqüências da aplicação de tal regra ou de tal interpretação de um enunciado de regra, que eles assumirão ou deixarão de assumir. A apreciação destas conseqüências se fará em espécie ou segundo as diretrizes de uma política jurídica mais geral.<sup>33</sup>

Conforme constata este autor, as noções de seguridade jurídica, de interesse público, de utilidade social, de bem comum, etc..., designam de uma

<sup>33</sup> Miedzianagora, J., *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 193.

maneira vaga estes critérios ideológicos. Ao invocá-los, o juiz buscará freqüentemente um apoio retórico, que ele pode encontrar em uma lei ou regulamento, etc..., cujo fim, valor ou conseqüências, no seu entendimento, servem ao objetivo que ele persegue. Encontrando a norma procurada sustenta que ela vale como indicativo da conversão daquela noção abstrata, de conteúdo indeterminado, em categoria jurídica com força de princípio absoluto, capaz de derrogar quaisquer normas positivas.

Dáí porque conclui Miedzianagora que não se pode reduzir o conjunto da jurisprudência —mesmo que se trate de um único país— a um modelo de regras de interpretação que nos sejam propostos, nem a uma composição eclética operada a partir destes modelos: “a interpretação das leis tem lugar no quadro de um procedimento no curso do qual se exerce uma espécie de luta retórica controlada em certa medida pela Corte Suprema que impõe sua política jurídica”.<sup>34</sup> E para decifrá-la é necessário identificar a ideologia fundante desta política, como produtora em última instância da interpretação ou da decisão judicial.

## VI. A POLÍTICA JUDICIÁRIA CONFORMADA PELOS ENUNCIADOS DO TST

### 1. *A Configuração de uma tendência através de uma sucessão de enunciados do tribunal superior do trabalho*

No Brasil, tem plena incidência as observações críticas precedentes. Nos últimos anos a Suprema Corte Trabalhista, conformada como uma Corte de Cassação, vem assumindo de forma cada vez mais ostensiva, uma política judiciária pragmática, de aberta repressão à demanda de prestação jurisdicional, informada imediatamente pelo propósito mais ou menos explícito de adequar o número de reclamatórias às possibilidades da estrutura obsoleta do aparelho Judiciário, mas tendo como objetivo maior promover a retirada gradual do Estado da solução dos conflitos entre o capital e o trabalho.

A concretização destes objetivos se expressa na tendência ao esvaziamento do direito de ação, que teve o seu marco inaugural na edição do Enunciado núm. 198, que veio alterar, de forma surpreendente, sem que tivesse havido qualquer alteração no Direito Positivo, a orientação já pacificada há longos anos nos pretórios trabalhistas sobre a prescrição. Esta

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 194.



orientação estava cristalizada no Enunciado 168, o qual dispunha que, na lesão de direito que atinge prestações periódicas, a prescrição se conta do vencimento de cada uma delas e não da lesão do direito do qual se origina. O novo enunciado, abrindo uma exceção ao princípio da prescrição parcial para as lesões resultantes de ato unilateral do empregador, que constituem o maior número, produziu o efeito devastador perseguido pelo Tribunal.

Os juízes das instâncias inferiores, com poucas exceções, adaptaram-se rapidamente à nova orientação, apenas sugerida pelo Tribunal Superior.; alguns, por mudarem realmente sua frágil convicção anterior; muitos outros, por incapacidade de formar ou de assumir as próprias convicções em nome da “obediência devida” e talvez a maior parte por entender simplesmente que a nova orientação sumulada vinha contribuir para a redução dos pleitos trabalhistas, aliviando assim sua insuportável carga de trabalho.

A tendência apontada aprofundou-se com a edição da Súmula 223 que, modificando radicalmente o entendimento uniforme dos Tribunais Regionais e do próprio TST, veio afirmar que “o termo inicial da prescrição para anular a opção do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço coincide com a data em que é formalizado o ato opcional e não com a cessação do contrato de trabalho”. Ditas ações, convém lembrar, têm por fundamento, na maior parte das vezes, a falta de homologação judicial da declaração de opção após um ano de vigência do contrato, formalidade essencial imposta pelo parágrafo 1º, do artigo 3º da Lei núm. 5.107, de 13.09.66, com a evidente finalidade de garantir a autonomia da vontade do empregado.

A mesma tendência de restringir o direito de ação, assumida pelo TST, manifestou-se depois pela revisão da orientação até então adotada no instituto da substituição processual. A súmula núm. 180, que desautoriza a desistência da ação pelo substituído sem que “comprovadamente tenha havido transação”, foi revogada pelo Enunciado núm. 255, que permite a desistência pura e simples pelo substituído, expondo-o à pressão patronal, quase sempre eficaz, especialmente nas pequenas e médias empresas, que abrigam a maior parte dos trabalhadores de nosso País.

Em seguida veio o Enunciado núm. 286, para dizer que o “Sindicato não é parte legítima para propor, como substituto processual, demanda que vise a observância de convenção coletiva”, mais uma vez “legislando” o TST contra o entendimento consolidado nos pretórios trabalhistas.

## 2. *O enunciado 294, consagrador da prescrição do direito de ação na vigência do pacto laboral*

Posteriormente, vem o Enunciado 294, proposto pelo Ministro Marco Aurelio, hoje no S.T.F. Segundo o seu entendimento, vitorioso na Suprema Corte Trabalhista, tendo o instituto da prescrição “por objetivo a estabilidade das relações jurídicas” e “por fundamento maior a paz social”, o prazo prescricional deve fluir na vigência do contrato de trabalho, mesmo que o ato infringente de suas cláusulas seja nulo de pleno direito.<sup>35</sup> A doutrina do Ministro Marco Aurélio foi referendada pelo TST em alguns acórdãos que precederam e justificaram a edição da Súmula 294, nos quais ele próprio foi o relator, como é o caso do que foi proferido pela 1ª Turma no Recurso de Revista 2895/1, no qual afirma que: “mais do que qualquer outro campo, o atinente ao relacionamento jurídico entre empregado e empregador está a reclamar o afastamento de toda e qualquer incerteza, devendo o titular do direito infringido preferir, à espada de Demo, a elucidação das dúvidas porventura surgidas. Para o bom desenvolvimento das atividades, requer-se ambientes expungido de dúvidas e incertezas, onde prevaleça, enfim a confiança mútua”.

Como se vê, preocupa a Suprema Corte Trabalhista a ameaça que paira sobre o empregador de ser acionado pelo empregado a qualquer tempo. Trata-se de um empregador fictício, que não pode prescindir de segurança nas relações jurídicas para “o bom desenvolvimento das atividades”, e não do empregador concreto que, tendo a sua disposição um exército de reserva, ao ser acionado pelo empregado, exerce, via de regra, o despótico direito potestativo de resilir unilateralmente o pacto laboral, tal como um soberano que, ofendido por um súdito, manda decapitá-lo para exemplo dos demais. O empregado, para o Ministro, é também um ser imaginário que, titularizando direitos infringidos, deve estar em condições de desencadear desde logo a coerção estatal sobre seu empregador, porque lhe cabe contribuir para manter um “ambiente expungido de dúvidas e incertezas”. Para ele não existe o trabalhador concreto que, não tendo nenhuma garantia no emprego, jamais reclama na vigência do contrato.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Mello, Marco Aurélio Farias, “A Prescrição e as Prestações de Trato Sucessivo”, *Revista LTr*, ano 47, p. 1-11.

<sup>36</sup> Coelho, Rogério Viola, “O Direito de Ação. Os Enunciados do TST. F. a Insolvência de Justiça do Trabalho”, *Rev. Síntese Trabalhista*, 4, outubro de 1989, p. 15.

A orientação do Enunciado 294 importa, na prática, em legitimar as reduções salariais impostas pelo empregador através das alterações contratuais prejudiciais ao empregado, o que afronta o princípio da irredutibilidade salarial, que adquiriu o estatuto de princípio constitucional na Carta de 1988.

Como se vê, assiste razão a Lyra Filho, para quem “o que prevalece não é, propriamente, a ‘vontade’ ou o ‘sentido da lei, mas a dialética das atitudes do ‘intérprete’, segundo o ponto de vista em que se situa, para ‘ver’ os conflitos, ‘através’ das normas, cujos limites são freqüentemente ultrapassados”.<sup>37</sup>

Desnecessário lembrar que o enunciado em questão produziu o efeito devastador pretendido pela Suprema Corte Trabalhista, graças a “obediência devida” pelas instâncias inferiores, obediência esta promovida pela estrutura verticalizada da Instituição, produtora de uma ideologia conformista nos “Juizes subalternos”.

### *3. A reação do TST ao instituto da substituição processual e a crise de autenticidade que ela expressa*

Se a sucessão de enunciados restritivos do exercício do direito de ação pelo cidadão trabalhador conformava uma política judiciária pragmática, norteadada apenas pela necessidade de reduzir o volume invencível de conflitos que se impunha ao Judiciário Trabalhista dirimir, era de esperar-se que este mesmo “norte” ensejasse a acolhida sem reservas do instituto da substituição processual consagrada pelo artigo 8º, inciso III da nova Carta, que conferiu explicitamente às entidades sindicais o poder-dever de defender judicialmente os direitos coletivos e individuais dos membros da categoria. Seria a grande solução para a superação do estado de insolvência em que se encontrava a Instituição na entrega da prestação jurisdicional, uma vez que o abarrotamento de todas as instâncias da Justiça Especializada se devia notoriamente à prática crescente de leses massivas. De outra parte, o instituto da substituição processual fora consagrado universalmente como um imperativo democrático na moderna “sociedade de massas”, rompendo radicalmente a concepção privatista de ação, remanescente do Estado de Direito Liberal.

<sup>37</sup> Lyra Filho, Roberto, *Direito do Capital e Direito do Trabalho*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982, p. 56.

Causou perplexidade, por estas razões, a edição do enunciado nº 310, através do qual o TST começou por negar eficácia normativa material ao dispositivo constitucional referido para, logo em seguida, produzir, passo a passo, o esvaziamento ou a limitação da incidência das normas infra constitucionais, todas elas ratificativas, sem restrições, do instituto criado pelo legislador constituinte. Registre-se, ainda, que o esvaziamento do instituto da substituição processual teria sido completo se uma primeira investida com o objetivo de editar um enunciado, realizada em outubro de 1993, não tivesse sido contida, em tumultuada seção, pela resistência do Ministro Orlando Teixeira Da Costa que, manifestando sua indignação frente a quebra propositada da praxe regimental no ordenamento da votação, suspendeu a sessão e retirou-se do recinto dizendo não ter condições morais para continuar a presidi-la.

Rejeitando o instrumento mais eficaz criado pelo direito moderno, que seria capaz de assegurar a reparação efetiva das lesões massivas aos direitos dos trabalhadores, propiciando assim o resgate da celeridade e da eficácia tutelar que lhe justificam a existência, a Suprema Corte Trabalhista alargou a crise da autenticidade que segundo Tarso Genro—já havia sido instaurada com a edição do “oblíquo e dissimulado” enunciado nº 198, concebido como um momento de transição, como posteriormente se verificou, para o malsinado enunciado nº 294. A posição assumida está a indicar que, na verdade, o objetivo maior de sua política era o de promover cada vez mais a convalidação das lesões massivas impostas aos trabalhadores esvaziando, pela crescente omissão do Estado, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

#### *4. O enunciado 330. Ponto culminante de uma política judiciária*

Por último, e mais uma vez sem que tivesse havido qualquer alteração no Direito Positivo, vem o enunciado nº 330 para dizer que “a quitação passada pelo empregado, com a assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo”. Este enunciado, como amplamente noticiado pela imprensa, foi posteriormente mitigado em face da forte reação dos sindicatos de trabalhadores —tradicionalmente alheios às mazelas da Justiça do Trabalho— com o acréscimo de um adendo que vem contemplar a possibilidade do empregado ressalvar específica e justi-

ficadamente o valor das parcelas que considerar insuficientes, para assegurar o direito de disputar a sua complementação em juízo.

O enunciado núm. 330 vem alterar, transformando no seu contrário, o de núm. 41, editado em 1973, pela mesma Corte Trabalhista, o qual dispunha que “a quitação, nas hipóteses dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 477 da CLT, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo”. Nessa oportunidade o TST, naturalmente com outra composição, consolidava o entendimento vitorioso na Justiça Especializada, paulatinamente construído nas instâncias inferiores, de que o recebimento das parcelas rescisórias se dá sob a égide do princípio da irrenunciabilidade dos direitos, expresso, entre outros, no artigo 9º da CLT, segundo o qual, “serão nulos de pleno direito os atos praticados como o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. A tutela normativa, fundada na defesa da ordem pública laboral, invalidava a vontade formalmente expressa pelo trabalhador para preservar a sua vontade real, que se presumia, de forma absoluta, coincidente com a vontade cristalizada nas normas positivas que lhe conferem direitos mínimos.

A suposição veiculada pelo novo enunciado do TST, de que o trabalhador poderia recusar livremente as parcelas de cujo valor discorda, sem temor de ver retido o montante das parcelas rescisórias, não passa de uma ficção calcada no dogma liberal da autonomia da vontade, reiteradamente desmentido pela vida; dogma que, tendo sido rejeitado ab initio pelo Direito do Trabalho, vem sendo paulatinamente reintroduzido pela ideologia neoliberal.

## VII. ALGUMAS PREMISSAS PARA REPENSAR A FUNÇÃO JUDICIAL

### 1. *Os princípios jurídicos e a ética positivista positivista*

Conforme observa De los Mozos, o dogma positivista da plenitude do ordenamento jurídico acaba por submeter os princípios à lei, através da afirmação de que eles só podem ser encontrados no texto legal, de onde devem ser desentranhados, por uma operação de abstração. Produz-se, assim, uma inversão: ao invés de reconhecer-se que as leis são a concretização de princípios pré-existentes, afirmase que a lei é a fonte única dos princípios. Com isto se anula a sua função interpretativa, que devia fazer da prestação jurisdicional uma atividade valorativa, axiológica, para confi-

gurá-la como uma atividade técnica, asséptica, que pode produzir as soluções mais iníquas em nome do direito, de um direito cada vez mais “sem moral”.<sup>38</sup>

A gênese dos princípios, na verdade, encontra-se em juízos pré-jurídicos de valor que se transformam, através de sua formulação, em juízos jurídicos. Eles constituem, no dizer de Enterría, expressão de uma justiça material, mas uma expressão especificada tecnicamente em função dos problemas jurídicos concretos. Nestas condições, propiciam a segurança possível na solução do caso concreto, o que desautoriza a simples substituição da lei por uma abstrata e indeterminada invocação da justiça, ou por razões metajurídicas, como também desautoriza a absolutização da discricionariedade do Juiz, para decidir informado apenas por sua consciência moral.<sup>39</sup>

## 2. *A Vinculação do julgador aos princípios e o projeto neoliberal*

A análise precedente revela que os juízes agem na condição de sujeitos no ato de julgar. Sujeitos humanos, laicizados, que devem estar capacitados para dirimir os conflitos na sociedade tendo como referência imediata a lei, mas atentos ao fato de que ela é o instrumento mediador da realização dos valores prevalentes na sociedade valores estes inscritos nas Constituições legítimas, sob a forma jurídica de princípios. A estes princípios haverá de atribuir plena eficácia normativa material, eficácia que lhes é negada pelo jus positivismo sob o persistente argumento de que eles dependem de regulamentação pelo legislador ordinário, a quem é reconhecida plena independência em relação às diretrizes emanadas da Carta Política. Conforme averba Canotilho, os princípios constitucionais balizam a obra do legislador ordinário, não apenas no sentido de impor-lhe limites, mas também e principalmente definindo os conteúdos valorativos que ele deve veicular. Em consequência, as normas legais só podem ser interpretadas à luz dos princípios, cuja concreção realizam.

Dworkin enfatiza a vinculação do Juiz aos princípios, fixando-se nos chamados “caso difíceis”, em que o jus positivismo lhe atribui uma discricionariedade absoluta, abandonando o problema ao seu subjetivismo. Nesta hipótese, exige a busca de critérios e a construção de teorias jurídica-

38 Mozos, José Luis de los, “*Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*”, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 94.

39 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 11, p. 31.

mente consistentes que justifiquem a decisão, balanceando o Juiz os princípios para decidir-se pelo que tem mais peso. Isto porque —conforme sustenta Dworkin, em consonância com a doutrina vitoriosa modernamente— eles integram o direito como mediações entre a razão moral e a razão jurídica.<sup>40</sup>

Esta vinculação do Juiz aos princípios é válida como orientação hermenêutica capaz de reduzir a incerteza do direito, mas não chega a produzir o resultado visado por Dworkin, que seria encontrar sempre a resposta correta, porque isto pressupõe uma ordenação valorativa absoluta, reconhecida uniformemente por todos, o que reporia o culto da razão. A decisão judicial implica freqüentemente uma opção entre valores divergentes postos nos princípios constitucionais, e não apenas na aplicação de um só princípio. Sendo a sociedade moderna pluralista —preche de interesses contraditórios— as constituições são a expressão do compromisso entre ideologias políticas distintas, o que redundará necessariamente na consagração de princípios conflitantes e de preceitos marcados pela ambigüidade.

Configurado um conflito entre princípios, impõe-se a busca do momento dominante. A Constituição brasileira, em seu preâmbulo, cogita da paz social, invocada pelo TST para sufocar os direitos subjetivos do trabalhador assalariado, dizendo que o Estado Democrático por ela instituído é fundado na harmonia social, mas uma harmonia comprometida com a “solução pacífica das controvérsias”. A “solução pacífica das controvérsias” —gize-se— não o seu sepultamento, é apontada como caminho para a construção da harmonia social. Observe-se, também, que entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito instituídos pela nova Carta, ganha realce no seu artigo 1º a cidadania, cuja noção —como observa Carlos Carcova— não mais se esgota na sua dimensão política, mas implica também na possibilidade de obter uma resolução jurisdicional para os conflitos de interesses baseado em lei, possibilidade que institui o sujeito como sujeito de cidadania.<sup>41</sup>

Por outra parte, a ordem social fundada pela nova Carta Política —nos termos do seu artigo 193— “tem como base o primado do trabalho e como fim o bem estar e a Justiça Social”. E a norma-diretriz da ordem econômica, inscrita no artigo 190, dispõe que esta ordem é fundada na valorização do

40 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 14-15.

41 Carcova, Carlos, *La dimensión política de la función judicial*, Buenos Aires, junho de 1994, p. 3.

trabalho humano, com precedência sobre a livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da Justiça Social.

No exato momento em que se configura um conflito de princípios, interfere a visão de mundo do julgador; manifestam-se os valores predominantes em seu espírito, em uma palavra, sua ideologia, alongando-se o espaço deixado pela limitação descrita. Em conseqüência é ineliminável a persistência de uma margem de opção diante do caso concreto, vale dizer, a incidência da subjetividade do Juiz na prestação jurisdicional. Trata-se, no entanto de uma margem residual, que não pode justificar a discricionariedade ilimitada dos Tribunais em face das determinações reais do direito, que devem ser incansavelmente buscadas pelo intérprete.

Tendo a Constituição estes momentos dominantes, que apontam para a efetiva realização dos direitos fundamentais por ela consagrados, a ineliminável margem residual de discricionariedade inerente as decisões judiciais não pode legitimar à flexibilização dos direitos dos trabalhadores nos Tribunais, onde freqüentemente o julgador invoca categorias meta-jurídicas, ou conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público, o bem comum, o interesse nacional, para afastar o reconhecimento de direitos subjetivos insofismáveis.

O discurso conservador prevalescente nas Cortes Superiores assume cada vez mais explicitamente a necessidade de sacrificar os direitos individuais em prol do progresso material, que recobra a força de um mito profano com o discurso neoliberal. Este discurso encontra seu fundamento último no utilitarismo de Bentham, que assume abertamente o sacrifício dos direitos subjetivos em nome realização do princípio da utilidade, ou princípio do maior felicidade do maior número, naturalmente como algo a ser alcançado. Enfatizando apenas o montante da felicidade ou infelicidade produzida na vida social (aritmética dos prazeres e das dores) o indivíduo é despojado do seu feixe de direitos subjetivos pela moral utilitária, que assim o dissolve no todo social, veiculando uma concepção organicista da sociedade. Estes, ao que parece, os pressupostos que informam o projeto neoliberal, na medida em que ele assume como diretriz máxima da vida social a liberação das “forças naturais” da economia das “amarras” impostas pelo direito, ressuscitando a crença na “mão invisível” que rege o mercado.

Apresentado como fórmula mágica para a superação da crise, o projeto neoliberal propõe, na prática, a renúncia ao direito em troca da promessa de



felicidade futura, frustrando a possibilidade de construção de uma cidadania real.

### 3. *O paradigma do julgador e a estrutura da instituição judiciária*

Paulo Dourado Gusmão propõe, em texto lapidário, uma compreensão alternativa da lei e do ato de julgar, que podem servir de ponto de partida para a reconstrução da Instituição Judiciária. “Para nós, a lei é uma vontade ou um pensamento objetivado. Desde que objetivado, torna-se livre de seu criador, tornando-se um ‘objeto’ do mundo da cultura, suscetível de compreensão, de interpretação. Cada ato de interpretação ‘repensa’ esse objeto, que é um pensamento objetivado. Nesse ‘repensar’ exerce influência decisiva a personalidade do intérprete, que, entretanto, não existe fora da História, de uma sociedade, de uma civilização, de uma cultura. Categorias lógicas, axiológicas, necessidades sociais, formam uma mentalidade, que, por sua vez, corresponde a uma época, a uma sociedade, a uma civilização, a uma cultura. Além desse substrato cultural, comum a todos que estão situados em idêntica coordenada espaço-temporal e sócio-cultural, temos a intuição criadora, a capacidade criadora dos indivíduos. Como essas instituições e essa capacidade variam, divergem, também, as interpretações. Portanto, em toda interpretação temos uma pequena criação, pois o ‘sujeito’ nunca é passivo”.<sup>42</sup>

A afirmação dos juizes como agentes da sociedade, investidos dos seus valores e canones de justiça, como agentes capazes de fazer da prestação jurisdicional uma expressão cultural da sociedade, certamente não é favorecida pela estrutura piramidal do aparelho judiciário, crescentemente concentradora de poder decisório nos Tribunais Superiores. Sintoma recente do agravamento dessa tendência de concentração de poder jurisdicional no topo da Instituição, é a criação da ação declaratória de constitucionalidade, que tende a afastar da atividade judicante do juiz natural a aplicação dos princípios constitucionais, sem que sequer seja assegurada na decisão das questões propostas perante a Suprema Corte a observância do princípio do contraditório.

Também não conduz à formação desse magistrado modelar o poder disciplinar verticalizado, “produtor de individualidades”, ou a edição das

<sup>42</sup> Gusmão, Paulo Dourado de, *Introdução a Ciência do Direito*, 2a. ed., Editora Forense, 1960, p. 136.

súmulas e enunciados preventivos pelos Tribunais Superiores, impostos e absorvidos como atos de fé pelas instâncias inferiores. Tais mecanismos, à toda evidência, produzem continuamente um deslocamento do poder jurisdicional de baixo para cima, fortalecendo o controle ideológico das cortes cardinalícias sobre as instâncias inferiores, o que tende a converter toda a prática judicante dos juízes situados na base da pirâmide em uma atividade puramente técnica, silogística, alienada, desprovida de reflexão teórica, empobrecedora. Converge para o mesmo resultado a exacerbação da demanda de produtividade, imposta pela necessidade de dar conta de uma avalanche sempre crescente de processos, fenômeno este que se verifica com particular intensidade na Justiça do Trabalho, em face do estímulo crescente à prática massiva do ilícito trabalhista pelo patronato. Nestas condições, se afigura como uma fatalidade a tecnificação dos indivíduos, valendo as exceções para confirmar a regra.

Estas premissas apontam a necessidade de uma outra Instituição Judiciária, laica, desburocratizada, desverticalizada, transparente e democrática. Nesta nova Instituição, os templos positivistas, inseridos numa estrutura constituída à imagem e semelhança da Igreja Católica, cederão o lugar para Cortes de Justiça representativas da sociedade, viabilizando a realização na vida social concretamente existente do triunfo do direito, enquanto gesto de resistência do Homem às determinações da objetividade, vale dizer, à lógica férrea da economia, lógica esta particularmente perversa nos países periféricos.

## IDEOLOGÍA JURÍDICA, DERECHO ALTERNATIVO Y DEMOCRACIA

Óscar CORREAS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Conceptos preliminares*. II. *Derecho y Estado*. III. *La Democracia*. IV. *Democracia y derecho alternativo*.

RESUMEN: La ideología jurídica dominante expresa la idea, tomada del concepto de “soberanía”, de que el derecho es un sistema que impide la existencia de otros, y que “proviene” de un estado que tampoco permite la coexistencia de otros en el mismo territorio. Las observaciones sociológicas sobre coexistencia de sistemas normativos en el mismo territorio ponen en entredicho estas convicciones de la ideología jurídica corriente. Lo que es más interesante es que, si es cierto, como dice Kelsen, que derecho y estado son la misma cosa, entonces el pluralismo jurídico revela también pluralismo estatal. Finalmente, si coexisten sistemas normativos, una concepción de *democracia* sostenible requiere la transformación de la ideología jurídica dominante, en el sentido de que no es posible la democracia sin el reconocimiento del “derecho” a la coexistencia del derecho alternativo con el estado hegemónico. Esto es principalmente importante en el caso del derecho indígena y de otros sistemas jurídicos de origen popular.

ABSTRACT: The hegemonic ideology expresses the idea, taked to de concept of sovereignty, that law is a system impeding the coexistence of anothers systems; this ideology comes from a state impeding also the existence of others states in the same territory. The sociological observations about the existence of normative systems in the same territory puts under discussion this concepts of the current legal ideology. But is

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

more interesting that, if it is true, like Kelsen says, that law and state are the same, then the legal pluralism reveals statal pluralism. Finally, if several legal systems coexist, a conception of democracy requires the transformation of the dominant legal ideology, in the sense that is not possible democracy without recognition of right to coexistence of alternative law with the hegemonic state. This is quite important in the case of Indian law and another legal systems or popular origin.

### I. CONCEPTOS PRELIMINARES

El argumento de este trabajo requiere repasar algunos conceptos que han venido siendo discutidos ya desde hace algunos años en la sociología jurídica latinoamericana.

#### *Pluralismo jurídico*

Designaremos aquí como “pluralismo jurídico” el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Aceptaremos también que un sistema normativo lo es porque está organizado en torno de una norma de reconocimiento o fundante la *Grundnorm* de Kelsen. Entonces estaremos frente a un fenómeno de “pluralismo jurídico” en los casos en que, como en el del derecho indígena, un sistema convive con las normas de otro sistema hegemónico. Es decir, que las normas pertenezcan a sistemas distintos, significa que son reconocidas por distintas reglas de reconocimiento, para decirlo en el lenguaje de cierta corriente de la teoría general del derecho contemporánea inspirada en Hart.

#### *Hegemonía de sistemas normativos*

El concepto de “hegemonía”, aquí, se refiere a hechos comprobables sociológicamente, es decir, con métodos de observación propios de la sociología jurídica. Lo observable son ciertas conductas que pueden verse como efecto de ciertas normas. Esas conductas muestran que ciertas normas son obedecidas, esto es, que ciertos grupos o actores sociales mantienen hegemonía sobre otros puesto que consiguen “dirigirlos”, hacer que se comporten como ellos desean y prevén. Si las normas producidas por un grupo en el poder son obedecidas, entonces son efectivas y por tanto el

sistema normativo es eficaz. En esto consiste la hegemonía de la que hablamos aquí.

Un sistema normativo es hegemónico respecto de otro cuando puede observarse que, en los casos de alternatividad de normas, las suyas tienen mayor efectividad que las del sistema hegemónico o subalterno. “Mayor efectividad” nos remite, nuevamente, a comprobaciones sociológicas. Y “alternatividad de normas” quiere decir que alguna o algunas normas de un sistema obligan a conductas que son prohibidas por el otro.

Esto nos permitiría pensar en el discurso jurídico estatal como discurso hegemónico sobre otros similares, y no en una “pirámide” jurídica que parecería dar la idea de que el derecho es único y que los sistemas coexistentes, como los indígenas, están “incluidos” en ese sistema que ahora ya podemos ver, no como único, sino sólo como “hegemónico”.

Obsérvese que la expresión “sistema jurídico estatal” contiene una trampa porque se da por supuesto lo que aquí discutimos precisamente: que hay un solo derecho que, por eso, es “estatal”. Que haya un sistema estatal no puede querer decir sino que hay un sistema o estado hegemónico, porque es precisamente la efectividad de las normas del sistema lo que hace aparecer al sistema y al estado como únicos. Pero, como diremos después, si es cierto que derecho y estado coinciden, entonces varios sistemas jurídicos coexistentes indican también la presencia de varios estados.

### *Sistemas jurídicos alternativos*

Aceptaremos que, en un caso de pluralismo normativo, los sistemas son alternativos cuando algunas de las normas que componen a uno de ellos ordenan conductas contradictorias con las ordenadas por el otro. Dejaremos a los lógicos establecer si estaríamos frente a contradicciones lógicas. Bástenos decir que hablamos de normas de un sistema que hacen obligatorias ciertas conductas que, conforme con el otro sistema, son prohibidas. El ejemplo de mayor contundencia es el de las cárceles repletas de indígenas, que aún se preguntan porqué están encerrados si sólo han producido conductas obligatorias o permitidas según el sistema jurídico que aceptan.

### *Sistemas jurídicos subversivos*

Los sistemas jurídicos alternativos pueden tener o no la siguiente característica: que la efectividad de sus normas, si llegase a ser hegemónica, es

decir, si, por eso mismo, tales sistemas fuesen eficaces, ello implicaría la desaparición del sistema actualmente hegemónico, o al menos su transformación en uno subalterno o hegemonzado. Llamaremos a tales sistemas alternativos, sistemas normativos subversivos.

La historia latinoamericana es pródiga en ejemplos de esto. Cada uno de los sistemas jurídicos impuestos por los patriotas insurgentes del siglo pasado en las guerras de independencia, son ejemplos de sistemas normativos que fueron ganando efectividad hasta convertirse en eficaces y, por lo tanto, hasta convertirse en hegemónicos o "estados independientes" excluyentes de los estados virreinales. Los sistemas jurídicos español y portugués, los de los conquistadores, fueron subversivos respecto de los indígenas. Y en relación con algunos de ellos se hicieron hegemónicos sin suprimirlos, cosa que sí hicieron los sistemas impuestos en las guerras de la independencia que sí suprimieron a los coloniales.

Pero la historia contemporánea también ofrece ejemplos, como en los casos de Cuba y Nicaragua: sistemas subversivos cuyo triunfo suprimió los sistemas anteriores, organizados alrededor de normas fundantes distintas. Y nuestra América ofrece también el ejemplo de sistemas normativos subversivos en países como Colombia, Guatemala y Perú.

### *Sistemas normativos y sistemas jurídicos*

Hasta aquí, de intento, hemos usado indistintamente las expresiones "sistemas jurídicos" y "sistemas normativos". Para la teoría general del derecho el objeto de estudio es el derecho, y uno de sus temas clásicos es la diferencia entre éste y otros sistemas de normas como la moral por ejemplo. Sin embargo, para la sociología jurídica, en especial cuando nos ocupamos del pluralismo jurídico, la diferencia pierde significación. Sobre todo cuando el interés no es el estudio del sistema jurídico solamente, sino que se desplaza también, e incluso preferencialmente, hacia el estudio de la transformación social. Si lo que nos interesa es estudiar las potencialidades transformadoras del derecho, ¿qué más da que los sistemas de normas en los que nos interesamos no respondan al concepto de "jurídico" proporcionado por la teoría general del derecho? ¿Qué nos importa que las normas cuya eficacia estudiamos sean o no derecho? Obsérvese que estamos acostumbrados, cuando hacemos teoría jurídica, a pensar en los estados modernos, cuyo paradigma es siempre, y no justificadamente, el de los sistemas europeos. Y esto haciendo, encontramos que es pertinente hallar

la diferencia entre derecho y moral en la coacción o amenaza de la violencia: lo que diferencia al derecho de la moral, decimos siguiendo a Kelsen, es la coacción porque el derecho es la organización de la fuerza.

Pero resulta que los antropólogos nos enseñan que, tratándose del derecho indígena, la fuerza ocupa un espacio mucho menor de manera que no es posible separar derecho de moral. Resulta que otras formas de coacción, no violentas, tienen un papel mucho mayor en estos sistemas. De modo que la firmeza con que aceptamos esa separación tratándose del derecho europeo, no es demasiado útil cuando se trata de un derecho que es mucho más próximo a nosotros como lo es el indígena.

Por otra parte, estamos interesados en estudiar formas de organización popular que implican sistemas normativos los cuales, poco importa, tal vez no sean “jurídicos”. Por ejemplo, las conductas que consisten en “tomas de tierra” son, conforme con el derecho hegemónico, delito. Sin embargo, tales conductas pueden ser vistas como la efectividad de un sistema de normas creado por los propios miembros del grupo de campesinos sin tierra. Veamos: se trata de conductas que han sido planeadas de antemano por el grupo, que se ha dado ciertas normas, en virtud de las cuales queda establecido quiénes son los jefes cuyas indicaciones hay que seguir, por ejemplo sobre el día, la hora y las modalidades del ingreso al terreno en disputa; esas normas les permiten también reconocer a los propios miembros del grupo; por otra parte, la organización de la defensa de la tierra tomada es también el efecto de un grupo de normas producidas por los órganos de dirección del grupo. Además ¿cómo reconocen los miembros del grupo cuáles indicaciones —“normas”— deben seguir obedecer y cuáles no? La respuesta es la ya clásica de la teoría jurídica: las reconocen merced a una regla de reconocimiento. Y, finalmente, ¿hay ciertas normas que organizan la violencia en el interior del grupo? En efecto, las hay: los miembros que actúan en contra del grupo son reprimidos, a veces con crueldad. Ciertamente, tales grupos no suelen reprimir la deserción: es frecuentemente posible dejar de obedecer las normas del sistema sin temor a las represalias, a cambio del retiro, cosa que no se da en el sistema jurídico dominante.

Ahora bien, ¿qué diferencia a estos sistemas normativos, obedecidos por grupos pequeños, sin procedimientos complicados de aplicación, de un sistema jurídico? Posiblemente hay muchas diferencias; posiblemente no tantas. Pero ¿qué nos importa? ¿Qué es lo que nos interesa? ¿El estudio de

la potencialidad transformadora de estos grupos y sus sistemas normativos? Entonces, para obviar dificultades con la ideología jurídica dominante en la teoría general del derecho, hablemos tanto de sistemas normativos como de sistemas jurídicos, siendo éstos una especie del género que lo serían los primeros.

Por otra parte, nos interesan sistemas normativos evidentemente diversos de los jurídicos. Por ejemplo, los carteles creados por las empresas, al margen e incluso en contra de la ley comercial del derecho hegemónico, carteles que tienen como objetivo establecer entendimientos que permitan ganancias con precios monopólicos. Frecuentemente estas organizaciones, que sin duda establecen normas, no disponen de funcionarios dedicados al uso de la violencia en contra de los remisos, a menos que llamáramos “violencia” a los castigos comerciales. Y en el caso de las mafias, es demasiado pedirle a la ideología jurídica dominante su identificación con sistemas jurídicos, a pesar de que se imponen conductas con la amenaza de la violencia, que es cumplida por personajes cuya actuación se diferencia poco de muchas policías del mundo.

Piénsese, por ejemplo, en la organización conocida como “pepes” en Colombia por una parte, y la policía y el ejército argentinos de la dictadura de Videla por la otra. ¿Acaso no se demostró en el juicio a las juntas militares, que se trataba de una represión selectiva, planeada, llevada a cabo por una organización cuyas normas, entre otras la del secreto, fueron llevadas a cabo con gran escrupulosidad, por un cuerpo armado que actuó igual que los “pepes”?

Finalmente, digamos que todo sistema normativo requiere de una regla de reconocimiento, lo cual iguala a todos ellos.

### *Ideología jurídica*

Hemos venido usando la expresión “ideología jurídica”. Entendemos por eso los discursos, no del derecho mismo, sino acerca del derecho; los discursos que se refieren a los sistemas normativos, que tienen al derecho como lenguaje objeto.

Existe, como se sabe, una ideología jurídica dominante que, en términos generales, todo jurista puede identificar como la que se transmite en la facultades de derecho. Podemos ensayar la descripción de algunos motivos fundamentales de esta ideología:



- Es “derecho” de un país el constituido por las normas dictadas por los “órganos” del estado, establecidos por la constitución.
- Es “estado” un personaje de semblante difuso, que, si se pregunta más a fondo, se identifica con los funcionarios creados por la constitución.
- Es “constitución” un cuerpo normativo que, conforme con lo que se aprende en la cátedra de derecho constitucional, ha sido el producto de un “poder constituyente” que, en definitiva, se identifica con alguna guerra civil ganada por el grupo “de los buenos”, o bien con un “proceso democrático” —transición a la democracia— que aparece como “bueno”.
- El estado es “soberano”, con lo cual se quiere decir que solamente los funcionarios designados para ello por la constitución, pueden establecer las normas del país.
- El “país” es un territorio ocupado por los que habitan en él.
- Los jueces están obligados a aplicar el derecho, y deben ser destituidos cuando no lo hagan o lo hagan erróneamente.

## II. DERECHO Y ESTADO

Si el derecho y el estado son lo mismo, si tiene razón Kelsen, entonces la existencia de dos o más sistemas jurídicos que reclamen obediencia en el mismo territorio, constituyen dos o más estados. Lo más notable es que, podemos apostar, esta conclusión sería intragable para la mayor parte de los que se reclaman kelsenistas. En realidad lo importante es saber si Kelsen tiene o no razón, y no tanto si sus autoproclamados seguidores lo aceptan o no. Lo importante es comprender las consecuencias de la teoría kelseniana, y si ellas son útiles para nuestros objetivos científicos.

Es verdaderamente difícil concederle a Kelsen esta identificación entre derecho y estado. Incluso él mismo escribió un libro de teoría del derecho y del estado. Pero es principalmente la ideología jurídica dominante, en definitiva ciertos usos lingüísticos, quien impide aceptar el punto de vista según el cual el estado no es algo que produce el derecho, sino el derecho mismo. Hay varias maneras de introducirse al problema. Pero lo importante es advertir que la identificación de ambas palabras en un mismo referente tiene como consecuencia la desmitificación del estado como una “cosa”, como un ser cuya existencia —ficticia— libera a los detentadores del poder de toda responsabilidad, de toda calidad de actores sociales que, gracias a

esta ficción, parece que actúan en lugar de otro que, para colmo, es identificado con el “todos” de lo público. A pesar de que lo “privado”, esto es, el capital, decide la suerte de todos los que no tienen poder o tienen menos, esto que es “privado” aparece, de manera invertida, como subordinado al “todos” de lo “público”, lo cual es falso; y lo público es identificado con ese ente evasivo, escurridizo, ficticio finalmente, que es el estado, quien, a su vez, sirve de cobertura a unos funcionarios que, actuando en beneficio de lo privado, parece que actúan en nombre de lo público, del “todos”.

No hay ninguna “cosa” de la que se pueda decir que es el “estado”. Ningún conjunto de edificios, cañones, lienzos vistos como “banderas”, escudos, barcos, estaciones de radio o televisión, “líneas” fronterizas, que puedan ser un buen referente de la palabra “estado”. Mucho menos si lo vemos como una “persona jurídica”, a la cual incluso la ideología jurídica dominante acepta que se trata de una ficción.

¿Es el conjunto de los funcionarios públicos el “estado”? Weber habla de “cuadro administrativo”. Otros, Althusser y sus discípulos, por ejemplo, de “aparatos”, sin advertir que esta palabra —“aparato”— es una metáfora y que de lo que se trata es de saber en lugar de qué está la metáfora. (Porque “aparato” es el de radio o televisión). Otros politólogos hablan de “conjunto de instituciones” sin advertir que el único referente hábil de la palabra “institución”, es el de conjunto de normas. Otros hablan de “estructura”, usando otra metáfora que sólo oculta la necesidad de saber en lugar de qué o de quién está.

Pero ¿podría el estado ser el conjunto de los funcionarios públicos? Sin duda que es el referente con mejor vocación de serlo de la palabra “estado”. Sólo que, para saber quiénes son funcionarios y quiénes no, hay que recurrir al discurso que, literalmente, los crea: el derecho. Dicho de otra manera, si “estado” es el conjunto de los funcionarios, el estado es un efecto del discurso del derecho. Y un efecto ficticio en el sentido de tratarse de una ideología o contenido de conciencia y no de alguna “cosa” o “ente” de alguna realidad material.

Por otra parte, no todos los actos de los funcionarios son imputables a este ente llamado “estado”. Solamente lo son aquéllos “actos”—en realidad son discursos— que las normas dicen que deben ser vistos, no como de esos individuos que los producen, sino como de este ente que, sin tal imputación, no existiría. Es decir, es el acto ideológico de imputar ciertos discursos a una ficción, lo que crea al estado. El estado es, entonces, una

creación del discurso jurídico y, sobre todo, de su uso por parte de todos los ciudadanos. Puede decirse que el estado es el efecto de la eficacia propia del derecho. Es decir, ésa es la principal función del derecho: la creación del ente ficticio llamado estado.

Esto quiere decir que tampoco es acertado decir que el estado es el conjunto de los funcionarios que, conforme con la división del trabajo, están retirados de la producción y dedicados a “gobernar”, es decir, a producir normas, prescripciones que “deben” ser obedecidas so pena de coacción. No es acertado porque no son los individuos los que constituyen el estado, sino esa parte de su “actuación discursiva” que, usando las normas jurídicas, pueden ser imputados a ese ente llamado estado. Es la fetichización propia del uso del discurso del derecho lo que nos hace creer que son los individuos los que forman el estado. Es una fetichización en el sentido clásico del término: son los propios dominados quienes, usando el derecho, identifican cierta actuación de ciertos individuos como no común, como no ordinaria, como distinta a la de todos los demás, como perteneciente, no a ellos, sino a otro ser en realidad inexistente. Y luego esta creación humana, efecto del lenguaje, que es el estado, se vuelve contra su creador para oprimirlo. Y, gracias a la aparente necesidad de personificar el poder, los individuos a quienes les toca ser —o “hacer”—, los funcionarios creados por el uso del derecho, de pronto aparecen como realmente distintos de los demás hombres y destinados a gobernarlos.

Es esto lo valioso de la teoría kelseniana: la denuncia del estado como una ficción, como un fetiche de la misma naturaleza que dios. Como algo creado por la mente humana, pero que luego se vuelve contra su creador apareciendo como algo que tiene, por sí mismo, esas calidades que en realidad sólo tiene porque le han sido dadas por el hombre. Kelsen dice que no hay nada más allá del derecho mismo. No hay una “cosa” llamada estado que “cree” al derecho. Es al revés. Tal vez la idea de que el estado es un efecto del uso del lenguaje no es tan precisa en sus escritos. Pero nadie que lo haya leído puede desconocer la importancia que le concede a la imputación que se hace al estado, en virtud de ciertas normas, de ciertas conductas de ciertas personas. Por eso el estado es una ficción como dios.

Si todo esto es así, si estado y derecho coinciden, entonces donde hay más de un sistema jurídico hay más de un estado. Sólo que la ideología jurídica no puede aceptar eso. Porque precisamente se constituye con el objeto de celebrar al estado. Kelsen es quien ha llamado la atención sobre

la similitud entre la jurisprudencia y la teología como discursos que veneran al fetiche, y la similar función social de los sacerdotes y los juristas que, usando, ya sea la teología o la jurisprudencia, celebran la palabra de la ficción creada por el discurso que utilizan. Es el fetiche lo que nos impide pensar en más de un estado. En efecto ¿quién que tenga el poder desea compartirlo? ¿Quién que esté en el timón de la sociedad aceptará que se le dispute su lugar? ¿Qué precisa el poderoso? Un discurso, una ciencia que, en boca de los sacerdotes, lo señale a él como el único ungido, como el solo intérprete del oráculo. Y esa ciencia es la ideología jurídica, la que tiene entre sus motivos principales la idea de la soberanía y de la unidad del sistema jurídico y, por tanto, la del estado “que lo produce”. El derecho es único y el estado también. ¿Porqué? ¡Pero qué bueno sería que otros pudieran decir qué se debe y qué no se debe hacer!

Pero la posición de la crítica jurídica, en especial de la crítica de la ideología jurídica, es precisamente la de la denuncia de la fetichización que favorece al poderoso de nuestra sociedad capitalista. No tenemos ningún interés en mantener la ideología de la unicidad del estado luego de haber descubierto la pluralidad jurídica. Y nótese que lo que permite precisamente desnudar la trampa de la ideología de la unidad del derecho y del estado, es precisamente la teoría llamada “pura” del derecho. La que enseñó a distinguir sistemas normativos por la norma fundante, a la que, finalmente, declaró ficción. Un sistema de normas se basa en el hecho de su reconocimiento; pero ese reconocimiento constituye la ficción de que ese sistema debe ser obedecido.

Para la teoría crítica del derecho, para la crítica jurídica, para la sociología del derecho fundada en las dos primeras, no debe haber ningún inconveniente en aceptar que el pluralismo jurídico implica el pluralismo estatal. Y quienes defienden lo contrario en realidad defienden el estado hegemónico, precisamente el de los explotadores de esta sociedad injusta.

El pluralismo jurídico, una vez aceptado como indiscutible realidad, permite ver el complejo normativo como el lugar de la lucha entre sistemas que son sostenidos por grupos y clases antagónicos. La dulce paz del sistema único se convierte en un tembladeral donde se entrecruzan normatividades de diverso origen social y de diversa efectividad y eficacia. Lo cual, en verdad, siempre ha sido así. Piénsese en los momentos álgidos de nuestra historia. La ideología jurídica tradicional, con su dogma del estado único, por ejemplo respecto del espectáculo de México en 1915, ¿responde a las

preguntas pertinentes? ¿Había acaso un estado? ¿Que no es cierto que el ejército del norte imprimía dinero, juzgaba, imponía sanciones, hasta donde alcanzaban sus cañones, pero lo hacía utilizando muchas normas del estado que luchaba por destronar? ¿Y no es cierto que en el centro otro poder imprimía dinero, juzgaba, imponía sanciones, hasta donde alcanzaban sus cañones? ¿Cual era el “verdadero” estado? La sola manera de preguntarlo denuncia la trampa: “verdadero” estado es una expresión sin sentido dijeran los lógicos. Y ¿qué dice la ideología jurídica oficial? Que en México 1915 regía la Constitución de 1857, porque, claro, algo debía regir hasta que llegara la de 1917. No es posible imaginar la disolución del estado, horrible pecado anarquista. El ejemplo mexicano es, en realidad, solo el que mejor evidencia la cuestión; pero no difiere de otros cientos que ofrece la historia latinoamericana.

### III. LA DEMOCRACIA

El concepto de democracia, el discurso que se identifica con él, tiene, actualmente, diversos usos. Incluso resulta útil a los países imperialistas para intervenir allí donde algo no es de su conveniencia. Un buen ejemplo de esto es Cuba. No es democrática, se dice, porque no hay elecciones “libres”, que quiere decir, con muchos partidos políticos. Pero ¿porqué la pluralidad partidista es lo que hace la democracia? ¿Cuántos partidos pueden vivir en Estados Unidos que no sean los de los millonarios que dirigen los dos únicos que cuentan?

“Democracia” se identifica también, a veces, con un procedimiento para producir normas: deben ser producidas por la representación de la mayoría de la población (que nunca representa a tal, sino sólo a la mayoría de los que votan). Como se sabe, la representación es también una ficción producida por el uso del discurso del derecho. Se trata, como dice Kelsen, de la ficción de que algo que hace una persona, en realidad no la hace ella sino otra. Lo cual se consigue, también, como efecto del procedimiento mental de la imputación: cierto acto se imputa, no a su productor, sino a otro individuo, incluso a una segunda ficción como son las personas sociedades anónimas. Igual que en el caso del estado, por lo demás.

Esta democracia, “formal”, como suele decirse, no tiene grandes atractivos para las enormes multitudes de hambrientos de la sociedad capitalista. De allí que no nos convenza, a menos que al pluripartidismo, el proceso gobernado por la regla de mayoría, no se le agreguen claros contenidos

normativos. En realidad el constitucionalismo moderno ya ha reeceptado desde hace tiempo esta inquietud generada por las injusticias del capitalismo. La integración de programas políticos de mejoras de las mayorías explotadas a los textos constitucionales, ha dejado obsoleta la antigua idea de que una norma lo es porque puede decirse que ha sido producida conforme con cierto procedimiento. Y que es "democrática" si ese procedimiento ha sido presidido por la regla de mayoría. En realidad una norma lo es, no sólo por el procedimiento de su producción, sino también porque su contenido no es contradictorio con los contenidos especificados en las constituciones "sociales". Cuando menos, ya es hora de que esperemos, de una suprema corte de éstas que hay pocas, que una norma, por más "democrática" que sea, es inválida si contradice los contenidos sociales de la constitución.

Pero ahora, frente al pluralismo jurídico, se presenta esta otra cuestión: la democracia no puede ser excluyente de otros sistemas jurídicos alternativos so pena de excluir minorías y diferencias. La democracia de un estado hegemónico no puede ignorar la democracia de otros estados subalternos. Y no se trata ya de "incorporar" o "cooptar" los sistemas alternativos, lo cual significa precisamente negarlos como tales sistemas. Se trata de *convivir* con ellos. Y, por cierto, se plantea el grave problema de si hay que convivir con sistemas cuya eficacia podría destruir el sistema democrático, o si, en cambio, se requiere la fuerza para defender el sistema hegemónico. Pero bien visto, este es el reto de toda democracia, aún cuando la pensemos como perteneciendo a un estado único: siempre es necesario defender la democracia contra retrocesos como los que suponen los movimientos chauvinistas del primer mundo. Pero ¿debemos defender la democracia de los sistemas hegemónicos contra los sistemas alternativos, indígenas por ejemplo, que son frecuentemente no democráticos según nuestras definiciones, y en ocasiones muy crueles en sus castigos, también según nuestra valoración?

#### IV. DEMOCRACIA Y DERECHO ALTERNATIVO

Hasta ahora no hemos pensado debidamente, con atención, la contradicción entre sistemas jurídicos o estados hegemónicos democráticos y sistemas alternativos. Y mucho menos subversivos. Nuestro concepto de democracia debe incluir el pluralismo jurídico de manera que no

sea democrático un estado que desconoce o combate sistemas alternativos también democráticos.

Por ejemplo, la efectividad de los sistemas normativos de los campesinos sin tierra de que hablamos anteriormente, tiene, sin duda, una intención democrática indudable: el reparto de la riqueza. Las organizaciones populares de todo tipo, que, como vimos, pueden ser vistas como la eficacia de un sistema normativo alternativo al hegemónico, son incluso más democráticas que los estados que conocemos en América Latina. ¿Deben sus miembros ser considerados delincuentes como lo prevé el sistema hegemónico “democrático”? Sin duda que para la ideología jurídica dominante, como no hay más que un estado, quienes violen sus normas deben ser sancionados. Pero para la crítica de esa ideología no hay “violación” de normas sino obediencia a las de sistemas alternativos. El problema, por tanto, aparece como político que es algo que siempre la ideología dominante ha querido evitar. Para ella se trata de una cuestión “técnica”, de aplicación de la ley. Pero la crítica desnuda la técnica jurídica como una solución política antidemocrática. No es una cuestión “técnica” sino ética. Se trata de lo que “se debe” o “no se debe” hacer en una democracia organizada por un sistema jurídico hegemónico.

Me parece que el pensamiento democrático latinoamericano debe tener también respuestas para la posible contradicción entre democracia y sistemas jurídicos alternativos.

## LA POLÉMICA SCHMITT-KELSEN SOBRE EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

Carlos Miguel HERRERA

“Les formes originales de la pensée s’introduisent  
ellemêmes: leur histoire est la seule forme d’exégèse qu’elles  
supportent et leur destin, la seule forme de critique”.

Michel Foucault

SUMARIO: I. *Un largo contrapunto.* II. *La justicia como defensora de la Constitución.* III. *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* IV. *¿Diálogo imposible, diálogo entre ausentes o simplemente diálogo?*

RESUMEN: El autor realiza una síntesis crítica de la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el problema del “guardián de la Constitución” durante la crisis de la República de Weimar. En la introducción se resaltan el ambiente teórico de la discusión y las posiciones previas de ambos teóricos, que convergen en la discusión analizada. Luego de presentar las principales tesis de Schmitt y Kelsen en debate, la conclusión analiza el origen de divergencias y puntos de encuentro, situándolos, para su evaluación, en su contexto histórico, y avanzando algunas interpretaciones sobre la importancia política de ambas teorías.

ABSTRACT: The author realize a critical synthesis of de polemic between Carl Schmitt and Hans Kelsen concerning the problem of the guardian of the Constitution during the crisis of Wiemar republic. In the introduction, he remarks the theoretic context of this discussion and the previous points of view of both theorist, that conclude in the discussion here studied. After the presentation of the principals thesis of Schmitt and Kelsen, the author analyze the origin of the differences and accordings,



situating them in their historical context for the evaluation of the distinct points of view, and giving some interpretations of the political importance of both theories.

## I. UN LARGO CONTRAPUNTO

A principios de 1931 Carl Schmitt publica *Der Hüter der Verfassung*,<sup>1</sup> versión ampliada y reelaborada de un estudio que con el mismo título había aparecido en los *Archiv des öffentlichen Rechts* dos años antes, y al que se le agregaban otras reflexiones posteriores relacionadas con el mismo tema.

Poco tiempo después Hans Kelsen, que había dejado Austria a fines de 1930 y profesaba en la Universidad de Colonia le dedicaba una larga reseña con el sugestivo título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quién debe ser el guardián de la Constitución?) que sería publicada en una revista jurídica de Berlín *Die Justiz*.<sup>2</sup>

La confrontación entre dos de los más destacados especialistas de derecho público de la época se lleva a cabo en una situación política y constitucional compleja. Hacia 1929 la crisis económica acababa con el período de relativa estabilidad política que había disfrutado desde 1925 la República de Weimar. La coalición tripartita (social-democracia *S.P.D.*, liberalismo *D.D.P.*, y catolicismo social, *Zentrum*) que venía dirigiendo Alemania desde la caída del Imperio presentaba profundos signos de resquebrajamiento. Desde marzo de 1930 el gobierno estaba encabezado por Brüning, que, frente al rechazo parlamentario de las leyes financieras (julio) disuelve el *Reichstag*, y las elecciones que siguen dan un importante triunfo electoral a Hitler. A partir de octubre de ese año el canciller Brüning comienza a gobernar por reglamentos del presidente Hindenburg, apoyándose en la segunda parte del artículo 48 de la R.V.<sup>3</sup> ante la relativa

1 Que en español se traduciría por el "guardián", el "protector" o en el mejor de los casos "el defensor". El artículo de la versión española, por lo demás lograda hace perder el acento "personalista" de las ideas del jurista alemán (Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983).

2 Sobre *Die Justiz*, que proclama su carácter "republicano", vease Rasehron, T., *Justizkritik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der Zeitschrift 'die Justiz'*, Frankfurt/New York, 1985 (Sobre la colaboración de Kelsen en sus columnas, las páginas 76-78).

3 El artículo 48, sobre el que volveremos repetidas veces en este trabajo, decía: "Un Estado federado que no cumpla con las obligaciones impuestas por la constitución y las leyes federales, puede ser obligado a su cumplimiento por el presidente del Reich fuesen perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para su reestablecimiento, si fuese necesario con el auxilio de la fuerza armada. Con este objeto, puede suspender provisoriamente, en todo o en parte, las garantías constitucionales previstas en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El presidente del Reich debe informar sin retardo a la Asamblea Nacional las medidas tomadas en virtud

“indiferencia” del parlamento. Nadie podía expresar mejor el clima de la época que el propio Schmitt cuando escribía en el prólogo de su libro que el análisis del problema del guardián de la Constitución en tal situación era “una labor difícil y peligrosa” (Schmitt, 1931, 25).

Si esta polémica es la única confrontación directa entre Schmitt y Kelsen, un largo contrapunto venía desarrollándose desde los primeros años de la década del veinte e incluso más atrás.<sup>4</sup>

En ese sentido, podría decirse que la obra de Schmitt de aquellos años se construirá en una suerte de constante (aunque no siempre explícita) contraposición con la obra del jurista vienés. En 1920, este último publicaba *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* —saludada ya entonces como la expresión definitiva del sistema kelseniano—, en donde Kelsen sintetizaba sus investigaciones iniciadas nueve años antes con *Los problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (1911, trad. española, México, 1987) y aportaba importantes precisiones a su teoría; en particular, afirmaba la doctrina de la identidad del Estado y derecho, y la creación jerárquica del orden jurídico (aporte este último de su discípulo A. Mehl).

Los ataques a la doctrina de la “escuela de Viena” que Schmitt dirigirá a lo largo de esos años se deben inscribir en una reacción general en los ámbitos académicos de la *mitteleuropa* contra las teorías de Kelsen y sus seguidores.<sup>5</sup>

Si bien las críticas de Schmitt, por la envergadura del oponente, han ocupado el principal interés de los estudios dedicados a este período,<sup>6</sup> no se puede dejar de recordar, aunque más no sea a título ilustrativo, los ataques contra las tesis kelsenianas de Rudolf Smend y su “teoría integracionista

de los apartados 1 y 2 del presente artículo. Estas medidas deben ser suspendidas si la Asamblea Nacional así lo solicita. En caso de peligro, el gobierno de un land puede tomar para su territorio las medidas provisionales en el sentido del segundo apartado. Dichas medidas deben ser abrogadas a pedido del presidente del Reich o de la Asamblea”. Las garantías constitucionales a las que el artículo hace referencia son: la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia, libertad de opinión, libertad de reunión, libertad de asociación y derecho de propiedad respectivamente.

<sup>4</sup> Existen referencias críticas de Schmitt a las teorías kelsenianas en sus trabajos de la década del 10. Sin embargo, este período presenta problemas específicos de interpretación de ambos autores que no pueden abordarse aquí por razones de espacio.

<sup>5</sup> Habría que citar también la crítica “marxista” a Kelsen, sobre todo el gran trabajo de Max Adler, pero dicha polémica presenta caracteres específicos y diferentes de la reacción “académica”.

<sup>6</sup> No conozco sin embargo trabajos específicos en español sobre el debate que nos ocupa más allá de las referencias del caso en estudios dedicados a estos autores.

de la Constitución”,<sup>7</sup> y los ensayos, no menos severos en sus juicios, de Hermann Heller, Heinrich Triepel y Gerhard Leibholz.<sup>8</sup> Estos prolongaban de alguna manera las profundas críticas de Erich Kaufmann y de F. Sander,<sup>9</sup> más centradas, éstas, en los fundamentos teórico-epistemológicos del kelsenismo.

Si cada una de estas críticas exigen profundos análisis independientes, que superan en mucho los límites impuestos a este trabajo, podemos reconocer sin embargo un elemento común en todas ellas: la teoría kelseniana en sus diferentes puntos es considerada como extremadamente formalista, una lógica “vacía”, incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales, de la vida del derecho, una teoría sin sustancia. En ese orden de cosas, el proclamado ideal de “pureza” científica y su consiguiente rechazo a toda intromisión valorativa o política en la ciencia es entendida como una mera expresión de la vieja ideología liberal del siglo pasado.<sup>10</sup>

La *Teoría Pura* será presentada como un desarrollo extremista de la doctrina de Paul Laband, teórico de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX, (en especial por Heller, que la reduce a “labandismo”, y

7 *Constitución y derecho constitucional* (1928, trad. española, Madrid, 1985), que originara la dura réplica de Kelsen en *Der Staat als Integration* (Viena, 1930, reimp. 1971). Sobre Smend, véase Verdú, Lucas, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987. En su libro, el jurista vienés, analiza detenidamente los fundamentos metodológicos (y la influencia de T. Litt) de la teoría integracionista de Smend, que consideraba como objeto del derecho constitucional la integración entendida como la cohesión del pueblo, caracterizándola como una “apología de la dictadura, en la lucha contra la democracia... y la República Alemana”, que buscaba conservar y reforzar la autoridad del estado y no de conocerlo, y a su autor como un “teólogo del Estado” (Kelsen, *op. cit.*, pp. 33, 82-91). A este respecto es interesante remarcar que la actitud de Kelsen frente a Smend es mucho más “dura” que respecto a Schmitt, no pareciendo ver los mismos peligros contra el orden constitucional Weimariano en las teorizaciones de este último. Una apreciación que por cierto, frente a la actitud posterior de uno y otro ante el nazismo, estuvo lejos de mostrarse acertada. Solo en 1942 Kelsen escribirá que la utilización abusiva del artículo 48, que permitía la supresión del parlamento, fue la vía por la cual la democracia de la República de Weimar fue destruida y preparado el acceso de los nazis al poder.

8 Entre otros escritos con fuertes acentos antikelsenianos, podemos citar: de Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in *Archiv Für Sozialwissenschaft und Politik*, Berlín, 1927 (hay trad. española), de Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlín, 1927 (hay trad. española) de Leibholz, *Tendencias actuales de la doctrina del derecho público en Alemania* (trad. española en Leibholz, G, *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, 1964).

9 El gran trabajo de Erich Kaufmann es *Kritik des neukantischen Rechtsphilosophie*. Tübingen, 1921. Las críticas de Sander, que presentan problemas particulares de interpretación, se encuentran en *Rechtsdogmatik oder Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen. Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1921 (respuesta de Kelsen en la misma revista en 1922, “Rechtswissenschaft und Recht”) y *Kelsens Rechtslehre* de 1923.

10 Sobre esta “querrela de métodos”, conserva su interés *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (la filosofía del derecho en el siglo XX)* de Luis Recaséns Siches, Barcelona, 1929.

Leibolz, que considerará a Kelsen como “el ejecutor testamentario de Laband”). Inclusive la coherencia de los fundamentos kantianos de la construcción kelseniana, (que se inspiran en buena medida en la “lectura” que de la obra de Kant había hecho la escuela de Marburgo, con H. Cohen a la cabeza) son cuestionados. No será errado situar esta reacción “antikelseniana” —sin por lo tanto reducirla— en el clima antiliberal, y en otros aspectos aún antirracionalista, que conoce este período de la cultura alemana en los años de Weimar.

Como se ha dicho, el trabajo de Schmitt sobre el guardián de la Constitución no era el primero en que su autor “atacaba” las teorías de Kelsen. Un somero repaso de sus momentos salientes en los años veinte puede resultar interesante para observar como la polémica sobre la defensa de la Constitución se va conformando. Ya en *La dictadura* (1921, trad. española, Madrid, 1968), el jurista alemán reprochaba a Kelsen la confusión entre “norma de derecho” y “norma de realización del derecho”, ironizando al respecto que para el jurista vienés la dictadura era un problema jurídico tanto como una operación de cerebro era un problema de lógica.

En la *Teología política* (1922, trad. española, 1941, reimp. 1975) —donde define como soberano a aquel “que decide sobre el estado de excepción”, y sostiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma—, Schmitt arremete contra la metodología kelseniana, y en particular contra el postulado neokantiano de que la ciencia construye su propio objeto, que en la teoría kelseniana según el jurista alemán, expulsa toda referencia a los problemas reales. Para Schmitt, el método de Kelsen, con su rechazo por los problemas sociológicos, se queda en la “antecámara de la ciencia del derecho”.

Refiriéndose a los trabajos de Kelsen de ese período,<sup>11</sup> Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre orden jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por

11 El ya citado libro sobre el problema de la soberanía, la primera edición de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tubingia, 1920), *Der soziologische und der juristische Staatbegriff* (Tubingia, 1922, reimp., Aalen, 1981). Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre orden jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por medio del derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de “sustancia”, que es propio de las ciencias naturales, constituyendo una metafísica monista que expulsa la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. Para Schmitt en el caso excepcional, “la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica”, es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma “se reduce a nada”.

medio del derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de “sustancia”, que es propio de las ciencias naturales, constituyendo una metafísica nomista que expulsa la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. Para Schmitt en el caso excepcional, “la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica”, es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma “se reduce a nada”.

En su ensayo “Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus” (“Situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy” 1923, trad. española, Madrid, 1990), Schmitt desarrolla con mayor precisión sus ideas con respecto al orden constitucional de Weimar. Para Schmitt la “situación política” en la que el parlamento fundaba su razón de ser había desaparecido. Aunque los “padres” de la Constitución weimariana, Naumann, Weber y Preuss lo consideraban como la instancia para seleccionar los líderes políticos más capaces, este no era ya más que una “cáscara vacía”.

Schmitt distingue la democracia, entendida como homogeneidad, como similitud, del liberalismo. Así, para el jurista alemán, el parlamento considerado como el lugar de la discusión pública para alcanzar la verdad, pertenece al horizonte metafísico del liberalismo, lo que explica los dos principios fundamentales del sistema: publicidad de la discusión y libertad de expresión. De la misma manera que los liberales consideran que la armonía surge de la libre competencia económica, se considera que la verdad es producida por el “libre conflicto de opiniones”. Si por un lado existe una “fe” en la discusión, apunta Schmitt, la verdad, por el otro, deviene una mera “función”. Para Schmitt, el concepto de democracia del liberalismo es un “concepto jurídico”.<sup>12</sup>

En ese sentido, Schmitt critica el razonamiento kelseniano que sostiene (con una referencia explícita a Weber), que el Estado puede ser tratado en la actualidad como una gran empresa económica.<sup>13</sup> Para Schmitt dicho

<sup>12</sup> En la Teoría de la Constitución, la democracia será cuidadosamente distinguida una vez más del liberalismo, siendo definida por Schmitt con “identidad sustancial de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados” (Schmitt, 928, 272). El concepto kelseniano de democracia ha perdido, según Schmitt, el sentido político, ya que no se plantea la cuestión de la sustancia de la igualdad democrática (*Idem.* 292).

<sup>13</sup> La referencia de Weber, con una comparación entre este y Lenin que Kelsen había hecho en la primera edición de su estudio sobre la democracia ya citado (p. 17, nota) desaparece en la segunda versión de 1929 sobre la que existe una traducción en español.

análisis implica que el Estado pierde su carácter político, en la medida que se lo analiza en una lógica de derecho privado. Por otro lado, para el jurista alemán el parlamento no se encuentra amenazado, como lo sostiene Kelsen, por el comunismo de un lado y el fascismo del otro, sino por la democracia de masas. Si en el texto las citas del jurista vienés son escasas, podemos entrever en él una crítica cerrada a las tesis kelsenianas sobre la democracia y el parlamento sostenidas por aquellos años.

El concepto de política, publicado en primera versión en los *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* de 1927 puede ser considerado también como un jalón en la crítica antikelseniana de Schmitt.<sup>14</sup> En dicho ensayo, el jurista alemán rechaza las construcciones de “teoría general del Estado” y la equiparación entre político y estatal, de la cual la obra de Kelsen representaba el intento más sistemático; en particular cuando el jurista alemán escribe que “el concepto de política precede al concepto de Estado”, siendo ella definida como la distinción entre amigo y enemigo.

Recién en 1925, y en dos obras diferentes, Kelsen se ocupará expresamente de Schmitt, haciendo una referencia crítica a sus ideas sobre el parlamento. En la *Teoría general del Estado* (trad. española 1934, reimp. México, 1973), en la que cita largos propósitos de Schmitt, Kelsen rechaza que la idea de parlamento sea deudora de una metafísica del principio de armonía preestablecida. Por eso, este no busca nunca verdades definitivas o absolutas, tal como lo sostenía en su crítica el jurista alemán, sino una verdad relativa que permita instaurar un compromiso, que es la esencia de la democracia. Para Kelsen, por el contrario, tanto el parlamento como la democracia son el producto de una ideología relativista y crítica, que busca un *juste milieu* entre todas las posiciones enfrentadas (*op. cit.*, 453).

En su ensayo sobre *El problema del parlamentarismo* del mismo año (trad. española, Madrid, 1988), Kelsen señala que existe una contradicción en el propio texto de Schmitt sobre el tema, que se ve obligado a admitir que el parlamento sólo busca verdades relativas y no se funda en una metafísica absoluta. A este respecto, Kelsen cita un párrafo donde Schmitt escribe que en el parlamento se alcanza “una verdad relativa” lo que para el autor de la *Teoría pura* —sin duda abusivamente— tira abajo toda la argumentación schmittiana. Kelsen define el sistema parlamentario como la “construcción de la voluntad normativa del Estado a través de un órgano colegiado elegido por el pueblo en base al derecho de sufragio

14 Cfr. Schwab, Ch. (1971), *The Challenge of the Exception*, Berlín.

universal e igual, por lo tanto democráticamente, según el principio de la mayoría”.

La existencia de la democracia moderna para Kelsen está condicionada a que el parlamento sea un instrumento “capaz de resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo”. En la concepción kelseniana, como ya lo había escrito en 1920, la democracia no podía limitarse a la idea de libertad, sino que esta debía amalgamarse, para su realización, con elementos que en principio le son extraños, como el principio de mayoría, la formación indirecta de la voluntad, y la división social del trabajo.

Según Kelsen, los críticos del parlamentarismo como Schmitt, se equivocan sobre la esencia que le atribuyen, que en realidad es un compromiso entre la libertad y la división diferencial del trabajo. Su valor está dado “en cuanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden estatal”, no como representante de la soberanía popular. El compromiso es la esencia de democracia —que expresa “la libertad del compromiso—, entendido este como “posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que los une”, y es el parlamento la técnica que mejor permite alcanzar dicha vía intermedia.

El ataque corporativo contra el parlamento representa para Kelsen la reacción de la burguesía ante la posibilidad que el proletariado alcance la mayoría. En la concepción kelseniana, como otrora el parlamento permitió la emancipación de la burguesía de la nobleza, más tarde él permite la “equiparación política del proletariado y su emancipación moral y política de la burguesía”. De acuerdo con Kelsen, el parlamento es la expresión de una sociedad dividida desigualmente en dos clases, y representa el estado real de los intereses.

Kelsen no volverá a ocuparse expresamente de Schmitt en la segunda (y considerablemente modificada) edición de *Esencia y valor de la democracia* de 1929, donde parece más ocupado en discutir con el marxismo. Cuando se refiere a los teóricos conservadores, prefiere centrar sus críticas en Michels y Pareto, empero le dedica sucesivos ataques a ciertas concepciones antiparlamentarias, que pueden presentar ciertas afinidades con las ideas schmittianas (como por ejemplo los análisis de Triepel).

Como se puede apreciar, los juicios de Schmitt sobre la realidad histórica del parlamento y su concepción de la democracia como homogeneidad sustancial, representaban la exacta oposición del pensamiento político de Kelsen, que desde 1920 situaba la esencia de la misma en el compromiso

de intereses, y consideraba al parlamento como la única forma “real” para realizarla en la actualidad. En ese sentido, aquello que para Schmitt (y de alguna manera también para el redactor del texto constitucional weimariano, Hugo Preuss)<sup>15</sup> no era más que una contingencia histórica, a saber, el hecho que ninguno de los partidos políticos alemanes estaban en condiciones de imponer su programa a la caída del Imperio, constituía para Kelsen un principio, o cuanto menos un concepto insoslayable.

## II. LA JUSTICIA COMO DEFENSORA DE LA CONSTITUCIÓN<sup>16</sup>

Es sobre todo a su gran obra sistemática del período de Weimar, la *Teoría de la Constitución* (1928, Trad. española 1934, reimp. 1982), que pueden reconducirse con mayor precisión conceptual los presupuestos teóricos de las tesis schmittianas del “guardián de la Constitución” y sus embates contra la doctrina kelseniana.

En dicha obra Schmitt pasa revista a los diferentes conceptos de “Constitución”; así distingue sus conceptos en: absoluto (un todo unitario), relativo (pluralidad de leyes particulares), positivo (decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política), e ideal (un cierto contenido), al interior de los cuales se establecen otras distinciones. En la teoría kelseniana, según el jurista alemán, el concepto de Constitución es absoluto, para el cual la Constitución es el Estado entendido como unidad de normas jurídicas, como “algo normativo, un simple ‘deber ser’”, “constitución=norma de normas”; sin embargo, dicho concepto, sin los principios metafísicos del derecho natural burgués “se ha relativizado hasta convertirse en concepto de Ley constitucional en concreto” (*op. cit.*, 36).

Para Schmitt, por el contrario, hay que distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, este último entendido como la

<sup>15</sup> Así, en un ensayo de 1919 este escribía que la Constitución había nacido en un momento en que ningún partido político estaba en condiciones de imponer su sello (véase en Preuss, H., *Staat, Recht und Freiheit*, Tübingen, 1926, los artículos sobre Weimar a partir de 1918, pp. 363 y ss.). Sin embargo, contrariamente a Schmitt, Preuss consideraba que este compromiso podía llevarse adelante de manera duradera, constituyendo una república que escapara al dilema de “Bolchevismo o terror blanco”. Un comentario en este sentido se encuentra en la interesante introducción de Racinaro a la traducción italiana de *Socialismo y Estado* de Hans Kelsen (México, 1982).

<sup>16</sup> Schmitt había dedicado un artículo con este título en 1929, donde analizaba en detalle la sentencia del 4 de noviembre de la Reichgericht, recogido luego en Schmitt, Carl, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958. Estos análisis serán incorporados, resumidos y reelaborados en “La defensa de la constitución”, sobre el que centraremos el análisis.



unidad política de un pueblo. En ese sentido, de acuerdo con la clasificación propuesta por Schmitt, la Constitución en sentido “positivo” es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política. Así, Schmitt distingue Constitución (*Verfassung*) de ley constitucional (*Verfassungsgesetz*). La ley constitucional, presuponen una Constitución, y un concepto de Constitución es sólo posible a partir de dicha distinción. Toda la teoría de la Constitución de Schmitt se construirá sobre esta división conceptual.

El acento de la definición de Constitución en sentido positivo de Schmitt está puesto en la noción de poder constituyente, entendido como “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”. En ese sentido, para Schmitt, “una Constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser” (*idem*, 87), oponiendo una vez más en su teoría, norma y existencia.

En esta obra, paradójicamente, Schmitt no se ocupa especialmente del problema del guardián de la Constitución. El jurista alemán sólo se referirá a su interpretación del artículo 48 en un apartado del capítulo 11 de la primera sección, (“Conceptos derivados del de Constitución”) en términos de dictadura comisaria del Presidente, que es el concepto en que subsume el análisis del artículo 48 de la R.V. hasta 1929.<sup>17</sup>

El jurista alemán hará referencia también a la distinción entre “litigios constitucionales”, que son siempre “políticos”, y las “dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales” (*op. cit.*, pp. 146 y ss). Para Schmitt, la comprobación de la constitucionalidad de las leyes a aplicar por los tribunales es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca “apolítica”, por lo tanto, en el razonamiento de Schmitt, “el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de derecho”. La determinación de un concepto claro de “litigio constitucional” será para el jurista alemán en su obra de 1931 la “primer condición de toda ‘justicia constitucional’”.

17 En ese sentido, de acuerdo con el artículo 48, 2 de la Constitución de Weimar, el presidente Reich puede suspender la ley constitucional para defender la Constitución instaurando una dictadura comisaria.

El libro de Schmitt sobre La defensa de la Constitución continúa con la polémica anti-kelseniana.<sup>18</sup> Para Schmitt, “toda la aberración (de la teoría de Kelsen) se manifiesta en el problema del protector o garante de la Constitución”.

Es fundamental, antes de adentrarnos en este trabajo, recordar que el problema de los tribunales de control de constitucionalidad estaban directamente relacionados con la teoría, y aún más, con la persona de Kelsen. Era el jurista vienés él que había concebido la institución para la Constitución austríaca de 1920, la *Verfassungsgerichtshof*.<sup>19</sup> Por su biógrafo y amigo Métall, sabemos la importancia que Kelsen le otorgaba a dicha “creación”, a la que consideraba “la pieza jurídica central” de la Constitución austríaca y la que le daba su sello.<sup>20</sup>

Pero el valor de dicho instituto no se limitaba para Kelsen a la utilidad de una técnica de política del derecho, al orgullo por la original creación de un novedoso instituto jurídico, sino que estaba relacionado de manera directa y estrecha con su concepción de la democracia. Según Kelsen, los tribunales constitucionales constituían “un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir el compromiso constante entre los grupos representados en el parlamento”, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte Constitucional constituía un super tribunal.

Pero también representaba una garantía para la voluntad del parlamento expresada en las leyes, ya que incluso en una democracia parlamentaria, el segundo grado de la formación de la voluntad estatal, la ejecución por la burocracia, presentaba para Kelsen un caracter inevitablemente autocrático. El control constitucional de los reglamentos de ejecución era un arma para atemperar este caracter del Estado moderno en interés de la democracia.

“El destino de la democracia moderna —escribía Kelsen en la segunda edición de su ensayo sobre la Esencia y el valor de la democracia—, depende en gran medida de una organización sistemática de todas las instituciones de control, la democracia sin control no puede durar”. En ese

<sup>18</sup> Aunque el interés conceptual del ensayo schmittiano no se agota de ninguna manera en la crítica antikelseniana, es sobre este aspecto que centraremos nuestro análisis.

<sup>19</sup> Sobre el Tribunal Constitucional Austríaco, su génesis y sus características, se puede ver el clásico trabajo de Charles Eisenman (1928), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris (reimp. 1984).

<sup>20</sup> Cfr. Métall, R., *Hans Kelsen. Vida y Obra*, México, 1976, especialmente p. 54 y ss.

sentido, el control por un tribunal especial, cuyos miembros eran elegidos por el parlamento, y no por los jueces ordinarios,<sup>21</sup> era visto por Kelsen como una forma de escapar a la burocracia judicial que había sido mantenida en sus cargos luego de la caída de las monarquías, y que tenía, con razón, por conservadora y reaccionaria.

En su ensayo de 1928 sobre la justicia constitucional, <sup>22</sup> señala que la Constitución (*Verfassung*) es siempre el fundamento del Estado, es un principio que “expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en el momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas”. En ese sentido ella regula la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación. La justicia constitucional se encarga del control de leyes, reglamentos, actos de ejecución, y tratados internacionales subordinados a la Constitución.

En *La Teoría General del Estado*, Kelsen había distinguido entre Constitución en sentido lógico-jurídico y Constitución jurídico-positivo. La norma fundamental (*Grundnorm*) es una Constitución en sentido lógico-jurídico (*Konstitution*) cuando ella instituye el primer órgano creador del derecho. En dicha *Konstitution* se basa el primer acto legislativo, la unidad del orden jurídico, pero esta es de carácter ideal, una hipótesis lógica, tendiente a ordenar el material jurídico en un sentido científico (*op. cit.*, p. 325).<sup>23</sup>

Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la Constitución debe ser distinto e independiente del parlamento y del gobierno, que son los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y

21 Es interesante notar que los más fervientes sostenedores de control constitucional en los debates de la asamblea constituyente de Weimar habían sido los socialistas independientes (U.S.P.D.) (*cf.* Vermeil, E., 1928, *La constitución de Weimar et le principe de la démocratie allemande*, Strasbourg, 211), y que había tenido la oposición cerrada de las fuerzas de derecha que se oponía a todo tipo de control. El U.S.P.D., aliada luego a los spartakistas en el levantamiento en el que fueron asesinados Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht, era la fuerza más izquierdista al interior de la asamblea constituyente.

22 *La garantía constitucional de la Constitución* (la justicia Constitucional) (trad. española de la versión francesa, Madrid, 1984).

23 La misma distinción se encuentra en un ensayo de Kelsen sobre las tres funciones del Estado. En el prólogo a la segunda edición de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, de 1923, establece la paternidad de la distinción de la *Grundnorm* como *Konstitution* a su entonces discípulo A. von Verdross.

reglamentos (de ejecución o con fuerza de ley). En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional, incluidas las leyes del parlamento, ya que este está subordinado a la Constitución, y respecto a ella “aplica derecho”, es decir, las normas constitucionales.

El jurista vienés reconoce que un tribunal constitucional así entendido, excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que lo convierte en “un legislador negativo”; aunque se apresura a precisar que con menos poder que el parlamento, que tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, en tanto que la justicia constitucional se atiene a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación. En última instancia, en la concepción kelseniana, el tribunal constitucional tiene una importancia política de primer orden: él es “la garantía de paz política en el interior del Estado”.

Kelsen, que consideraba que “la doctrina de la separación de poderes” permitía al monarca recuperar parte de su poder, que le habían sacado los parlamentos, por intermedio de la ejecución de las leyes, verá en el rechazo de los tribunales constitucionales un resabio de las teorías del constitucionalismo monárquico, que para paliar dicha pérdida de poder del soberano, sostenían que la promulgación del monarca bastaba como garantía de la constitucionalidad de las leyes, en detrimento de la representación popular.

Sin embargo, es importante tener presente que una diferencia muy importante existía entre las soluciones previstas en las constituciones alemana y austríaca sobre el problema del control de constitucionalidad de las leyes.<sup>24</sup> El texto de la de Weimar, luego de importantes discusiones en la asamblea constituyente, no hacía referencia a ninguna institución precisa, lo que lo convertía en un sistema de control, que siguiendo una tradicional clasificación, ya presente en el ensayo de Schmitt, podemos definir como “difuso”, es decir suceptible de ser ejercido por todos los jueces por vía incidental, tal como había sido confirmado por sentencia de la *Reichsgericht* del 4 de noviembre de 1925.

Por su parte, la Constitución Austríaca, normaba un control “concentrado” de competencia directa, asignada a la Corte Constitucional. En el

<sup>24</sup> Cfr. Capeletti, M., “El control judicial de las leyes en el derecho comparado”, en *Justicia constitucional comparada*, México, 1978. El jurista italiano distingue en su estudio (pp. 25 y ss.) la justicia constitucional del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que es un aspecto (esencial) de aquella y donde incluye al tribunal austríaco.

sistema austriaco, artículos 137-148 de la Constitución Federal, la *Verfassungsgesichtshof* tenía la competencia exclusiva en materia de constitucionalidad, ya sea en forma directa (de oficio), o por acción de determinados órganos estatales expresamente autorizados. Por vía principal, como lo recuerda Cappelletti, esta acción se ejercía independientemente del caso concreto y de manera autónoma. Los jueces ordinarios no sólo no podían ejercer el control de constitucionalidad las leyes, sino que tampoco estaban facultados para pedirlo (solo podían solicitar el de legalidad de los reglamentos en determinados casos). Dicha legitimación estaba limitada al gobierno federal, sobre las leyes y decretos de los gobiernos de los *Länder*, y a la inversa, a los gobiernos provinciales sobre las leyes y decretos del gobierno federal. La sentencia de la Corte tenía la fuerza de una ley posterior, que anulaba la anterior, lo que le daba, como lo remarcan unánimemente todos sus comentaristas, un enorme poder.<sup>25</sup>

El papel de Kelsen con respecto a la justicia constitucional austriaca estaba lejos de haberse limitado a la concepción de tal instituto, sino que además integraba dicho tribunal con caracter de juez vitalicio y relator permanente. Pero la Corte fue parcialmente reformada por la *novelle* de 1929, (a la que, dicho sea de paso, no era extraño el conflicto entre la Corte y el Ejecutivo sobre las dispensas matrimoniales, en el que el voto particular de Kelsen habría jugado un papel importante)<sup>26</sup> que, entre otras modificaciones,<sup>27</sup> preveía la forma de elección de los miembros directamente por el gobierno y ya no por el parlamento, quedando los jueces vitalicios cesantes a partir del 15 de febrero de 1930. Este hecho, no exento de agravios personales y sumado a otros ataques universitarios, determinó para Kelsen su partida de Austria y la aceptación de un puesto en la Universidad de Colonia a fines de 1930.

Schmitt dedicará la primera parte de su argumentación a rebatir el caracter judicial de la función de protección de la constitución ya sea como

25 Según Eisenman (*op. cit.*, 175), era "una jurisdicción política suprema".

26 Sobre los pormenores de dicho conflicto, ver Métall, (*op. cit. supra*, nota 20).

27 La reforma extendía la posibilidad de demandar el control de la constitucionalidad a los tribunales superiores en lo administrativo y judicial, lo que para Capelletti implicaba ciertamente una mejora. Los otros defectos que el especialista en control de constitucionalidad señala en el sistema austriaco, dejar fuera de control las leyes que atentaban contra los derechos constitucionales individuales, y el caracter simplemente "discrecional" de la acción indirecta (lo que permitía dejar pasar, en función de compendias políticas, leyes dudosas), no fueron modificados. Kelsen considerará esta reforma como el inicio virtual de la toma del poder del fascismo en Austria (*Cfr.* Kelsen, "Judicial Review of Legislation. A Comparative study of the Austrian and American Constitution", *The Journal of Politics*, 4, 1942).

instancia única, como lo planteaba la solución kelseniana,<sup>28</sup> o con carácter difuso. En una sentencia de 1927, la *Staatsgerichtshof*, que había sido prevista por el artículo 19 de la R.V.,<sup>29</sup> y había sido instituida por ley en 1921, se había declarado a sí mismo, como lo recuerda Schmitt “protector de la Constitución del Reich”. Para Schmitt los tribunales de justicia pueden controlar las leyes simples con respecto a la Ley Constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución (Schmitt, *op. cit.*, pp. 43 y 55). De este modo, Schmitt distingue entre control judicial y protección política, distinción esta que se deriva directamente de la separación schmittiana fundamental, ya expresada en la Teoría de la Constitución entre Constitución, entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política, y *ley constitucional*, como la realización normativa, que presupone aquella como su fundamento.

Una corte de justicia puede ser protector de la Constitución, según Schmitt, sólo en un Estado “que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios” (*idem*, p. 46). Este era el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del *leading case* “Madison vs. Marbury” de acuerdo a los fundamentos del voto del *chief-justice* Marshall.

En Alemania, por el contrario, el control judicial que ejerce en última instancia los tribunales con respecto al texto constitucional tiene carácter accesorio, difuso y ocasional, no es “protector y defensor” del orden social y económico existente como en Estados Unidos. Esto es así porque la administración de justicia se encuentra enteramente sujeta a normas jurídicas que permiten una subsunción concreta, precisa y limitada. Los tribunales no son protectores de la Constitución aunque ejerzan el control judicial de manera accesorio y difusa. La no aplicación de leyes anticonstitucionales solo “puede contribuir” al respeto de la Constitución, pero no a su defensa. Según Schmitt, “el protector no debe ser abstracto, sino que ha de proteger contra peligros determinados y concretamente temidos”

28 Si las soluciones de Kelsen sobre el tema eran las más sistemáticas y ya habían sido aplicadas en Austria, no era el único teórico que sostenía estas ideas. Para un primer panorama doctrinario en Alemania, ver Friedrich, Carl, “The issue of judicial review in Germany”, *Political Science Quarterly*, vol. XLIII, 2.

29 El artículo 19 de la Constitución Alemana decía: “Los litigios de orden constitucional que surgiesen en un estado confederado que no posea una jurisdicción para su solución, así que las demandas de derecho privado entre Estados confederados o entre la Confederación y un estado confederado, serán juzgados, por demanda de una de las partes en causa, por el Tribunal Supremo de la Confederación alemana, salvo que otra jurisdicción federal sea competente. La sentencia del Tribunal será ejecutada por el Presidente de la Confederación”.

(*op. cit.*, 60). Gráficamente, las ideas de Schmitt podrían expresarse del siguiente modo:

	TRIBUNAL	PRESIDENTE
CONSTITUCIÓN	<i>contribuye al respeto</i>	<i>protege</i>
LEY CONSTITUCIONAL	<i>controla</i>	

Para Schmitt, la solución propuesta por Kelsen, es decir un Tribunal Constitucional Central que concentra y monopoliza el control de la Constitución, trae aparejado “una politización de la justicia” (*Politisierung der Justiz*), más que “una judicialización de la política” (*Juridifizierung der Politik*). Ella es el producto de una teoría que trabaja con “ficciones”, con “formas”, sin tener en cuenta los “contenidos”, ignorando las diferencias efectivas entre Constitución y Ley constitucional, tal como la teoriza “una teoría concreta de la Constitución” (*idem*, 60).

Siempre en el análisis schmittiano, la defensa de la Constitución se realiza actualmente frente al legislador y “sus variables mayorías parlamentarias (contrariamente al siglo XIX, en el que se hacía frente al soberano y dicha protección recaía en el parlamento).<sup>30</sup> La teoría kelseniana sería, según Schmitt, deudora de la tradicional doctrina de la separación de poderes, y de la tradición del Estado judicial medieval. A un juez no se le puede transferir la decisión en materia política sin alterar su posición constitucional. Si bien Schmitt admite que en toda sentencia judicial, aun entendida como subsunción concreta del caso particular a la norma general, hay un elemento de decisión autónomo, no derivado directamente del contenido de la norma, que se limita en el mayor de los casos a una decisión autoritaria que elimina la duda, —y esto, como él mismo recuerda (*ibidem*, 90), desde sus primeros trabajos de los años diez—, parece luego revenir sobre tales ideas en la obra que nos ocupa.

En una Constitución de Estado de derecho, que a juicio de Schmitt debe contar con una efectiva división de poderes, el juez sentencia “sobre la base de una ley y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable que se halla ya contenida en la ley” (*op. cit.*, p. 79). Schmitt se funda así en la “diferencia real” entre justicia y legislación,

<sup>30</sup> Paradojalmente, el primero en sostener que en la actualidad el parlamento, a diferencia que durante la lucha por la monarquía constitucional, donde se reclamaban contra el gobierno, fue el maestro de Kelsen, G. Jellinek, en su escrito *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, de 1885 (*Cfr.* Eisenman, *op. cit.*, *supra* nota 19, pp. 19 y ss.).

entre norma justiciable y no justiciable para rebatir el postulado kelseniano que considera que es igualmente derecho la ley, la sentencia judicial y el acto administrativo, existiendo sólo una diferencia de grado. Kelsen, según Schmitt, no diferencia entre “las diversas acepciones de la palabra ‘Constitución’”, como tampoco las “diversas clases de ‘normas’, sino que las confunde unas con otras” (*idem*, 82). La teoría kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico es “un vacío sistema teórico-jurídico” que no resuelve el fundamento teórico-constitucional, y que hace consistir a la justicia constitucional en “una justicia de normas sobre normas”.

Para Schmitt, por el contrario, una ley (más fuerte) no puede ser protectora de otra ley (más débil), ya que en tal caso no hay un “hecho a subsumir” sino una decisión que afecta el contenido de la ley constitucional y para el jurista alemán “toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador” (*op. cit.*, p. 89). Sin embargo, como ya hemos visto, esta era la posición de Kelsen respecto a un tribunal constitucional.

En *La defensa de la Constitución*, el jurista alemán repetirá que la situación constitucional alemana se caracteriza por el hecho de que muchas normas y disposiciones del siglo XIX han sido conservadas en un contexto histórico completamente diferente. Dichas normas se basaban en la separación Estado-sociedad entendida como contradicción. El Estado del siglo XIX no intervenía ni en el área económica ni en el área religiosa, era un Estado neutral. La Constitución era entendida como un contrato entre el pueblo, representado por el parlamento, y un príncipe forzado a realizarla.

Así, de acuerdo con Schmitt, los Estados pueden ser clasificados, de acuerdo a la función estatal que predomina en ellos, en tres tipos: Estado legislativo, Estado ejecutivo y Estado de jurisdicción. Si bien no existen formas puras, cada Estado histórico presenta una forma preponderante. El Estado medieval es un Estado de jurisdicción, y la doctrina anglosajona es su expresión teórico-conceptual, el Estado absolutista es un Estado ejecutivo y el Estado liberal del siglo XIX es un Estado legislativo.

En un Estado de jurisdicción (como en Estados Unidos) puede existir una corte de justicia como guardián de la Constitución en la medida que no existen normas que obliguen al juez a subordinar su decisión. Por el contrario, en un Estado legislativo no puede haber “justicia constitucional”, ya que la justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que le dicta el parlamento, a las cuales está subordinada. En un Estado legislativo,



por lo tanto, sería el parlamento el guardián de la Constitución en tanto representante de la unidad de la nación frente al monarca, y la defensa de la Constitución se realiza frente a los eventuales abusos del ejecutivo.

Paralelamente, según Schmitt, existe una evolución histórico-dialéctica del Estado en tres etapas, que va del Estado absolutista de los siglos XVII-XVIII al Estado total del siglo XX, pasando por el Estado neutral del siglo XIX. Para Schmitt, la oposición Estado-sociedad que fundaba el Estado legislativo como Estado neutral ha desaparecido y este, abandonando su antigua neutralidad, comienza a intervenir en todas las áreas sociales, convirtiéndose así en la “auto-organización de la sociedad”, y, por ende, todos los problemas se vuelven estatales. Es por ello que la protección de la Constitución según el jurista alemán comienza ahora a reclamarse contra el parlamento y su voluntad expresada en leyes. Una primera reacción lo constituye el querer controlar las leyes por la justicia, es decir por intermedio de los tribunales, pero esta no es más que una solución “intuitiva” y, para Schmitt, ignora la superioridad del parlamento sobre la justicia que es característica de los Estados legislativos, en la medida que esta sentencia a través de leyes dictadas por aquél o por principios indeterminados.

En dicha circunstancia, los partidos políticos se convierten en estructuras fuertes, que representan intereses, clases y religiones, y el parlamento se reduce a un escenario de luchas y repartición que ya no garantiza la unidad de la voluntad del pueblo, degenerando en un “Estado pluralista”. En un Estado legislativo en transición al “Estado total”, cuyo parlamento es incapaz de decidir, dominado por mayorías “lábilés” de grupos heterogéneos, la fidelidad al Estado es reemplazada por la fidelidad a la organización social, peligrando así la unidad del Estado.

Después de pasar revista a una serie de remedios, que van desde un establecimiento de incompatibilidades entre cargos parlamentarios e intereses económicos hasta hacer reflotar los elementos burocrático-neutrales del Estado Alemán, pasando por la adopción de una constitución económica (fascista o soviética), que son descartados uno a uno por diversas razones; Schmitt concluye que el problema de la defensa de la unidad del Estado recae en el otro representante popular (con carácter plebiscitario) que la Constitución instaura: el Presidente del Reich, que Schmitt considera como el representante del pueblo en su unidad, por encima de los intereses parciales y la lucha de los partidos políticos.

Como podemos observar, la crítica de Schmitt al régimen de Weimar se torna cada vez más nítida. En su opinión, la crisis que éste atravesaba era el producto de la falta de “sustancia política” en su Constitución. En el momento de su creación en 1918, el Reich no contaba con toda su soberanía, condicionado como estaba por el tratado de Versalles. Para Schmitt, por otro lado, la Constitución de Weimar era una Constitución “póstuma”, ya que realiza los ideales liberales del estado de derecho de la fracasada revolución de 1848 (derechos fundamentales del individuo y división de poderes), reduciendo su decisión a la forma política del Reich: una democracia constitucional de Estado burgués de derecho.

En la interpretación schmittiana, el artículo 19 de la R.V. sólo preveía la competencia del Tribunal Supremo del Reich exclusivamente para litigios dentro de un territorio, pero no debían extenderse a las cuestiones constitucionales que afectasen al Reich (Schmitt, *op. cit.*, pp. 103 y ss.). En consecuencia, un control como el propuesto por Kelsen no cumpliría una función judicial, sino una “turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento”.

Un tribunal de justicia como aquel propuesto por Kelsen sólo es posible según Schmitt, si se considera la Constitución como un contrato o compromiso, y por lo tanto un tribunal se podría situar por arriba de los litigios y los intereses de la sociedad. Pero para Schmitt la reproducción de este esquema a escala societaria implica reconocer como “parte” los diferentes grupos sociales, convirtiendo al Estado en un “Estado pluralista”. La defensa de la Constitución escribe Schmitt no puede entenderse con la idea de un “proceso civil”. El único elemento contractual de la Constitución weimariana es la organización federal, para lo cual el tribunal previsto en el artículo 19 es competente. La idea kelseniana de Constitución como contrato es producto de entender el Estado y la democracia como compromiso, y la *Constitución=Ley constitucional=norma*. En ese sentido, el litigio constitucional es pensado bajo el esquema conceptual de derechos subjetivos, pero se debe separar una vez más “la protección de la Constitución de los simples preceptos constitucionales” (*op. cit.*, p. 221).<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Más allá de los ecos innegablemente hegelianos en esta crítica schmittiana de la Constitución como contrato, entendida como lógica de derecho privado, ella se inspiraba en las críticas contra la corriente alemana de derecho público inspirada por Gerber y Laband, que había aplicado los principios de la escuela pandectista al estudio del derecho público. Kelsen había tomado distancia de esta escuela desde sus primeros escritos, y en su crítica a Schmitt hará una referencia crítica a la “jurisprudencia de los conceptos”.

Schmitt concluye que la Constitución del Reich “afirma la idea democrática y de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán que, en virtud de su poder constituyente se ha dado asimismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir mediante un acto unilateral” (*idem*, 113) y, en virtud de dicha decisión “el Reich alemán es una democracia constitucional” cuyo protector es el presidente conforme con el artículo 48 de la R.V.

Ya en la *La dictadura* y en la *Teología política* consideraba que dicho artículo instaura el carácter soberano del presidente, pero el hecho de proclamar el “estado de excepción” bajo el control del parlamento corresponde todavía para Schmitt a las tendencias del Estado de derecho liberal que intenta evacuar el problema de la soberanía repartiendo las competencias y previendo controles recíprocos.

El artículo 48 que, como hemos visto, permitía el uso de la fuerza pública contra un *Land* cuando este se negaba a aplicar las decisiones del gobierno central (primera parte); y tomar las medidas necesarias —incluso la suspensión de las garantías constitucionales— para restablecer el orden y la seguridad pública perturbados o amenazados (segunda parte), había estado en el centro de la preocupación de los constituyentes de 1919 como instrumentos para garantizar el federalismo y consolidar el nuevo orden político.

En 1924, durante las jornadas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de derecho público) de Jena, Schmitt, junto con E. Jacobi, centralizará la atención del debate con sus tesis sobre la dictadura del presidente del Reich, basada en el citado artículo, que tendrá una importante repercusión en la doctrina alemana de la época.<sup>32</sup>

Schmitt llamaba allí la atención sobre la segunda parte del artículo 48, que según nuestro autor permitía la instauración, aunque con ciertas vacilaciones, de una dictadura comisaria en la figura del presidente del Reich.<sup>33</sup>

El presidente del Reich representaba en la concepción de Schmitt un “poder neutral, mediador, regulador, y tutelar (Schmitt, *op. cit.*, p. 220), árbitro neutral que si bien no se encontraba por encima de los otros órganos

<sup>32</sup> *Die Diktatur der Reichspräsident nach art. 48 der R.V.* A partir de 1928 este trabajo se incorporará como anexo en las nuevas ediciones.

<sup>33</sup> Si bien el jurista alemán enuncia algunos de estos principios por primera vez bajo el gobierno del socialdemócrata Ebert, a los ojos de Schmitt, Hindenburg presentaba sin duda otra “legitimidad”: este había sido electo por el pueblo, en tanto que el primero lo había sido sólo por una asamblea representativa.

políticos, estaba más allá de conflictos y clases, lo que lo convierte en el guardián de la constitución en su carácter de representante del pueblo como unidad. En el presidente, según Schmitt, se materializa la “aclamación” del pueblo de manera unitaria, como forma de representación democrática por excelencia, contrariamente al parlamento, que es expresión de una voluntad dividida por los diversos intereses que representan los partidos políticos.

El jurista alemán, en síntesis, apoya su teoría del defensor de la Constitución con una triple serie de argumentos: legales, históricos y doctrinarios que, en un razonamiento típicamente schmittiano, se encarnan unos sobre otros. Así, en lo legal, se apoya en una interpretación, sin duda extensiva, del apartado segundo del artículo 48 de la R.V., que había sido previsto para garantizar el federalismo y preservar el orden interno. En lo histórico, se basa en la situación del parlamento de Weimar, que, desgarrado por la lucha de partidos y las mayorías inestables, “discute” pero es incapaz de decidir, y por lo tanto, de garantizar la unidad del pueblo alemán. En lo doctrinario, por último, fundamenta su interpretación con la teoría del monarca como *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*, que Benjamin Constant había desarrollado en el período postnapoleónico, en la cuál puede reconocerse, según Schmitt, la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, interpretada en el sentido del principio decimonónico que el monarca “reina pero no gobierna.”<sup>34</sup>

Estas ideas de Schmitt, que había apoyado públicamente la decisión de Brüning de gobernar por reglamentos presidenciales y dedicaba todo el último punto de la segunda parte de su ensayo a sostener doctrinalmente dicha medida contra la reserva financiera de la Constitución, tendrán otra ocasión de ser puestas en práctica en 1932, esta vez por él mismo, en el dictámen que como consejero jurídico del gobierno central el jurista alemán rindiera ante el Tribunal Supremo en Leipzig en el conflicto de éste con el gobierno de Prusia.

Prusia era el único *land* donde a esa fecha se mantenía en el poder la “coalición de Weimar”, bajo la dirección de los socialdemócratas. El propio Schmitt había llamado la atención sobre la importancia juridico-constitucional de sus consejos “más grande de lo que podría interpretarse aplicado de modo literal el texto de la constitución vigente en el Reich”

<sup>34</sup> Schmitt no parece especialmente preocupado en encadenar sus análisis sobre el guardián de la constitución con sus anteriores desarrollos sobre la dictadura comisaria, a los que apenas dedica algunas referencias con respecto al problema de los decretos-leyes financieras del gobierno Brüning, pese a que como hemos visto, él habla en sus primeros trabajos sobre el artículo 48, de “dictadura” del presidente.

(*op. cit.*, p. 95) Con el pretexto de reprimir adecuadamente focos de rebelión comunista en Berlín, el canciller federal von Papen, destituye al gobierno prusiano por un decreto presidencial del 20 de julio, invocando como fundamento la primera parte del artículo 48 de la R.V., y transfiere sus poderes al gobierno federal. El gobierno destituido presenta un recurso ante la *Staatsgerichtshof*, que en su fallo reconocerá que no es aplicable al caso la primera parte del artículo 48, pero convalidará de todas formas la medida fundándose en la segunda parte del citado artículo. Schmitt (junto con Jacobi, Hoche y Bilfinger) había dictaminado como perito por el gobierno federal y en calidad de tal había rendido un memorandum,<sup>35</sup> en tanto que como expertos por el gobierno prusiano habían obrado, entre otros, Hermann Heller, Arnold Brecht y Gerhard Anschütz. Kelsen criticará dicho fallo en un artículo *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932*, publicado en el número 8 de la misma revista *Die Justiz* que publicara un año antes su comentario al libro de Schmitt, sin ninguna referencia especial a las ideas o posiciones de este último.<sup>36</sup>

### III. ¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN?

La larga reseña crítica que Kelsen le dedicará al ensayo de Schmitt<sup>37</sup> sobre el guardián de la Constitución presenta a nuestro entender un gran interés, en la medida que permite apreciar con claridad hasta que punto son muchas veces infundados aquellos análisis, que de un lado y del otro, nos presentan al autor de la *Teoría pura* como un teórico despreocupado de los problemas concretos, como un jurista ajeno a lo político.

Las consideraciones de Kelsen se desarrollan en tres niveles de análisis diferentes. Por un lado, el jurista vienés acomete la defensa de sus teorías a favor del control jurisdiccional de la Constitución, tal como lo argumentaba en sus escritos precedentes sobre la materia.

<sup>35</sup> Schloussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig (recojido posteriormente en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*, de 1940), donde defiende la medida apoyándose en sus tesis sobre el presidente del Reich como guardián de la Constitución (especialmente p. 185). La versión estenográfica del proceso fue publicado con el título *Preussen contra Reich* por la misma editorial, J.H.W. Dietz de Berlín, que editaba las obras de Marx y Engels y el periódico socialdemócrata *Die Gessellschaft* en cuyas columnas hubo un importante eco de la sentencia (con artículos, entre otros, de O. Kirchheimer), lo que prueba la importancia que revistió este fallo para la izquierda alemana en particular y la república de Weimar en general.

<sup>36</sup> La destitución del gobierno prusiano y su posterior convalidación judicial es considerada como el preludio fatal al advenimiento del Tercer Reich por K. Löwenstein en "Germany and Central Europe", en *Governments of Continental Europe*, (editado por J. Shotwell), New York, 1945, p. 353.

<sup>37</sup> *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlín, separata de *Die Justiz*, 1933.

En otro plano, Kelsen se empeñará en demostrar el carácter “tradicional” y nada novedoso de la argumentación schmittiana a la luz de la *Teoría pura*, sobre todo en relación a dos puntos: la teoría de la interpretación judicial como *Rechtsautomat* y función apolítica, y la noción del presidente del Reich como “poder neutro”.

Finalmente —y como en casi todas sus polémicas— Kelsen busca probar la naturaleza “ideológica”, no científica, de los conceptos de su oponente, que genera como consecuencia un carácter ficcional de sus proposiciones, y lo hace caer en una doble confusión entre “teoría jurídica” y “política del derecho” (aspectos que Kelsen había distinguido en su escrito sobre la justicia constitucional), y, en un sentido más amplio, entre ciencia y política. Para Kelsen, Schmitt confunde un problema de política del derecho con uno de teoría general del derecho, que en la argumentación schmittiana, no es “científica” sino meramente ideológica.

El autor de la *Teoría pura* emprenderá la polémica considerándola una discusión sobre el problema de la justicia constitucional, es decir, un instituto encargado de controlar la conformidad de los actos estatales (del parlamento y del gobierno) con respecto a las normas constitucionales. En ese sentido, sostiene que la distinción schmittiana entre “control” y “defensa” de la Constitución es meramente terminológica. El principio central que debe afirmarse para Kelsen es que “nadie puede ser juez de su propia causa”: lo esencial es que el control sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, ya que de esta manera se puede evitar las violaciones constitucionales de los dos órganos titulares del poder en la Constitución de Weimar, a saber, el parlamento y el gobierno, pero pueden quedar abiertas las cuestiones de su organización de la forma más democrática y efectiva (*op. cit.*, p. 5). Kelsen sostiene que nada impide, aunque podría discutirse si dicho método es el adecuado, que el tribunal constitucional sea elegido por el pueblo directamente, como lo era el presidente en la Constitución de Weimar (*idem*, pp. 50 y ss.)

A lo largo de su “respuesta”, Kelsen se basará en su teoría de la creación del orden jurídico por grados, la *Stufenbaulehre*, que Schmitt había considerado en su libro “una antropomorfización insensata y confusa de la ‘norma’ y una improvisada alegoría”. Así, como lo escribía en su trabajo sobre la justicia constitucional:

en tanto que la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, la legislación es frente a ella, aplicación del derecho ... el derecho no cesa de

concretarse en el camino que él mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material. Si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales.

Kelsen expresa que el principal argumento teórico de Schmitt contra la instauración de tribunales constitucionales como custodios de la Constitución se basa en el carácter “político” —y por lo tanto supuestamente incompatible con la función judicial— de los mismos. Pero para el jurista vienés el arsenal schmittiano en la materia no hace más que trasladar de la teoría del derecho internacional, sin mayores innovaciones, la distinción entre “conflictos arbitrables” y “no arbitrables” para aplicarlas al orden interno (*idem*, pp. 14 y ss.).

Ahora bien, escribe Kelsen, la tesis schmittiana no se sostiene porque lo político, el ejercicio del poder no se limita al parlamento. Inclusive si se entiende lo político en el sentido schmittiano, escribe el autor de la *Teoría Pura*, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión, toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder (*op. cit.*, p. 15), y por lo tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera, como lo sostiene Schmitt, la posición constitucional de la jurisdicción.

Para Kelsen, la teoría de Schmitt es deudora del doble error de considerar sólo al parlamento como un órgano político, y como el único creador de derecho.

Según el jurista vienés, Schmitt sigue la doctrina del constitucionalismo monárquico cuando considera al juez como un “autómata jurídico” que no crea derecho, sino que lo “encuentra” simplemente en la norma, que debe aplicar al hecho particular. De acuerdo con la teoría kelseniana, la diferencia entre ley y sentencia es sólo cuantitativa, ya que esta última es también un acto de producción de derecho (*op. cit.*, p. 21).

Pero también la diferencia entre el carácter político de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es, de acuerdo a la teoría kelseniana, de tipo “cuantitativo”: todo conflicto jurídico es un “conflicto de intereses o de poder”, no existe una “naturaleza” política opuesta o incompatible con lo judicial, sino sólo la voluntad de las partes de no resolverlos ante a una instancia “objetiva” (*op. cit.*, p. 5).

La jurisdicción, sostiene Kelsen contra Schmitt, comienza justamente frente a las dudas y divergencias sobre el contenido de una norma.

Schmitt, según el jurista vienés, no ve la diferencia entre una ley, como norma, y la producción de la ley, como hecho particular. La función de un tribunal constitucional implica siempre, para Kelsen, la cuestión de si una norma ha sido creada constitucionalmente, entendiendo su proceso de creación como caso particular, y no, como lo sostenía Schmitt, como “una norma que protege a otra norma”. Para el autor de la *Teoría pura*, una norma anticonstitucional debe ser anulada porque el “hecho particular” de su producción se opone a la norma que regula este procedimiento, y que es de grado más elevado que la así producida (*ibidem*, p. 20).

Para Kelsen, los “errores” de Schmitt son producto de la confusión entre un problema de teoría jurídica (el concepto de jurisdicción) y otro de política del derecho (la mejor organización de un control jurisdiccional), lo que lo lleva a “deducir de un concepto jurídico presupuesto una institución jurídica deseada” (*op. cit.*, p. 22). Así, Schmitt fundamenta la función exclusiva de la protección de la Constitución en la persona del presidente del Reich en el artículo 48, cuando en realidad, según Kelsen, el artículo 19 de la R.V. prevé claramente un control judicial por parte de la Corte y los tribunales inferiores para los litigios constitucionales (*idem*, p. 47).

En ese plano, y contra las acusaciones del carácter ilusorio de su doctrina que le había imputado el jurista alemán, Kelsen esgrime la creación y la actividad del Tribunal Constitucional Austríaco como una garantía del carácter concreto y funcional de sus teorizaciones, y reprocha a Schmitt no detenerse en su libro en el análisis de su práctica jurisprudencial de más de una década (*idem*, p. 23).

Para Kelsen, como ya lo había expuesto en su estudio sobre los tribunales constitucionales, se puede evitar que el innegable poder de un Tribunal de este tipo no aumente más allá de los términos previstos por la normativa constitucional, sancionando leyes en términos claros, sin nociones vagas como “libertad”, “justicia”, “igualdad”. Sin embargo, este principio es válido tanto en la jurisprudencia constitucional, como penal, civil, etcétera. De acuerdo con la teoría kelseniana ya recordada, la única diferencia entre un tribunal ordinario, civil, penal o administrativo, y un tribunal constitucional es que el primero produce normas individuales, mientras que el segundo anula normas generales, actuando como “legislador negativo” (*op. cit.*, pp. 26 y ss.).

El jurista vienés rechaza asimismo el argumento schmittiano de la “sobrecarga” de la jurisdicción (y la administración) si ésta debe ocuparse



también de la protección de la Constitución, ya que cuando se habla de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, no se razona según Kelsen en “abstracto” sino en base a un tribunal que se ocupa específicamente de dicha tarea. Schmitt da un salto de lo cualitativo a lo cuantitativo que para el autor de la *teoría pura* es inadmisibles (*idem*, p. 46).

En la medida que “toda controversia jurídica es una controversia política”, un control de constitucionalidad confiado a un tribunal sobre la base de un procedimiento contradictorio presenta para Kelsen, la ventaja de “llevar a la luz la efectiva situación de los intereses”. Schmitt, según el jurista vienés, no hace más que esconder este carácter bajo ficciones como “unidad de la voluntad general”, “Estado total”, etcétera (*op. cit.*, pp. 29 y ss.) Estos conceptos, lo mismo que el de “pluralismo”, no resisten para el autor de la *teoría pura* la crítica sociológica (*idem*, p. 35).

En ese sentido, Kelsen considera que la extensión del rol del Estado en el siglo XX no es para nada incompatible con una democracia entendida como *Parteistaat*. La idea de “Estado total” no es más que una ideología burguesa, que intenta esconder el hecho de que una clase, el proletariado, no participa de un Estado que sigue dejando en manos de otra clase social la propiedad de los medios de producción, y, por lo tanto, no existe unidad real de la voluntad general. Schmitt confunde la unidad del Estado, “postulada” como ideal, con una real solidaridad de intereses (*op. cit.*, pp. 33 y ss.). Para Kelsen esto es una interpretación ideológica, ya que no existe un “interés del Estado” que no sea el interés de un grupo particular. Un referéndum, que Schmitt hace aparecer como una garantía de la expresión del pueblo como unidad, no es más que, en el mejor de los casos, la voluntad de una mayoría (*idem*, p. 43).

El concepto de “pluralismo” es introducido en el análisis schmittiano, según Kelsen, con el objeto de soslayar el verdadero problema del control de constitucionalidad. Dicho control, en la exposición del jurista alemán, implica la introducción de derechos subjetivos contra el “Estado total”. Es conocida la posición contraria de Kelsen al concepto de derechos subjetivos entendidos como “frenos” al Estado (*op. cit.*, pp. 36 y ss.). Para la *Teoría pura*, por el contrario, no es más que una acción procesal positiva que da el ordenamiento estatal en ciertos casos. La función de la justicia constitucional era para el jurista vienés “el control de la regularidad de las funciones estatales”, e incluso, como ya hemos visto, los simples particulares no estaban legitimados para demandar tal

control en el sistema austríaco de justicia constitucional que él había delineado.

De este modo, para el jurista vienés, Schmitt construye un concepto de control de constitucionalidad, entendida como contrapeso al parlamento “pluralista”, y de jurisdicción “apolítica”, que no tiene nada que ver con la práctica jurisdiccional, pero que le permite desechar un tribunal para dicha función y reclamarla para el presidente. Es por eso también que dentro de las tareas del defensor de la Constitución, Schmitt se ve obligado, según Kelsen, a incluir aquellas tradicionalmente consideradas como de ejecución.

La teoría de Schmitt representa, escribe Kelsen, un intento de restaurar la vieja doctrina del constitucionalismo monárquico que considera al soberano como un *pouvoir neutre*, lo que para el jurista vienés, no sin ironía, representa una contradicción en un autor que considera como definitivamente superada la situación del Estado del siglo XIX, y denuncia la utilización de viejos conceptos jurídico-políticos para explicar la nueva realidad histórica (*op. cit.*, pp. 9 y ss.). Pero el concepto de Constant es una ficción según Kelsen, en la medida que un monarca no es nunca “pasivo”, y aún menos lo es el presidente del Reich alemán, que es elegido “bajo las presiones de los partidos políticos”, y cuenta con funciones políticas de primer orden. Pero la teoría de Schmitt es una teoría política del “como si”, del *als ob*<sup>38</sup>, porque se funda en la ficción que sólo el parlamento puede violar la Constitución.

En el análisis de Kelsen pretender que el presidente del Reich representa un poder neutral, independiente de los partidos políticos y los intereses de clase es una ficción: un presidente es siempre electo por un partido político, y lo que sostiene Schmitt “es posible sólo cerrando los ojos frente a la realidad” (*op. cit.*, p. 44).

El verdadero significado de la doctrina del *pouvoir neutre* que Schmitt adapta al presidente de una república es “esconder el contraste de intereses, efectivo y radical, que se expresa en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, aún más importante, del conflicto de clases que está dentro” (*op. cit.*, p. 43).

<sup>38</sup> La referencia es a la teoría de las ficciones del filósofo neo-kantiano E. Vaihinger, que había interesado tanto a Schmitt como a Kelsen como lo testimonian sendos trabajos que ambos le dedicaron a la teoría del “como si” en la década del '10. En la defensa de la Constitución, Schmitt señala que el normativismo aplica al problema de la defensa de la constitución el método de las duplicaciones ficticias que le es “característico... (ya que) no habla de la cosa, sino de sus proyecciones formalistas”.

A los ojos del autor de la *Teoría Pura*, Schmitt aparece como “jusnaturalista”, cuando ignora el artículo 19 de la R.V. y esto es posible —y sólo aquí parece remarcarlo Kelsen— porque, en el razonamiento schmittiano, el concepto de Constitución no es jurídico-positivo, no consiste en una norma que regula el procedimiento legislativo y sus órganos, sino un ideal de derecho natural (*op. cit.*, p. 54). Solamente así se puede escribir, como lo hace Schmitt, que “el pluralismo viola la Constitución”, poniendo en peligro la unidad del pueblo, que es defendida, en la situación constitucional concreta, por el presidente. Kelsen considera que la teoría de Schmitt quiere desembarazarse del parlamento porque éste ya no garantiza el dominio de clase de la burguesía. La idea que el parlamento se torna enemigo del Estado y el presidente en su protector pertenece a la “leyenda” de Ormuz y Arimán, del enfrentamiento del bien y del mal, presentada como problema de derecho público.

Su crítica a la teoría del “guardián de la Constitución” no pretende, según Kelsen, negar la importancia de poderes extraordinarios como los normados por el artículo 48 de la R.V., en determinadas circunstancias, sino desmascarar la utilización de categorías científicas (sociológicas y jurídicas) para justificar posiciones partidarias, el sincretismo entre ciencia y política, en síntesis una teoría ideológica (*op. cit.*, p. 56).

Kelsen despliega frente a las teorías de Schmitt todo su radicalismo de *Ideologiekritiker*, lo que le permite desnudar muchas hipóstasis de la teoría schmittiana. Sin embargo, hemos visto también que el jurista vienés pasa por alto ciertas distinciones del autor de la Teoría de la Constitución, lo que puede llevarnos a cuestionar tal vez la pertinencia general de la “respuesta”.

#### IV. ¿DIÁLOGO IMPOSIBLE, DIÁLOGO ENTRE AUSENTES O SIMPLEMENTE DIÁLOGO?

Presentadas las principales tesis de Schmitt y Kelsen en la discusión sobre el problema del guardián de la Constitución, podemos concluir que estamos frente a un diálogo imposible entre ambas teorías, sin siquiera poder reconocer un diálogo entre ausentes (como escribiera Maier a propósito de Schmitt y Strauss sobre el concepto de política).

Un primer análisis pareciera sumar puntos a favor de esta hipótesis interpretativa. Así, en un plano general, existe una abismal diferencia entre los respectivos puntos de partida metodológicos lo que hace muy difícil instaurar un campo común de debate. Desde ese punto de vista, la concep-

ción de Schmitt, es la de un teórico de la excepción, que nunca funda sus análisis en la situación normal, sino, por el contrario, siempre parte del caso límite, extremo. Como lo escribía en la *Teología política*: “lo normal nada prueba; la excepción todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella”. Kelsen, por el contrario, intenta construir una ciencia jurídica según el modelo de objetividad de las ciencias naturales, aislando el elemento normativo de lo histórico-fáctico, fundándose en el principio epistemológico neo-kantiano que la ciencia crea su propio objeto. En esa perspectiva, la crítica a la epistemología kelseniana que Schmitt comienza a desarrollar en el ensayo citado, constituye, a nuestro entender, el momento más logrado de la crítica schmittiana a Kelsen, aunque estas ideas no serán posteriormente profundizadas, y es particularmente difícil encontrar sus huellas en el trabajo que nos ocupa.

Asimismo, de manera más específica, el objeto mismo de la controversia, y en particular el concepto de “Constitución” sobre el cual se apoyan los argumentos de uno y otro, como ya hemos tenido oportunidad de remarcar, es radicalmente diferente. En ese sentido, Kelsen construye desde la primer línea toda su réplica como una polémica de “política del derecho”, sobre la institución más idónea para llevar a cabo el control de constitucionalidad, cuando lo que el jurista vienés entiende por Constitución (*Verfassung*), correspondería a lo que Schmitt considera en su teoría una “Ley Constitucional” (*Verfassungsgesetz*); y sin detenerse, más que para minimizarla, en la distinción schmittiana (en verdad, poco desarrollada) entre “control” y “defensa”.

Sin embargo, creemos que estos “malentendidos” deben relativizarse, o tratarse como un recurso del *ars polemica* kelseniano, en función a tres razones diferentes. En primer lugar, porque a veces ni siquiera el propio Schmitt se muestra especialmente preocupado por la precisión, la extensión y la coherencia con las que aplica sus conceptos a lo largo de su trabajo y como el mismo Kelsen lo remarca, sus teorizaciones no presentan un carácter sistemático en un sentido “fuerte”.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Así, las ideas de Kelsen sobre la justicia constitucional son consideradas por Schmitt como referentes al “problema del garante o protector de la Constitución (*Verfassung*)”; o, luego de haberse empeñado en distinguir Constitución de Ley Constitucional, Schmitt rechaza las ideas de Kelsen porque “una ley puede ser protectora de otra ley”. Existe en la argumentación de Schmitt una suerte de “juego dialéctico”, un *va-et-vient* entre lo histórico y lo conceptual que por ejemplo, lo lleva a apoyarse en una definición de ley en el Estado del derecho, por él construida, a la que ataca luego por no adecuarse a la realidad histórica. Este procedimiento hace que no siempre salga indemne de confusiones y contradicciones, como ya lo notará el mismo Kelsen en su recensión crítica (*op. cit.*, pp. 24, 51).

Por otra parte, porque la acusación de “jus naturalismo” que dirige contra Schmitt al final de su trabajo se funda justamente en la noción schmittiana de “Constitución”, que no se limita a la norma que regula los órganos y el procedimiento de creación del orden jurídico, sino que se presenta como un “ideal”: la unidad del pueblo alemán, lo que demuestra que Kelsen es conciente de la extensión de dicha noción en la teoría de Schmitt.

Pero sobre todo, porque más allá de la estrategia polémica de Kelsen, este sitúa la discusión con justeza en el terreno de las concepciones políticas de uno y otro (en particular, con respecto al problema de la democracia y del Estado), dentro de la cual se ubica, en ambas teorías, el problema de la defensa de la Constitución. De hecho, el problema de la garantía constitucional tiene cartas de nobleza en toda la historia de las ideas políticas. Basta pensar en los sendos capítulos que ha dicho problema dedican “espíritus políticos” tales como Maquiavelo o Rousseau. Si Kelsen lo plantea como un problema jurídico, se debe más a su concepción de lo político,<sup>40</sup> que a querer evacuar las consecuencias “políticas” del problema de la defensa de la Constitución.<sup>41</sup> Es por ello que como hemos visto, para Kelsen la necesidad de un tribunal constitucional está ligada con su concepción de la democracia.

Por el contrario, más de una vez se han afirmado las relaciones estrechas entre ambas teorías. Tal vez el caso más conocido sea el del antiguo discípulo de Schmitt, y jurista cercano a la escuela de Frankfurt, Franz

<sup>40</sup> Existe en la concepción kelseniana una sobredimensión de los tribunales: por un lado, como instancia para resolver todos los conflictos políticos —en la medida que para Kelsen todo lo social presenta un carácter normativo, y por lo tanto jurídico; él considera incluso al parlamento como “forma judicial” (*Justizförmigkeit*) (Kelsen, *op. cit.*, pp. 28 y ss.)—; por el otro, en el caso particular del debate que nos ocupa, de su objetividad, sobre todo si se piensa que sus jueces del Tribunal Constitucional austríaco eran electos por los partidos políticos representados en el parlamento: en ese sentido, este no sería más objetivo, sino tal vez más democrático. Sin embargo, como hemos visto, la función de un tribunal constitucional es concebida por Kelsen como “legislador negativo”.

<sup>41</sup> Es por eso que Kelsen, lo que de otro modo podría parecer paradójico para un jurista positivista, no entra en la distinción, importante al menos en la situación alemana de la época, entre jurisdicción constitucional (que recaía en la *Staatsgerichtshof* prevista en el artículo 19, y cuya extensión era objeto de discusión) y el control judicial incidental de las leyes por todos los tribunales (cuya aceptación se generaliza a partir de la sentencia de la *Reichsgerichtshof*, ya citada en la que sólo señala una diferencia “cuantitativa”; como tampoco, pese a la crítica que dirige a Schmitt en ese sentido, entra en un estudio preciso y particularizado de los artículos 19 y 48 de la R.F., sin distinguir de manera adecuada ambas problemáticas (jurisdicción estatal para determinados conflictos constitucionales, por un lado y ejecución federal y estado de excepción por el otro) (Kelsen, como él mismo lo cita en su reseña, había realizado algunos años antes un análisis del artículo 19 y de la primera parte del artículo 48, y su supuesta incompatibilidad, pero con respecto al problema de la ejecución federal).

Neumann, que en su libro *Behemoth*<sup>42</sup> —convertido entre tanto en un “clásico” sobre el Estado nazi—, sin dejar de reconocer el valor “antiideológico” de la *Teoría pura*, señalaba que el normativismo de Kelsen, —por su apoliticismo que aceptaba como derecho todas las decisiones con tal que tuviesen un poder efectivo—, preparaba el terreno para el decisionismo de Schmitt. Esta opinión no estaba lejos de la de otro lúcido contemporáneo del debate, Hermann Heller, que en una crítica a la teoría de la democracia de Kelsen apuntaba que “precisamente entre una juventud ansiosa de fundamentos éticos y hambrienta de realidad no es pequeña la potenciación, por las vacías abstracciones de este pensamiento nomocrático, de la idea de dictadura”.<sup>43</sup>

Si estas consideraciones nos parecen algo excesivas, —y en todo caso, inscriptas en la reacción antipositivista de aquellos años y que culminará al final de la segunda Guerra Mundial con la acusación al positivismo jurídico de complicidad con el nazismo—, en la medida que las diferencias metodológicas ya apuntadas no pueden ser totalmente soslayadas (sobre todo teniendo en cuenta el estatuto fundamental del que ellas gozan en la empresa teórica kelseniana), ellas nos permiten arribar, empero, a lo que para nosotros constituye la inteligencia, el eje del debate: no estamos tanto frente a una polémica de política de derecho constitucional, como ante una discusión sobre teorías políticas.

A nuestro entender, las distancias metodológicas, si bien no pueden ignorarse, se inscriben sin embargo en una problemática común, en una zona de diálogo compartido que es finalmente más importante que las divergencias evocadas: el problema de la unidad del Estado, que aparecía amenazado por la emergencia política de una nueva clase, el proletariado, luego de la primera guerra mundial. Es en ese marco que podemos apreciar el carácter esencialmente immanente de este debate. Ambas teorías buscan responder a una misma, única cuestión política: cómo integrar las masas obreras a un Estado al que sus luchas de la época apuntaban a destruir; cómo “evitar” la alternativa “bolchevique”. Y en ese sentido, el proyecto de “democracia orgánica” de la Constitución de Weimar apuntaba en esa misma dirección, como lo señalaban en particular los escritos de su redactor, Preuss, más arriba recordados.

42 Neumann, F., *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, 1948.

43 Heller, H., “¿Estado de derecho o dictadura?”, *Escritos políticos*, Barcelona, 1983.

Una vez en este terreno, es conveniente evitar los riesgos de reducir este debate a un enfrentamiento entre un liberal-demócrata y un nazi,<sup>44</sup> donde el primero tendría de antemano todas nuestras simpatías y aprobación. Si bien es cierto que en su respuesta, Kelsen acentúa ciertos rasgos liberales de su teoría<sup>45</sup> (que a nuestro entender forman innegablemente parte de ella), esto obedece en lo primordial a la situación histórica en la que se desarrolla este debate. El mismo Kelsen, algunos años antes, en su polémica con la teoría política del marxismo consideraba críticamente la ideología del liberalismo que “culmina en un catálogo de derechos del hombre, de derechos fundamentales y de derechos de libertad que deben corresponder al individuo contra el estado” que solo es defendido en tanto protege su “sagrada propiedad privada”.<sup>46</sup>

Ya conocemos, por otro lado, su opinión sobre la división de poderes “que nada tenía que ver con la democracia”. Pero frente a Schmitt, y en general con respecto a otros teóricos de la época con los que discute, Kelsen defiende los valores políticos y culturales herederos de la revolución francesa. El parlamentarismo adoptado por los constituyentes de Weimar era expresamente presentado por sus creadores como diferente al modelo “francés”, y la propia figura del presidente del Reich electo por el pueblo, como lo recordaba con razón Schmitt, iba en ese sentido.

44 El carácter políticamente reaccionario y conservador de las teorías de Schmitt en los años '20 no puede reducirlo de todas maneras a un simple ideólogo del nazismo, incluso si sus posiciones a partir de 1931 se inscriben en la lógica que objetivamente permitió el acceso de Hitler al poder. La adhesión al nazismo de Schmitt tendrá lugar en 1933, alimentada por una nada desdeñable dosis de oportunismo (como lo prueban, entre otras cosas, sus “correcciones” a *El concepto de política* en 1933). Si bien Schmitt presenta afinidades autoritarias ya en los años '20, como lo testimonia su simpatía por el recién instalado régimen de Mussolini en Italia, apostaba a una solución militar (era asesor del influyente general Schleicher, jefe de la Reichwehr); y las lecturas retrospectivas de sus escritos weimarianos a la luz de su compromiso nazi no aportan demasiado y nada quitan a su interés, y de hecho, como lo demuestra un opositor a sus teorías, ellas no son coherentes con los postulados nazis sin variadas “modificaciones” (ver Wilk, K., “La doctrine politique du national-socialisme Carl Schmitt”, in *Archives de Philosophie du Droit et sociologie juridique*, Paris, 1934). De allí a sostener, como lo hacen ciertos epígonos, que Schmitt era un defensor del orden weimariano hay un largo trecho. Por otro lado, es interesante tener presente que algunos meses después de la polémica, Kelsen, en sus funciones de decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, invitó a Schmitt a hacerse cargo de la cátedra de Derecho público, lo que demuestra la consideración que el autor de la teoría pura tenía por este aún después de esta polémica. Esto no quita nada de reprochable, como parece creerlo extrañamente Schawb (*op. cit.*), a la actitud de Schmitt en 1933, negándose a interceder contra la expulsión de Kelsen de la Universidad).

45 Sobre todo cuando define la función política de la Constitución como la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder (Kelsen, 1931, 6).

46 En “Marx o Lasalle” (1924, reimp. 1967, p. 138) (hay trad. española).

En dicha problemática común, ambos pensamientos están fuertemente impregnados de estatismo. Kelsen, como lo demuestran sus escritos políticos de este período, estaba lejos de querer negar el conflicto real por el compromiso, este no era un ideal abstracto, sino que veía en el parlamento un instrumento concreto, una técnica funcional para la construcción del orden social a partir “del estado real de intereses” de una sociedad dividida en dos clases, ya que no existían para él armonías naturales del tipo “pueblo alemán” o “Estado total”. En aquellas circunstancias, para Kelsen, la democracia parlamentaria, entendida como Estado de partidos podía superar gradualmente el antagonismo de clases evitando “una revolución sangrienta”. La certeras críticas que dirige al carácter ideológico de ciertos conceptos schmittianos presentan, como hemos tenido oportunidad de apuntarlo, una intención expresamente realista.<sup>47</sup>

Desde ese enfoque, la teoría de Schmitt no busca menos que la de Kelsen escapar al conflicto, y cuando el jurista alemán ironiza sobre la obsesión kelseniana de la unidad, dicha “metafísica” no parece particularmente ajena al pensamiento de Schmitt, que afirmaba en 1930 que existe un deber ético hacia el Estado cuando la unidad de este se torna problemática. Pero mientras que la “unidad” kelseniana se presenta como “ideal”, y es de tipo epistemológico, en tanto objeto de conocimiento (y esto más allá de las innegables consecuencias ontológicas que dichas ideas puedan acarrear), la de Schmitt se presenta expresamente como real, por lo que la crítica de Kelsen, que él define como “sociológica”, tiene el gran mérito de demostrar su naturaleza ideológica

Para Schmitt el conflicto sólo podía ser neutralizado por la decisión de un Estado que distinguiese el amigo del enemigo, garantizando la unidad del mismo y la identidad de gobernantes y gobernados, que un parlamento lábil, incapaz de decidir no estaba en condiciones de proteger. Tampoco la norma kelseniana negaba el conflicto más que la “decisión” schmittiana con sus presupuestos de homogeneidad de un pueblo; pero en tanto que el caso de Kelsen se limita a una “negación” desde un punto de vista de una construcción epistemológica, en el de Schmitt presenta pretensiones histó-

47 Sin embargo, dicho afán antideológico le juega a veces una mala pasada. Si bien es cierto que existen excesos ideológicos en el concepto schmittiano de “Estado total”, no es menos cierto que se desarrollaban en esos momentos profundas transformaciones de las funciones del Estado, lo que constituye, contrariamente a lo que sostiene el jurista vienés, una realidad social en un cierto punto nueva, los Estados intervencionalistas, como el mismo Kelsen había tenido oportunidad de remarcarlo en su polémica contra el marxismo.



ricas y sociológicas. Al respecto, la crítica que Schmitt dirige al Estado de derecho liberal burgués es de carácter “interno” al mismo, en la medida que el parlamentarismo se muestra incapaz de poder integrar el proletariado al Estado como lo hiciera otrora con la burguesía. Es por eso que Hermann Heller podía referirse a él en términos de “liberalismo autoritario”. No es casual que para apoyar su teoría del presidente como *pouvoir neutre*, Schmitt se apoye en una cierta analogía con los árbitros de los conflictos laborales, que la Constitución de Weimar presentaba como novedad. No lo es tampoco que el jurista alemán vuelva con insistencia sobre la importancia de las decisiones constitucionales sobre la segunda parte de la Constitución de Weimar, que aunque con mucha tibieza, representaba una normativa social avanzada con respecto a los otros Estados capitalistas de la época, fruto de la “revolución” de 1918, y que el mismo Schmitt había considerado un compromiso entre garantías individual-burguesas de libertad personal y propiedad privada, derecho natural católico y socialismo.

Podemos concluir que el enunciado hobbesiano de *auctoritas, non veritas, facit legem* no es aplicable contra Kelsen tan fácilmente como lo cree Schmitt. El autor de la *Teoría pura* nunca dejó de reconocer que es el poder el fundamento que se encuentra detrás del derecho, mismo si a nivel epistemológico existen impedimentos para construir el derecho a partir del concepto de poder (lo que, a la postre, también presenta importantes consecuencias ontológicas). En sus observaciones críticas al informe de E. Kaufmann a las Jornadas de 1926 de la Asociación Alemana de derecho público, Kelsen escribía “la pregunta a la cuál tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder” (*cit.* por Métall, *op. cit.*, p. 37). La cerrada crítica que dirige a Schmitt sobre su concepto pobre y tradicional de la interpretación judicial y a su condena a la “politización de la justicia”; sus críticas a la ficción del interés común del pueblo y de la teoría del derecho subjetivo, hacen aparecer a Kelsen mucho más “realista” y “concreto” de lo que tradicionalmente es considerado, en oposición a Schmitt, al menos en las críticas que dirige a la doctrina del guardián de la Constitución.

Si, como lo escribía Schmitt en su ensayo sobre *El concepto de política*, el carácter político de una teoría se reconoce por la naturaleza negativa y

conflictual que en ella es atribuída al hombre, no hay duda que ese es el caso de Kelsen que —deudor de una *Weltschauung* pesimista que en muchos puntos se asemejaba a la freudiana—, escribía en su polémica contra Smend que si hubiese realmente “integración” en la sociedad, no haría falta un Estado como orden de dominio, y reprochaba en el mismo sentido a la teoría política marxista ignorar que los instintos agresivos del hombre exigían un Estado aún si se aboliese la explotación económica.

Queda, tal vez, preguntarnos por la importancia de este debate al interior de ambas teorías y las consecuencias que podrían sacarse para la reinterpretación de las mismas. Pero un análisis de este tipo excede las proporciones previstas para este trabajo. Aquí nos hemos conformado con presentar ciertos elementos para tal tarea, lo que de todos modos constituye ya un inicio de respuesta.

## LA SUBJETIVIDAD DEL ACTOR SOCIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDEN SOCIO-JURÍDICO: APORTES PARA LA DISCUSIÓN

Carlos A. LISTA<sup>1</sup>

*SUMARIO: I. Introducción. II. El objetivismo sociológico. III. El objetivismo y el derecho: la definición instrumental de la ley. IV. El subjetivismo sociológico. V. El subjetivismo y el derecho. VI. El texto como foco del análisis social. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.*

**RESUMEN:** Uno de los dilemas tradicionales de la teoría sociológica es el referido a la relación individuo-sociedad, el que ha dado lugar a frondosas controversias entre diversas perspectivas subjetivistas y objetivistas, las que priorizando uno de los términos de la relación resuelven el dilema por eliminación del término opuesto. Este trabajo aborda el tema de la importancia que la subjetividad del actor social tiene en el proceso de construcción del orden socio-jurídico e intenta una revisión de algunas alternativas teóricas ofrecidas por distintos paradigmas sociológicos para el tratamiento del problema.

### I. INTRODUCCIÓN

La subjetividad ha sido un asunto problemático para la sociología desde su constitución como ciencia. El desafío consiste en como incorporar al sujeto dentro del análisis general de lo social y de cualquier fenómeno particular, tal como el de la creación, interpretación y aplicación del derecho. Así es que, por ejemplo, los esfuerzos de Durkheim (y sin lugar a dudas, uno de sus más destacadas contribuciones a la sociología) estuvieron precisamente

<sup>1</sup> Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

basados en la necesidad de diferenciar a la perspectiva sociológica de cualquier otra, científica o filosófica y de trabajar satisfactoriamente con un objeto constituido por individuos, sin caer en explicaciones psicológicas. Estas metas lo llevaron a criticar a Spencer y a involucrarse en una célebre disputa con Tarde.

Este problema es muy relevante para una ciencia que intenta trascender la perspectiva individual pero, al mismo tiempo, mantener al individuo dentro de su marco de análisis. Muchas respuestas han sido ofrecidas a este dilema, sin que todavía se haya arribado a una solución final. Reconozco que, desde el punto de vista del lector, podría ser desilusionante comenzar una discusión sin promesas ni esperanzas, con un segundo párrafo que adelanta conclusiones sobre un final no feliz. Sin embargo, la intención no es desalentar al lector, sino advertir sobre las dificultades para encontrar una solución satisfactoria y arribar a un consenso estable en uno de los problemas teóricos más permanentes en el campo de la sociología. Más aún, puede afirmarse que la sociología en sí misma está asentada sobre la tensión entre individuo y sociedad y que los perfiles de las teorías y paradigmas sociológicos pueden esbozarse prestando atención a como este dilema ha sido (temporariamente) resuelto.

Este debate no es solo relevante desde el punto de vista epistemológico, sino, además está lleno de implicaciones teóricas, metodológicas, prácticas y políticas. Dos preocupaciones principales e interrelacionadas guían la investigación sociológica, la primera relacionada al problema del orden, la segunda, al problema del cambio. ¿Cómo se genera y mantiene el orden social? ¿cómo se modifica y transforma hasta el punto de ser remodelado? son las dos grandes preguntas que cualquier teoría sociológica, explícita o implícitamente (y con muy diferentes resultados), intenta responder. El punto es como explicar el orden y el cambio: ¿son ambos fenómenos el resultado necesario de fuerzas localizadas en el centro de estructuras independientes de la intervención individual o ambos pueden ser predominantemente explicados como productos de la acción humana? Estas preguntas tienen respuestas problemáticas y no se ha logrado aún consenso sociológico a través de alguna forma de eclecticismo o de síntesis.

Cuando se enfatiza y se da primacía a las estructuras, el resultado puede ser una versión objetivista de la realidad social, opuesta al subjetivismo que pone el acento sobre la idea de agencia. Este trabajo intenta discutir ambas posiciones, describiendo sus principales supuestos, potencialidades y defi-

ciencias, en relación a aspectos legales. En este momento son necesarias algunas advertencias: por razones analíticas, la discusión que sigue pone énfasis en la existencia de coherencia y similitud entre las teorías y perspectivas identificadas como pertenecientes a cada uno de los lados del debate (objetivismo *versus* subjetivismo), a la vez que se acentúan las diferencias y disimilitudes entre los representantes de ambos polos. Como consecuencia, en un intento por construir estos “tipos ideales”, los pensamientos de los autores, teorías y escuelas son simplificados y, en alguna medida, caricaturizados, acentuando sus características más destacadas y prevalecientes y omitiendo sus particularidades. Dos ejemplos pueden ayudar a comprender esta estrategia. En el caso de Durkheim, la atención ha sido puesta en el “joven” Durkheim, el que en gran medida contribuyó a la construcción de una perspectiva sociológica “dura” y no en el autor de *Las formas elementales de la vida religiosa*. Casi lo mismo sucede con el marxismo, porque la atención está dirigida a las propuestas más estructuralistas y no a las versiones que apoyan una visión más autónoma de la superestructura, tal como lo hace Gramsci.

Lo que sigue consiste en una revisión de los modelos sociológicos focalizada en el debate entre objetivismo y subjetivismo, con el propósito de proveer alguna base para la discusión de temas particularmente relacionados al problema del derecho. Menos que un análisis detallado y exhaustivo de las diferentes teorías y perspectivas que participan en el debate, el objetivo central de este trabajo consiste en delinear diversas orientaciones sociológicas, a fin de dar fundamento para una comprensión crítica de la discusión que nos ocupa.

Ubicando el problema del derecho en este escenario, la oposición dualista entre individuo y sociedad se torna una suerte de relación triangular que podría ser muy fructífera en la generación de nuevos interrogantes y desafíos: 1) ¿en qué medida la legalidad y el razonamiento jurídico son el resultado de factores y procesos estructurales localizados más allá de la influencia del actor?, ¿hasta dónde es posible la intervención humana en la construcción de un sistema legal?, ¿la legalidad es solo producto de decisiones tomadas por agentes organizacionales impersonales siguiendo reglas informales, como supone la perspectiva jurídica tradicional; o es, en cambio, resultado de conflictos entre grupos o clases sociales que compiten entre ellos por imponer sus intereses sustantivos sobre la sociedad en general? 2) ¿En qué medida la sociedad es el resultado de estructuras

normativas o de conflictos entre opositores sociales y de la acción interactiva de sus miembros? 3) ¿En qué medida el individuo es un producto secundario de factores y procesos estructurales y cómo su comportamiento se ve influenciado por el derecho? Resulta bastante obvio que la respuesta a todos estos interrogantes proveería suficiente material para un tratado de sociología del derecho, lo que está más allá del alcance de este trabajo y de la intención de su autor.

En suma, la elaboración de este artículo ha estado guiada por el interés de analizar la potencialidad de la sociología contemporánea para dar cuenta de la importancia de la subjetividad en la construcción de la sociedad y del derecho, evitando sobretonos psicológicos y suponiendo que desde el punto de vista sociológico el problema de la subjetividad no puede ser aislado del entorno social.

Este trabajo se basa en cinco argumentos centrales. El primero es que el problema de la subjetividad en la construcción del orden social y jurídico es inherente a la perspectiva sociológica y consecuentemente, que la sociología provee un punto de entrada para su análisis. Segundo, que el pensamiento sociológico se basa en la distinción entre individuo y sociedad, lo que constituye un dilema teórico inevitable con implicaciones prácticas y políticas. Tercero, que basándose en tradiciones intelectuales diferentes, distintas perspectivas sociológicas proveen visiones parciales de esta contradicción básica enfatizando uno de los términos en conflicto y reduciendo la importancia del otro, bien sean los aspectos estructurales de la realidad o sus constituyentes subjetivos. Cuarto, una alternativa estratégica ha sido la negación de cualquier idea de realidad objetiva a la vez que la descentración del sujeto de la escena sociológica, transformando el dilema en un asunto irrelevante. Ello ha tenido como resultado la desociologización de la perspectiva sociológica, al vaciar sus contenidos de comportamientos y al reducir la realidad social a puro texto y lenguaje. Finalmente, es mi convicción que la salida de este *impasse* teórico de la sociología contemporánea en relación al problema de la subjetividad y la agencia, puede ser logrado retornando a la tradición sociológica, a través de la evaluación de las potencialidades y deficiencias de los paradigmas en disputa.

## II. EL OBJETIVISMO SOCIOLOGICO

Desde su nacimiento la sociología ha estado fuertemente influenciada por una visión objetivista de la sociedad, la que constituye el paradigma

dominante de análisis. El objetivismo se basa en el supuesto ontológico que la realidad social tiene una existencia objetiva y externa en relación al individuo. Más allá de sus diferencias teóricas y metodológicas, las visiones de lo social de Durkheim, Parsons y del marxismo estructuralista (como el de Althusser) parten de concebir al mundo social como un todo, como una estructura general dentro de la cual el individuo es modelado de acuerdo a las demandas o necesidades de fuerzas o procesos sociales. En el estudio y explicación del comportamiento y de la organización institucional se otorga a la sociedad primacía explicativa en relación al individuo. La imagen de una sociedad fuerte, determinante del comportamiento y de la interacción individuales, es acompañada por una imagen débil de un individuo socialmente pasivo y con una subjetividad maleable.

Aunque la perspectiva parsoniana intentó incluir la subjetividad dentro del análisis sociológico —siguiendo el consejo de Weber—, lo hizo incluyéndola como una propiedad emergente del sistema. El punto de vista subjetivo se tornó irrelevante para explicar la acción y consecuentemente la participación del individuo en la generación e interpretación de la legalidad. Para esta perspectiva, el orden social y la incorporación social del individuo dentro del sistema es menos el resultado de fuerzas externas que de un exitoso proceso de socialización. Como lo afirma Wilkinson,<sup>2</sup> “el individuo es fijado dentro del sistema a través de la socialización”.

Varias críticas han sido dirigidas a la perspectiva objetivista. La primera se refiere a las consecuencias imprevistas derivadas de la abrumadora influencia dada a la estructura social a expensas de la agencia; en otras palabras, al objeto social sobre el sujeto. En este sentido, la subjetividad y la acción individual o colectiva tienden a ser percibidas como no importantes en comparación a la influencia de los arreglos sistémicos y de los macro procesos sociales. Este énfasis puesto en la estructura social, afirmando los aspectos sistémicos de la realidad social, llevan a desatender las dimensiones voluntaristas de la vida y la interacción sociales.

Una segunda crítica ve a las categorías de las perspectivas estructural-objetivistas como conceptos reificados. La clase social, la sociedad, la estructura social, las necesidades sociales, las instituciones, etcétera, no son “reales” en sí mismas, sino construcciones teóricas de segundo orden

<sup>2</sup> “The Potential of Functionalism for the Sociology”, en Podgórecki, A.; Whelan, C. J. (eds.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, p. 81.

generadas por los teóricos, las que no necesariamente se corresponden con una realidad “empírica”, es decir con referentes externos.

Tercero, los adherentes a las perspectivas objetivistas son imputados de proponer explicaciones teleológicas de los fenómenos sociales. La sociedad es percibida algo así como una entidad metafísica, cuya “voluntad”, “intereses” o “necesidades” dictan como los individuos y los grupos deben comportarse, sentir y pensar.

Finalmente, el acento puesto en las macro estructuras y procesos lleva a ignorar o disminuir el interés por micro eventos, interacciones cara a cara y la realidad de la vida cotidiana.

### III. EL OBJETIVISMO Y EL DERECHO: LA DEFINICIÓN INSTRUMENTAL DE LA LEY

#### 1. *El derecho como instrumento de control social: la función integrativa de la ley*

Desde una perspectiva *objetivista consensual* el derecho es concebido como un mecanismo de control social y, como tal, una necesidad “natural”, ya que la ley surge de los eventos de la vida social. El sistema legal representa el consenso valorativo de la sociedad que es fundamental para el orden social y consecuentemente, su función principal es contribuir a la estabilidad a través de la resolución de conflictos y disputas. El derecho es definido (como lo hace el positivismo jurídico) como un conjunto de normas formales, neutrales y universales, distinto de y aún opuesto a los usos y costumbres y a cualquier otro conjunto de normas sustanciales y socialmente enraizadas en el sistema social. Como consecuencia de estas tres características (formalidad, neutralidad y universalismo), en las sociedades pluralistas, se concibe al derecho como capaz de representar el interés común de la sociedad en su conjunto a través de la mediación entre diferentes intereses de grupos sociales en conflicto.<sup>3</sup>

La primacía dada al consenso normativo no significa que la ley tenga una existencia autónoma que determina el orden social, por el contrario el contexto global es visto como determinante de la legalidad. En Durkheim y Parsons el interés por el derecho es subsidiario a su interés por los

<sup>3</sup> Chambliss, “Functional and conflict theories of Crime”, *Whose law, what order? A conflict Approach to Criminology*, New York, John Wiley, 1976, pp. 3 y 4.



mecanismos integrativos. El derecho reproduce la estructuras sociales, tales como la solidaridad (Durkheim) o las necesidades sociales (funcionalismo) representando el consenso valorativo. Como fenómeno dependiente modelado por fuerzas externas, lo jurídico es visto como contribuyendo al mantenimiento y reproducción del orden normativo de la sociedad, siendo en sí mismo derivado de su contexto social.<sup>4</sup> El subsistema jurídico es concebido recibiendo *inputs* de otros subsistemas, tales como la economía, la ciencia y tecnología (adaptación), la política (logro de metas) y la sociabilidad (mantenimiento de pautas) y proveyendo los *outputs* de solidaridad, justicia e interpretación.<sup>5</sup>

La generación, el mantenimiento y el cambio del derecho están más allá del control de los agentes sociales. En particular, los funcionalistas, debido a sus intereses teóricos, no se muestran interesados por estos temas sino por las relaciones funcionales entre el sistema legal y otros componentes sistémicos.

No se cuestiona la función del derecho como instrumento para promover los intereses de grupos dominantes y para perpetuar las definiciones hegemónicas del orden. Dentro de este marco teórico estas son preguntas no legítimas, extra legales o políticas. Ello impide, entre otras cosas, la formulación de preguntas relativas a “quién”, tales como quién se beneficia con un determinado contenido legal o de una decisión judicial particular.

Como consecuencia de este conjunto de supuestos, las políticas orientadas hacia el cambio legal se dirigirán a su mejoramiento como mecanismo de control social, a fin de adaptar el derecho a las necesidades sociales actuales o emergentes, disminuyendo sus disfuncionalidades y desajustes normativos. Asociada a la idea evolucionista de orden y progreso, la elaboración de políticas debería orientarse a la reforma legal proveyendo soluciones conservadoras.

## *2. El derecho como instrumento de intereses de clase: el carácter ideológico de la ley*

Combinada con una *visión crítica* del orden social, el objetivismo enfatiza la función ideológica del derecho, básicamente su potencialidad

<sup>4</sup> Podgórecki; Whelan, *Sociological approaches to law*, New York, St. Martin's press, 1981, p. 226.

<sup>5</sup> Bredemeier, “Law as an Integrative Mechanism”, en Evan. W. (ed.), *Law and Sociology*, New York, Free Press, 1962.

para enmascarar la dominación y opresión clasista. Desde este punto de vista, toda forma jurídica es definida como instrumento para la defensa de los intereses de clase enraizados en las condiciones materiales de la vida social. El formalismo legal burgués constituye un buen ejemplo de ello.

Desde una perspectiva crítica, tal como la marxiana, “el derecho corporiza la desigualdad de la sociedad dividida en clases y funciona para el mantenimiento y apoyo del poder y de los privilegios de los intereses económicos y políticos dominantes”.<sup>6</sup> El derecho es visto como una fuente de conflicto y no de integración cuya función principal es o ideológica o represiva, para proteger y enmascarar no los intereses comunes de la sociedad, sino los intereses de las clases dominantes o elites sociales.<sup>7</sup> La estabilidad que el derecho intenta proveer consiste entonces en la integración de un orden social manteniendo y reproduciendo la desigualdad. Algunos de los representantes más radicalizados de esta perspectiva muestran la tendencia, como lo indica Hunt,<sup>8</sup> a repudiar al derecho, al menos en su forma positivista burguesa.

Mientras que las perspectivas consensuales enfatizan la neutralidad de la ley, su formalismo e imparcialidad, adoptando la concepción dominante de la perspectiva jurídica liberal, el análisis crítico supone sesgos y parcialidad clasistas tanto en los contenidos legales, como en el razonamiento jurídico y en la administración de justicia. El derecho y el Estado no son vistos como productos “naturales” y espontáneos de los eventos sociales y de la vida social, sino como resultados necesarios e instrumentos de las relaciones sociales de dominación.

Consecuentemente y debido a sus supuestos sobre el derecho y la sociedad, esta perspectiva posibilita la formulación de preguntas relativas a “quien”, ofreciendo respuestas que casi invariablemente señalan la intervención de clases privilegiadas y elites dominantes. Algunos analistas ven cierta potencialidad para la interpretación voluntarista del cambio social (y legal) en la concepción marxiana de la clase proletaria que se transforma en una “clase para sí” a través del desarrollo de una conciencia revolucionaria y de la organización política, como pasos necesarios del proceso

<sup>6</sup> Hunt, “Marxism and analysis of law”, *Sociological Approaches to law*, New York, St. Martin's Press, 1981, p. 94.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>8</sup> *Idem*.

revolucionario. Sin embargo, el énfasis puesto en la estructura jerárquica de dominación, en las relaciones de producción y en la definición superestructural del derecho, da poco espacio para imaginar un ser humano autónomo y proactivo interviniendo en la construcción de la sociedad y del sistema jurídico. El cambio legal puede ser calificado entonces como conservador o progresista, dependiendo de qué interés beneficia y quién lo promueve. Es visto, por lo tanto, como una consecuencia de las estructuras sociales asimétricas, la que puede ser resultado, por un lado, de la intervención de las élites dominantes, el estado o las corporaciones transnacionales, o por el otro, de la acción de clases o grupos sociales revolucionarios. Las propuestas típicas de la perspectiva objetivista crítica respecto al cambio jurídico son la transformación radical de la legalidad y el favorecimiento de praxis alternativas orientadas a disminuir o eliminar las desigualdades sociales imperantes.

Ambas versiones objetivistas, la consensual y la crítica, ofrecen una explicación del fenómeno jurídico que se focaliza en el lado sistémico de la realidad social. Lo legal aparece como el resultado de necesidades del sistema o de intereses de clase profundamente determinados por la organización estructural. El cambio, bien sea este social o jurídico, constituye una función de macro procesos alejados de la influencia de la subjetividad y de los actores sociales. El efecto de la agencia en la construcción del orden social y jurídico se debe a la acción de macro o mega actores (clases sociales, burocracias, el Estado o corporaciones transnacionales), cuya actuación depende de procesos estructurales ubicados más allá del control del actor, tales como las contradicciones del capitalismo, las crisis económicas, la diferenciación social de las estructuras, etcétera.

#### IV. EL SUBJETIVISMO SOCIOLÓGICO

En los años sesenta, varias tendencias sociológicas interaccionistas e interpretativistas emergieron como reacción contra la teoría sociológica tradicional, principalmente representadas por la tradición funcionalista y el marxismo ortodoxo. Desde una perspectiva diferente, reorientaron su atención, focalizándose en el lado subjetivo de la interacción social, reformulando sus supuestos sobre el individuo y la sociedad y generando nuevos interrogantes y problemas de investigación. Ubicados en el otro lado de la disputa, la perspectiva subjetivista de lo social presupone representaciones

diferentes de la sociedad, el individuo y la ley, así como de la forma en que cada uno de estos términos se relaciona con el otro.

Basándose en tradiciones intelectuales diferentes (el interaccionismo de Weber y Mead, la fenomenología de Husserl) y consecuentemente en supuestos epistemológicos también diversos, los representantes de esta perspectiva toman como puntos de partida definiciones de la sociedad y del actor social que se apartan sustancialmente de y contradicen a las de la perspectiva objetivista.

A la imagen del individuo maleable y socialmente pasivo, oponen la representación de un actor que participa activamente en la construcción de su propia identidad, a la vez que y simultáneamente, de su mundo social, a través de una miríada de encuentros cotidianos mediatizados por un universo simbólico. Esta definición voluntarista de las relaciones sociales es completada con un fuerte énfasis en su habilidad para generar símbolos y comunicarse a través de ellos asignándoles significados, lo cual es entendido como la característica más típica de los seres humanos. La dimensión simbólica no es definida como instrumental sino, en cambio, como constitutiva de la realidad social. Como ejemplo de esta perspectiva, la imagen de Garfinkel del individuo

implica una visión del actor social como un 'analista' práctico que utiliza reglas, más que como un 'tonto cultural' preprogramado y gobernado por reglas, tal como es descrito en todas partes por la sociología. De este modo, la mayor tarea del analista profesional no consiste en afirmar o estipular que reglas los miembros 'estuvieron realmente siguiendo' o 'governados por', sino localizar las reglas tácitas hacia las que ellos podrían 'estar orientados' y usando para reconocer y producir orden en algunos ámbitos.<sup>9</sup>

Como contrapartida de la representación del actor social como participante arquitectónico de su propio mundo social capaz de definir y redefinir la realidad, la perspectiva subjetivista concibe a la sociedad como un orden negociable o negociado. En otras palabras, una construcción social en permanente flujo y mutación, que resulta de la acumulación o agregación de innumerables micro procesos de interacción entre innumerables actores enfrentados a las demandas sociales de sus vidas cotidianas. El orden

<sup>9</sup> Atkinson, J. Maxwell, "Ethnomethodological approaches to socio-legal studies", *Sociological Approaches to law.*, New York, St. Martin's Press, 1981, p. 208.

social “existe solamente como producto de la actividad humana”<sup>10</sup> argumentan Berger y Luckman<sup>11</sup> enfatizando el carácter constructivo de la sociedad.

El foco de atención es, entonces, el proceso y no la estructura, tal como lo sugieren Cooley y Mead; el sujeto creativo y no la realidad objetiva, la que es percibida menos como un orden social pre dado y preexistente “ahí afuera”, y más como una situación cambiante y fluida en perpetuo proceso de construcción y reconstrucción. El resultado es una visión de la sociedad mucho menos coercitiva, que acentúa la potencialidad del sujeto para generar no solo su identidad, sino también su entorno social. A pesar de las diferencias significativas existentes entre los representantes de estas perspectivas,<sup>12</sup> existen razones para enfatizar sus acuerdos implícitos y sus confluencias.

Los micro sociólogos contribuyeron en gran medida a develar el objetivismo inherente de las perspectivas sociológicas dominantes, aunque fallaron al no proveer una solución al problema, desarrollando una versión alternativa unilateral sobre la relación individuo-sociedad. Las siguientes son algunas de las más frecuentes y relevantes críticas que se le hacen a este modelo.

Primero, como ya fue señalado, una de las debilidades más notorias de la perspectiva micro subjetivista consiste en su inhabilidad para dar cuenta de la influencia de aspectos estructurales en la explicación de los fenómenos sociales. La sociedad tiende a ser percibida como un producto secundario de la interacción social, casi como una consecuencia no pretendida de los actores sociales, más interesados en los problemas diarios de sus vidas sociales, que en los aspectos macro políticos. El resultado es una imagen pobre, débil, benigna y difusa de la sociedad que ni constriñe ni coacciona al individuo, tal como lo ve Durkheim, ni tampoco explota o aliena, de acuerdo a la concepción de Marx. Para la perspectiva subjetivista las clases sociales, la dominación, la coerción, la explotación y otras fuerzas y procesos sociales coactivos que limitan y forman al sujeto, no son un asunto central de preocupación. En suma, la estructura se torna una ilusión, un mero epife-

10 Énfasis en el texto original.

11 *La constitución social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993, p. 73.

12 Es importante recordar, por ejemplo, los debates entre Herbert Blumer y Manfred Kuhn dentro del contexto del interaccionismo, o la distinción entre esta escuela y los etnometodólogos.

nómeno<sup>13</sup> cuya existencia se ve reducida a la esfera de las mentes humanas, tal como lo afirma Cooley.<sup>14</sup>

Una segunda objeción le es dirigida al subjetivismo como consecuencia del supuesto anterior. El énfasis que pone en la agencia lo lleva a olvidar los aspectos jerárquicos de la sociedad en la explicación de lo social, quitando importancia al impacto del poder y la desigualdad en la construcción del mundo social. En su intento por “traer de vuelta al sujeto” dentro del análisis sociológico, los interaccionistas, los etnometodólogos y otros sociólogos influenciados por la fenomenología ignoran o tienden a olvidar que los actores, debido a su acceso desigual a los recursos y como consecuencia de la distribución asimétrica de prestigio, poder y riqueza, tienen desde muy temprano posibilidades también desiguales de participar y contribuir en la construcción de la realidad social. Esta deficiencia o desinterés por las jerarquías sociales (basadas en la clase, el género, la edad, la sexualidad, la raza, la religión, la educación, etcétera,) disminuye la potencialidad de la perspectiva subjetivista para dar cuenta de como las diferencias jerárquicas limitan las posibilidades de muchos individuos y grupos sociales de imponer sus propias definiciones de la realidad en un mundo social que se caracteriza por contener “jerarquías de credibilidad”, como lo afirma Becker.<sup>15</sup>

Un tercer rasgo importante de los micro sociólogos es su marcada preferencia por la gente “común” u “ordinaria” y por las situaciones de “la vida cotidiana”. Esta predilección los lleva casi a ignorar las macro estructuras y los macro o mega actores, es decir, gente y grupos de gente que concentran recursos y poder y que toman decisiones que afectan a un gran número de individuos a lo largo y a lo ancho del tiempo y el espacio.

Cuarto, algunos críticos encuentran una tendencia reduccionista en la visión subjetivista, como consecuencia de su acentuado interés por la dimensión simbólica de la realidad social y por la negociación de significados como un proceso constitutivo del “sí mismo” y de la sociedad. Es fácil acordar con el intento de “traer de vuelta los símbolos” dentro del análisis sociológico, reforzando la idea de que los seres humanos se relacionan entre sí a través de la mediación simbólica de significados; pero

13 Brittan, Arthur, “The symbolic dimension of law and social control”, *Sociological Approach to law*, New York, St. Martin's Press, 1981, p. 171.

14 Cooley, Charles H., *Human nature and the social order*, New York, Schoken, 1964.

15 Becker, Howards, “Whose side are we on?”, *Social Problems*, vol. 14, núm 3, invierno de 1967.

constituye una posición bastante diferente suponer que “no existe nada más allá de los símbolos, excepto otros símbolos”, tal como Brittan<sup>16</sup> críticamente señala. En su versión más radical una posición tal trae aparejadas al menos tres consecuencias: primero, cuando este postulado es tomado en forma extrema puede conducir a la adopción de una postura anti behaviorista; segundo, a nivel metodológico induce a los investigadores a rechazar la visión naturalista del positivismo y a adoptar una estrategia hermenéutica; y finalmente, tal supuesto combinado con la falta de interés por el impacto de las jerarquías sociales en la producción y distribución de símbolos, conduce a esta perspectiva a una visión relativista y acrítica de la realidad social.

Finalmente, otra deficiencia de la visión subjetivista de la realidad social es su inherente relativismo, impredecibilidad e indeterminismo. El apoyo dogmático a la famosa afirmación de Thomas<sup>17</sup> “si los hombres definen las situaciones como reales, ellas son reales en sus consecuencias” impide cualquier intento de generalización del conocimiento.

## V. EL SUBJETIVISMO Y EL DERECHO

### *La ley como proceso constitutivo de la realidad social: formación de la identidad, desviación y negociación de significados*

La relevancia que la autonomía individual y la negociación de la identidad poseen para la visión subjetivista de la realidad social apoya el rechazo del control social como marco restrictivo inhibitorio de la creatividad de los seres humanos. Consecuentemente, como lo destaca Brittan<sup>18</sup> “un corolario de este supuesto consiste en la creencia que el conjunto óptimo de condiciones para la negociación de la identidad es un marco legal que permita al individuo construirse a sí mismo sin el aparato coercitivo de las agencias de control social”. Por lo tanto, la principal tarea de los científicos sociales será la de entender y develar el modo en que la “sociedad” distorsiona las relaciones humanas.

“La meta de la estrategia ideal del intervencionismo simbólico-interaccionista consistirá en proveer un marco referencial en el que la autonomía

16 *Op. cit.*, *supra*, nota 13, 1981, p. 171.

17 Thomas, W.I., *The Child in America*, New York, Knopf, 1932.

18 *Op. cit.*, *supra*, nota 13, 1981, p. 169.

individual reemplace el control social y el absolutismo legal".<sup>19</sup> La prevención contra el control social y el interés por descubrir los efectos distorsivos de los problemas sociales sobre las relaciones sociales, permite en gran medida explicar la preocupación de esta perspectiva por la desviación y particularmente por la "construcción social de identidades negativas".<sup>20</sup> La teoría del rótulo es la mejor expresión tanto de este interés como de esta prevención.

Para esta perspectiva, la ley y la ejecución legal desempeñan un papel importante en el proceso de formación de la identidad, lo que llevó a Goffman, Becker y Lemert,<sup>21</sup> entre otros autores, a desarrollar una nueva perspectiva de la desviación y el control sociales, alterando la clásica secuencia causal entre ambos. Es el control social el que provoca la desviación y no la desviación la que incrementa el control social. Lemert sostiene que "esto constituye un significativo apartamiento de la antigua sociología que tendía a apoyarse fuertemente en la idea que la desviación conducía al control social. Yo he arribado a la creencia que la idea inversa (esto es que el control social conduce a la desviación) es también igualmente sostenible y una premisa potencialmente más rica para estudiar la desviación en la sociedad moderna". Dentro de esta misma línea de pensamiento, Becker propone una de las definiciones de desviación más ampliamente usadas como categoría de evaluación subjetiva. Para él la desviación

es creada por la sociedad. No quiero decir con esto lo que ordinariamente se entiende, que las causas de la desviación están localizadas en la situación social del desviado o en 'factores sociales' que incitan su acción. Yo quiero decir, en cambio, que *los grupos sociales crean desviación elaborando las reglas cuya infracción constituye desviación*,<sup>22</sup> y aplicando estas reglas a personas particulares, rotulándolas como extraños.

Para esta última perspectiva, el actor social es un individuo que se interpone entre los esfuerzos realizados por las agencias de control social por imponer definiciones de desviado, por un lado y los efectos de esta imposición sobre la formación de su identidad, por el otro. Esta mediación

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>21</sup> Goffman, E. *Asylums*, New York, Doubleday, 1961; Becker, Howardas, *Outsiders: Studies in the sociology of Deviance*, New York, The Free Press, 1963; Lemart, E.M., *Human Deviance, Social Problems, and social Control*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1972.

<sup>22</sup> Énfasis en el texto original.



es proactiva, el individuo participa en el proceso de construcción social de sí mismo, aceptando, denegando o rechazando definiciones desviantes y consecuentemente, reforzando, disminuyendo, evitando o impidiendo el impacto negativo de la estigmatización. Al hacerlo, el agente participa en la construcción y reconstrucción del orden normativo apoyando u oponiéndose a las definiciones de desviado que son contenidas en una variedad de reglas, entre las que las jurídicamente prescriptas y aplicadas aparecen como altamente relevantes, debido a la autoridad social de sus creadores y ejecutores.

En relación a los etnometodólogos, los principales supuestos y el foco de atención de estos hacen comprensibles su interés por la ley y la aplicación legal, a la vez que fijan algunos límites a su análisis del fenómeno jurídico. Los primeros estudios etnometodológicos fueron frecuentemente realizados en ámbitos jurídicos.<sup>23</sup> A pesar del hecho que esta perspectiva no considera al comportamiento legal

como único y diferente de cualquier otro, algunas características de los ámbitos jurídicos los señalan como un área potencialmente interesante para el estudio especializado. Primero, como ya fuera sugerido, la actividad de arribar a decisiones definitivas (con propósitos prácticos) sobre los hechos, la verdad, la responsabilidad y demás es una preocupación permanente, explícita más que implícita, para las personas involucradas en tales ámbitos. Una segunda característica sugerente parte del hecho que, mientras pueden existir profundos desacuerdos en la jurisprudencia sobre lo que es 'la ley', una cosa sobre la que hay consenso razonable es que esta implica una serie de reglas generalizadas que pueden ser invocadas en relación a instancias particulares.<sup>24</sup>

Un interés sustancial de los etnometodólogos se basa en la pregunta sobre como la clasificación oficial de las personas como "criminales",<sup>25</sup> "delin-

23 Garfinkel, Charles H., "Research note on inter-and intra-racial Homicides", *Social Forces*, vol. 27, mayo de 1949, pp. 212-217; "Conditions of successful degradation ceremonies", *American Journal of Sociology*, vol. 64, 1956, pp. 420-424, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1967; Sudnow, D., "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender's Office", *Social Problems*, vol. 12, 1965, pp. 255-270; Cicourel, A. V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York, Wiley, 1968; Zimmerman D. H. "Record-Keeping and the Intake Process in a Public Welfare Agency", *On Record*, New York, Sage, 1969; Sacks, H., "Notes on Police Assessment of Moral Character", *Studies in Social Interaction*, New York, Free Press, 1972, pp. 280-293; Pollner, M. "Mundane Reasoning", *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 4, 1974, pp. 35-54.

24 Atkinson, *op. cit. supra*, nota 9.

25 Sudnow, *op. cit.*, 1965.

cuentas”<sup>26</sup> y de “carácter sospechoso”<sup>27</sup> se produce en el proceso de toma de decisiones por parte de los funcionarios. Los hallazgos empíricos de estos investigadores brindan fundamentos críticos para comprender como la producción simbólica y la asignación de significados que se efectúan en los ámbitos académicos generan sentido, orden y facticidad sobre un mundo social que esencialmente carece de ellos.

¿Qué consecuencias prácticas pueden derivarse de las posiciones subjetivistas en relación al sistema legal y la ejecución del derecho? La preocupación de los interaccionistas y fenomenólogos por el control social los lleva a reconocer que el mejor marco jurídico es aquel que garantiza un máximo de autonomía individual y un mínimo de intervención de las agencias de control social. La reducción del control legal y los cambios de las definiciones jurídicas para lograr un sistema normativo más libertario y aún la “no intervención radicalizada”<sup>28</sup> son concebidos como los caminos para ampliar espacios sociales o generar otros nuevos, muchos más adecuados que las estructuras legales restrictivas para la construcción de nuevas identidades sociales sin intervención estatal. Los cambios sociales son visualizados como resultado de la participación individual más o menos inconciente en micro procesos de interacción o de su intervención en movimientos sociales en defensa de derechos civiles y de valores libertarios y, consecuentemente, en apoyo y refuerzo de la sociedad civil.

## VI. EL TEXTO COMO FOCO DEL ANÁLISIS SOCIAL

Durante las últimas dos décadas, bajo la influencia de las reacciones postmodernistas y postestructuralistas contra la sociología “moderna” tradicional, se desarrollaron nuevas perspectivas con una visión muy diferente de la sociedad, el individuo y la ley, las que podrían ser incluidas bajo el rótulo ambiguo de teoría social postmoderna. La relevancia de esta nueva visión de lo social se debe a su reacción radical contra las distinciones que constituyen la base de debates teóricos fundamentales dentro de la sociología, tales como los referidos a la validación empírica y no empírica, teoría-hecho, referentes empíricos-realidad social, objeto-sujeto, agencia-estructura, micro-macro, etcétera.

26 Cicourel, *op. cit.*, 1968.

27 Sacks, *op. cit.*, 1972.

28 Schur, Edwin M., *Radical Nonintervention*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1973.

De este modo, algunos analistas, como Mouzelis<sup>29</sup> podrían criticar la inclusión de las nuevas perspectivas dentro de la discusión sociológica, en el debate sobre agencia-estructura, debido a la oposición radical de las mismas a la tradición sociológica y de su intento por dediferenciar<sup>30</sup> a las ciencias sociales, aboliendo los límites convencionales dentro de ellas, así como también entre las mismas y la literatura, la filosofía, el psicoanálisis, la lingüística, etcétera. La inclusión de esta perspectiva en el presente análisis responde a por lo menos tres razones: primero, a la originalidad de la misma; segundo, a la extraordinaria influencia que ejerce en las discusiones actuales relacionadas a los fenómenos sociales en general y; tercero, al impacto que tienen sus supuestos en el debate sobre objeto-sujeto, el que, por otra parte, sería calificado por ellos como irrelevante.

En relación al tema central del presente análisis la teoría social postmoderna propone tres aspectos principales a ser revisados en el pensamiento sociológico tradicional (dando lugar, al mismo tiempo, a una evaluación de sus propias potencialidades y deficiencias): rechaza la idea de una realidad objetiva, descentra al actor social y enfatiza las funciones de los símbolos.

El pensamiento social postmodernista rechaza la imagen que detenta la ciencia moderna de lo social y particularmente, el supuesto de su existencia ordenada y objetiva y de la visión totalizadora y holística de la realidad social. Facticidad, regularidad y causación como características dominantes de los fenómenos sociales se tornan meras afirmaciones del paradigma positivista-naturalista, que son imposibles de sustentar. En cambio, ellos son reemplazados por una imagen bastante diferente de la realidad social, la que es definida como caótica, fragmentada y discontinua. El orden, la facticidad y la sistematicidad del mundo social solo existen en la mente de los científicos sociales.<sup>31</sup> En otras palabras, orden y regularidad son categorías construidas a través del esfuerzo discursivo de los analistas. La sociedad no es “real”, ni “objetiva”, ni “externa”, sino puramente simbólica. Además, y como lógica consecuencia de suponer que no hay referencias sociales materiales para la teoría, cualquier esfuerzo por la validación empírica se torna una empresa estéril.

29 Mouzelis, Nicos P. “The poverty of Sociological Theory” *Sociological Theory: What next wrong?* próxima aparición por Routledge, 1993.

30 Lash, S., *The Sociology of post-modernism*, London, Routledge, 1990.

31 Lyotard, J. F., *La condition postmoderne*, Paris, Minuit, 1979.

“Para los postmodernistas no hay nada ‘ahí afuera’ para ser descripto o explicado. No existe dualismo o alguna clase de distancia entre teoría y la ‘realidad empírica’ —ya que, en primer lugar, cualquier fenómeno social es una construcción simbólica, es decir una construcción teórica”.<sup>32</sup> La sociedad no es real, sino representada como real. El discurso aparece entonces como el foco analítico.

Al mismo tiempo y en oposición a las perspectivas interaccionistas y micro sociológicas, la teoría social postmoderna rechaza la idea de mantener al individuo en el centro del análisis y/o explicar “los fenómenos sociales en términos de proyectos y estrategias de actores individuales o colectivos”.<sup>33</sup> En cambio, las prácticas sociales y los discursos son ubicados como imágenes centrales en el escenario del análisis social y, más aún, ellos son vistos como realidades autónomas desconectadas de los actores que las generan.

A la posición antibehaviorista de esta perspectiva se suma otra consecuencia; la organización social no posee en última instancia un productor general (ya sea clases sociales, élites, grupos sociales, el estado u otras organizaciones o individuos) o metas finales, de modo tal que se torna imposible o ilegítimo cualquier intento por formular preguntas relativas a “quién”.

Dentro de este marco el debate sobre agencia-estructura pierde significado. Las estructuras son conceptos reificados y el agente un ser humano periférico. Ni las fuerzas sociales ni individuos proactivos son los productores y creadores de la realidad social, la que se vuelve solo una representación en la mente (y el lenguaje) de la gente. El estudio del comportamiento, la acción y la sociedad se ve reducido al estudio de discursos, lenguaje, texto y signos.

La atmósfera intelectual del postmodernismo combinada con una posición crítica (básicamente neo marxista) generó condiciones favorables para la revitalización del texto como el objeto primordial de análisis y un renovado interés por su potencialidad en la constitución de la realidad. El discurso y el razonamiento legales pasaron a ser propuestos como el punto de entrada para el estudio del fenómeno jurídico, ya no como productos secundarios de la realidad social, tal como los principales paradigmas sociológicos han tendido a tratarlos, ubicándolos en los límites de la vida social.

<sup>32</sup> Mouzelis, *op. cit. supra*, nota 29, p. 24.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 20.

Esta vez, los textos legales comenzaron a ser vistos no solo como expresiones ideológicas de intereses subyacentes de las clases sociales o de las élites, o como definiciones constitutivas manipuladas por las agencias de control social, negociadas en el contexto de las interacciones sociales. Los textos legales y los discursos se volvieron importantes por sí mismo, como entidades autónomas. La revitalización de los símbolos se realiza a expensas de la visión instrumental del objetivismo pero al mismo tiempo, de la versión subjetivista del derecho que sigue interesada en los comportamientos. Por ejemplo, para los adherentes de la teoría del rótulo el individuo está ubicado en la intersección del derecho (y otras definiciones) y la sociedad, como el actor principal de un proceso de negociación inacabable. Los postmodernistas ubican al agente fuera de la escena, la que pierde su sujeto y se descentra.

Al hacerlo, en alguna medida, en el estudio del fenómeno jurídico se ha producido un retorno a etapas anteriores, las que estaban dominadas por el pensamiento jurídico tradicional, con un notorio desplazamiento de la perspectiva sociológica, sea esta crítica o consensual. La solución al dilema agencia-estructura se logra por la eliminación de ambos términos, que son reemplazados por puro discurso, lo que —estrictamente considerado— significó dar un paso fuera del análisis sociológico del derecho. En el ámbito académico y bajo la influencia de la radicalización de los años setenta, surge el descontento con el pensamiento jurídico tradicional y las críticas se dirigen a su carácter ideológico, particularmente a su función mistificadora de esconder la esencia asimétrica de la realidad social.

Los estudios jurídicos críticos se multiplicaron en los Estados Unidos,<sup>34</sup> Francia,<sup>35</sup> Alemania,<sup>36</sup> Inglaterra,<sup>37</sup> y en las democracias latinoamericanas,<sup>38</sup> generando un debate que atacó los principales supuestos del pensamiento

<sup>34</sup> El movimiento de los Estudios Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*), formalmente fundado en 1977, se expandió a través de todos los niveles en las escuelas de derecho norteamericanas, incluyendo académicos como Peter Gabel, Morton Howits, Duncan Kennedy, Karl Klare, Mark Tushnet y Roberto Unger. No es el único grupo dentro de los círculos legales críticos, pero sus trabajos son muy influyentes.

<sup>35</sup> Los analistas jurídicos críticos franceses incluyen los nombres de J. Gleizal, M. Maillé, M. Weyl y R. Weyl.

<sup>36</sup> El pensamiento jurídico crítico alemán dirigió asimismo una crítica interesante a sus colegas norteamericanos (ver Hutchinson and Monahan, "Law Politics, and theoretical legal Scholars: the Unfolding Drama of American legal Thought", *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1 y 2, enero de 1984, p. 243).

<sup>37</sup> La primera conferencia fue realizada en la universidad de Kent en 1981.

<sup>38</sup> Ver *Oñati Proceedings*, núm. 6, 1991, parte 1. Particularmente el artículo de Carlos Cárcova "Teorías jurídicas alternativas".

jurídico liberal sobre el que se basa la producción de normas legales, la ejecución de la ley, el entrenamiento jurídico, la doctrina y las profesiones legales y los contenidos jurídicos de los países occidentales.

A pesar de las dificultades para caracterizar a las perspectivas jurídicas críticas como una unidad, ellas comparten al menos algunos rasgos comunes. Primero, asumen una concepción de sociedad fundamentalmente enraizada en el pensamiento sociológico crítico (principalmente el neomarxiano). Segundo, la ley es vista inextricablemente unida a la sociedad, como “contingente”, ubicada histórica y socialmente. Como consecuencia, el modelo jurídico tradicional es rechazado y con ello, su visión de la ley como un conjunto neutral de normas y de la administración de justicia como producto de la interpretación objetiva de los contenidos legales. Tercero, los textos jurídicos son radicalmente indeterminados y se torna difícil o imposible trazar una línea entre el razonamiento jurídico y el debate político. Cuarto, el proyecto de los teóricos críticos del derecho implica una agenda política fundamentalmente dirigida a la democratización y redemocratización de la sociedad. Quinto, la deconstrucción de la ley y del razonamiento jurídico es la estrategia seguida por los estudiosos del derecho y en algunos casos, por los agentes judiciales para desmitificar la función ideológica de lo jurídico y para descubrir la esencia jerárquica de las estructuras sociales. Sexto, esta tarea será lograda a través de los esfuerzos hermenéuticos de los académicos críticos.

Una revisión del movimiento *Critical Legal Studies* (CLS), de los Estados Unidos, puede servir como ejemplo de este tipo de perspectiva. La imagen de sociedad supuesta por los representantes de los CLS se asemeja a la representación que de la misma tiene el pensamiento sociológico crítico contemporáneo. Ella es básicamente entendida en términos intersubjetivos, combinada con la postura crítica tomada fundamentalmente de las perspectivas neo marxianas (no estructuralistas). El mundo social es visto como relativo, jerárquicamente organizado y social y culturalmente creado. Los hechos sociales no poseen un significado intrínseco pero adquieren significación por la existencia de definiciones compartidas sobre la realidad. Este universo simbólico, aunque socialmente fundado, tiene orígenes subjetivos en la medida que existe en la mente de la gente.

Los representantes de los CLS se rebelan contra la concepción que sostiene que las formas organizativas sociales son naturales e inevitables. Al hacerlo, su propósito consiste en identificar el papel jugado por la ley y

el razonamiento jurídico en la reificación de la realidad social, al adscribirle apariencia de invariabilidad. “Su método para exponer las distorsiones de la vida social consiste en examinar los recursos intelectuales que ocultan esta discrepancia”.<sup>39</sup>

Penetrar la “superficie de la sociedad” es visualizada como precondition para reestructurarla. El propósito consiste en “exponer el funcionamiento actual de la sociedad, revelar los intereses particulares que son identificados como reclamos universales y descubrir el proceso a través del cual se niegan las contradicciones del mundo y se presenta al *status quo* como un estado de cosas natural en vez de contingente”<sup>40</sup> Como lo destaca Trubek,<sup>41</sup> las discrepancias con el pensamiento legal tradicional se basan en cuatro principios, indeterminación, antiformalismo, contradicción y marginalidad, los que pueden ser sintetizados como sigue: primero, la doctrina jurídica no es un sistema; segundo, el razonamiento jurídico no es ni neutral ni autónomo e independiente de las ideas éticas y políticas del intérprete; tercero, ni la ley ni la doctrina contienen una representación única, coherente y justificable de las relaciones humanas, sino en cambio, visiones en competencia y contradicción; y finalmente, no hay fundamentos para creer que la ley es un factor decisivo del comportamiento social.

La tarea de los estudios críticos del derecho es guiada por la demanda emancipatoria que los introduce en una agenda política. El proyecto global se orienta hacia el objetivo de develar la forma en que el poder trabaja a través del pensamiento y el discurso jurídicos, teniendo como propósito último contribuir a la liberación del ser humano de la “camisa de fuerza” que le imponen la legalidad y la intervención estatal. La mediación de los críticos legales es preparatoria para independizar a las conciencias de los individuos de las representaciones mistificadas del razonamiento jurídico dominante. En otras palabras, la meta consiste en “liberar al hombre de cualquier estructura de la ‘conciencia’ dominante” para darle poder al ciudadano, habilitándolo “para perseguir y cumplir su naturaleza esencial”.<sup>42</sup>

Estos propósitos y tareas confrontan a los analistas críticos del derecho con la necesidad de buscar, formular o asumir una agenda política, lo que

39 Hutchinson and Monahan, *op. cit.*, *supra*, nota 36, p. 217.

40 *Idem*.

41 Trubek, David M., “Where The Action is: Critical Legal Studies and Empiricism”. *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1 y 2, 1984, pp. 577 y 578.

42 Hutchinson and Monahan, *op. cit.*, *supra*, nota 36, 1984, p. 235.

constituye una demanda a la que debe enfrentar cualquier pensamiento crítico en búsqueda de prácticas “emancipatorias”. De otro modo, una crítica carente de un programa reconstructivo puede fácilmente ser transformada y vista como una empresa ilegítima.

En su intento por traducir tales metas y teorías en experiencia humana y prácticas sociales concretas, los analistas críticos del derecho proponen implícita o explícitamente una agenda política que les posibilita ir más allá de su empresa deconstructiva y deligitimadora e identificarse con la intención liberadora de contribuir a la reconstrucción de un mejor mundo social. Aquí es donde la acción de los intérpretes críticos parece detenerse porque el constructor último de la realidad social es un individuo autónomo.

Un esfuerzo interesante por elaborar una visión alternativa del mundo social que resulta representativo de este tipo de modelo, es la propuesta de Unger<sup>43</sup> de una “estructura de la no estructura”, la que es definida como “un modo institucional de vida social diseñado para proteger mejor la libertad, que a la vez evita las tendencias a naturalizar una visión arbitraria de la sociedad”.<sup>44</sup>

La perspectiva jurídica crítica plantea preguntas interesantes y legítimas sobre las funciones ideológicas del discurso y del razonamiento legales dirigidas a la teoría jurídica tradicional. La reinterpretación del derecho es propuesta a partir de un punto de vista diferente, caracterizado por un doble rasgo, por un lado, se desarrolla *dentro* de la teoría jurídica y por el otro, adopta una postura crítica contra la visión dominante y profesionalista del derecho, es decir, en contradicción con el modo que los juristas tradicionales solían y suelen analizar lo jurídico.

En este intento, los analistas críticos del derecho, en primer lugar importan de las ciencias sociales una concepción social que se adecúa a su modelo, la que enfatiza la estructuración jerárquica del orden social sin adoptar un punto de vista estructuralista incompatible con el supuesto de relativa autonomía del discurso jurídico.

Segundo, como base para la crítica al formalismo que impregna el razonamiento jurídico tradicional, los proyectos críticos del derecho adoptan una concepción filosófica de la naturaleza humana y de las relaciones sociales que enfatiza la autonomía, la igualdad y la libertad. Este conjunto de valores centrales es utilizado como marco referencial para evaluar

43 Unger, Roberto M., “The critical legal studies movement”, *Harvard Law Review*, 1983, p. 96.

44 Hutchinson and Monahan, *op. cit.*, *supra* nota 36, p. 233.



representaciones y concepciones legales determinadas. En tal sentido, la opinión de Hutchinson y Monahan<sup>45</sup> que la propuesta de Unger sobre una “estructura de la no estructura” representa una versión renovada del “tema del derecho natural” puede ser extendida a la mayoría de los proyectos de los analistas críticos del derecho. La justificación de la sociedad, de las relaciones humanas y de las normas legales es realizada por referencia a lo que se considera es la “verdadera naturaleza” del orden social y de los seres humanos. Esta estrategia genera un nuevo dilema, que no es nuestro objeto analizar aquí, pero que muestra una contradicción importante para los analistas críticos del derecho. ¿Cómo justificar su propio (verdadero) punto de vista dentro del contexto de su marco de referencia, que supone, por ejemplo, que cualquier pensamiento jurídico o social es históricamente contingente y relativo? ¿Cómo evitar imponer a la gente una nueva versión del derecho y el orden social?

A pesar del interés por el individuo, el pensamiento jurídico crítico carece de una teoría psicológica de la personalidad. Mientras que la perspectiva desea introducir la teoría social dentro de la teorización jurídica, su teoría social necesita de una teoría psicológica “que elabore la esencia de la autonomía humana y especifique las posibilidades de conexiones íntimas con los otros”.<sup>46</sup>

Como consecuencia de las anteriores características, el proyecto político de los analistas críticos del derecho presenta también algunos flancos débiles. A pesar del hecho que ellos trabajan en favor de la agencia, dentro de su esquema teórico no se observa ningún otro agente además de los propios analistas. La empresa es básicamente llevada a cabo por críticos del derecho, la que será instrumentada luego por ciudadanos o jueces progresistas. Es una tarea para analistas, para una élite educada que intenta delegitimar las estructuras prevaletentes del pensamiento jurídico, no para clases sociales, individuos o personas comunes. Más allá de sus buenas intenciones, es difícil imaginar como serán generadas las prácticas sociales a través de un análisis crítico del derecho que se mantiene centrado en el discurso legal y particularmente, quien será el agente de la transformación social, más allá de la intervención de los críticos del derecho. En otras palabras, ¿cómo se producirá y por quién será generado el desplazamiento desde la crítica jurídica hacia la participación de los individuos en prácticas liberadoras?

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 240.

Esta es una pregunta práctica y política, la que a pesar de sus implicaciones empíricas está más allá de los objetivos del presente trabajo. Lo que es importante señalar es que la inhabilidad para dar cuenta del agente se deriva de la falta de una teoría de la acción social dentro del marco teórico de la perspectiva crítica del derecho. Esta es una de las principales consecuencias de mantener al discurso legal en el centro del escenario, lo que constituye un nuevo dilema, porque, por un lado el pensamiento legal crítico no puede ignorar las consecuencias prácticas de sus propios supuestos y por el otro, no puede evitar proponer un proyecto reconstructivo. Sin un proyecto político que trascienda la crítica y favorezca la práctica, una teoría crítica del derecho corre al menos dos riesgos; el primero es el riesgo de perder sentido, el segundo, de reificar o antropomorfizar al discurso legal.<sup>47</sup>

En resumen, el pensamiento jurídico crítico contemporáneo toma a la sociedad y al individuo como realidades dadas, suponiendo sus naturalezas esenciales sin problematizarse sobre ellas desde un punto de vista empírico. Su foco de atención es el discurso legal, que representa y básicamente constituye la realidad; siendo su interés crítico, deconstructivo y reconstructivo. Al decentrar al sujeto y al mismo tiempo, rechazar la visión estructuralista de la sociedad, torna no importante ni interesante la discusión sobre la relación existente entre el objeto social y la agencia subjetiva. En tanto nos mantengamos dentro del ámbito de la perspectiva crítica del derecho, esa falta de importancia y de interés hace que se vuelvan problemáticas tanto la comprensión del cambio social, como la intervención política, las cuales, por otro parte, son muy significativas para una perspectiva como la de los críticos del derecho.

Bienvenido como es, el pensamiento jurídico crítico muestra algunas debilidades y plantea nuevos interrogantes a ser respondidos, así como problemas a ser resueltos por la sociología del derecho. Su preocupación primaria por el discurso jurídico disminuye la potencialidad de la perspectiva crítica del derecho para proveer una solución al dilema sociedad-individuo, el cual es inherentemente sociológico. La solución temporaria ha sido lograda a través de la negación de su relevancia, orientando la atención hacia el discurso.

47 Para una discusión sobre estos dos conceptos, ver Mouzelis *op. cit.*, *supra*, nota 29, p. 121 y 125.

## VII. CONCLUSIONES

Tal como fue inicialmente advertido, una propuesta satisfactoria al dilema estructura *versus* agencia y su influencia en la explicación tanto del orden social como su transformación, no admite respuestas fáciles ni soluciones simplistas.

Por un lado, el énfasis sobre la estructura conduce a la reificación de la realidad y a una “concepción sobresocializada” del actor social,<sup>48</sup> el que en última instancia es visto como un “tonto cultural” o como el resultado de fuerzas materiales deterministas. Por otro lado, el énfasis sobre la agencia conduce a una visión voluntarista que tiende a ignorar el impacto de las estructuras sociales, particularmente de la desigualdad, en la conformación de las identidades individuales y de la subjetividad. Finalmente, el retiro de la teoría de la arena empírica y su retorno al discurso y la hermenéutica y el acento puesto en su función constitutiva han conducido a la teoría a ignorar la influencia de la estructura y de la agencia, a través de la *decentración* del sujeto.

Paradójicamente, las diferentes perspectivas muestran como sus mayores debilidades, lo que hasta cierto punto o en algún grado son sus principales potencialidades o contribuciones. El poder explicativo del objetivismo descansa fundamentalmente sobre su capacidad de destacar el impacto de las estructuras sobre el derecho, el razonamiento legal y las profesiones, bien sea como mecanismo de integración social o como procesos de legitimación del poder. La principal debilidad se debe a su tendencia reduccionista que ve y explica al orden jurídico como un fenómeno social que está más allá del alcance y control del individuo. Dentro de este modelo, el derecho, como producto secundario de las fuerzas sociales, es acompañado por la imagen de un actor social “impotente”, socialmente inhabilitado para participar en la constitución del orden social y en la promoción del cambio, a la vez que para intervenir en la construcción y transformación del orden jurídico.

La potencialidad del subjetivismo está basada en el énfasis que pone en la influencia mediatizadora del orden simbólico en la construcción del mundo social y de las identidades individuales, así como en su intento por

<sup>48</sup> Wrong, Dennis, “The oversocialized conception of man in modern sociology”, *American Sociological Review*, vol. 26, 1961, pp. 183-193.

hacer retornar al individuo al análisis sociológico. Las debilidades del subjetivismo se derivan de su visión voluntarista del orden social, ignorando, o al menos descuidando, el poder explicativo de los factores estructurales, tal como la distribución asimétrica del poder. La ley y los ámbitos jurídicos adquieren importancia en el proceso interactivo de construcción de la realidad y del sí mismo, lo que va acompañado por la representación ilusoria de un actor social “omnipotente”, capaz de ignorar y superar la naturaleza coercitiva de la sociedad.

Finalmente, la perspectiva crítica del derecho y la visión postmoderna de la ley y la sociedad destacan, mejor que ninguna otra postura, la importancia del discurso en la constitución de la realidad. La sociedad aparece como constituida por textos, no construida por arquitectos sociales que conciente e inconcientemente crean su entorno, a la vez que se crean en el diario proceso de interacción social. La principal debilidad de esta perspectiva radica en su tendencia a dar una interpretación reduccionista de la realidad social enfocada en aspectos normativos, tales como el razonamiento jurídico y la doctrina legal. El resultado es una visión fugaz y difusa de la sociedad y del individuo, centrada en el discurso jurídico (y extrajurídico), en la que la sociedad carece de entidad y sistematicidad y deja de ser vista como la creación de actores sociales específicos (individuales o colectivos). Los discursos se vuelven algo así como una especie de pegamento social, autosuficientes para generar el sentido de orden y facticidad. Como consecuencia, el producto final de las perspectivas postmodernas es una versión desociologizada del individuo y de la sociedad.

Una alterantiva para superar esta situación podría ser la revisión crítica de los fundamentos teóricos y metateóricos sobre los que se basan las distintas tradiciones sociológicas, a fin de evaluar su potencialidad para explicar o comprender el rol del individuo y de las fuerzas sociales externas en la constitución de los fenómenos sociales, tal como es el derecho, a la vez que las consecuencias prácticas derivadas de apoyar tales supuestos. Dentro de esta línea de análisis, se requeriría una síntesis teórica que pueda superar las deficiencias y debilidades del pensamiento sociológico contemporáneo en un intento por salvar la brecha existente entre el individuo y la sociedad, la agencia y la estructura.

La crítica al objetivismo sociológico nos advierte sobre las consecuencias derivadas de enfatizar los componentes estructurales de la realidad

social. Una visión alternativa debería evitar desintegrar la idea de agencia, sea esta individual o colectiva, dentro del armazón social.

Por su parte, la crítica al subjetivismo sociológico nos previene contra los peligros de sobreenfatizar el lado subjetivo de la realidad social y nos advierte sobre las consecuencias de desintegrar la sociedad dentro de las micro interacciones que mantienen incontables actores sociales corrientes, descuidando el efecto de la organización social, en particular de su estructura jerárquica.

Finalmente, la crítica a las perspectivas postmodernas nos advierte sobre las consecuencias de desintegrar la experiencia subjetiva y la existencia objetiva dentro del texto y el lenguaje. Una postura teórica alternativa no debería ignorar el efecto del poder coercitivo que poseen los macro y mega actores, así como tampoco la mediación de los individuos en la constitución y construcción de los órdenes social y jurídico. Además, una teoría integrativa deberá dar fundamento al desarrollo de una visión crítica de las relaciones entre el derecho, la sociedad y el individuo para evitar concepciones reificadas e ideológicas.

Otra salida a este dilema irresuelto entre individuo y sociedad, podría consistir en volver la atención sobre el dilema en sí mismo, particularmente sobre como la relación contradictoria entre ambos términos ha sido históricamente construida, para detectar hasta que punto la misma es socialmente contingente.

La sociología está basada en la contradicción entre individuo y sociedad, entre autonomía y comunidad, entre agencia y estructura, en otras palabras, en la aceptación de la sugerencia que el universo de los otros “nos amenaza con la aniquilación y nos urge a formas de fusión que son con bastante claridad malas en vez de buenas”.<sup>49</sup> En el proceso de construcción teórica es por lo tanto necesario recordar que aquella podría ser otra concepción reificada de la realidad y particularmente de la relación entre el individuo y la red colectiva en la que las individualidades están ubicadas. Si esto es así, como lo especifica Kennedy<sup>50</sup> “es también cierto que nosotros adoptamos, generalizamos e intensificamos la contradicción al aceptarla acríticamente como parte de la naturaleza de las cosas. En alguna medida, somos víctimas de nuestra propia reificación más que de nuestras circunstancias históricas”.

<sup>49</sup> Kennedy, Duncan, “The structure of Blackstone’s commentaries”, *Buffalo Law Review*, 28, 1979, p. 212.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 221.

La búsqueda de síntesis entre las visiones objetivistas y subjetivistas de la realidad social y la tarea crítica de confrontarnos al hecho de que la contradicción entre individuo y sociedad, sobre la que se basa la sociología, es un artefacto histórico, pueden ser vistas como estrategias complementarias y no como excluyentes.

En este intento necesitamos confrontar la frecuente noción que la individualidad y la subjetividad son opuestas a la comunidad y la objetividad, con la postura alternativa que supone que son elementos interdependientes de la noción de sociabilidad. La visión antagonística entre los aspectos subjetivos y objetivos de la realidad social es “no más inmortal que la sociedad que la crea y la sostiene”.<sup>51</sup>

En el centro de este debate está la potencialidad de la teoría sociológica para dar cuenta de las acciones subjetivas, las creencias y las actitudes de los seres humanos concretos capaces de manipular creativamente los símbolos en el contexto de relaciones de poder asimétricas y múltiples fuentes de desigualdad.

El derecho está ubicado en el núcleo de esta disputa, como un orden simbólico creado y aplicado por un sistema de poder cuyas múltiples funciones son tanto integrativas como ideológicas en el orden social, donde no todos tienen el mismo poder y las mismas oportunidades de imponer sus propios intereses ni iguales posibilidades de vivir de acuerdo a los valores, creencias y convicciones propias.

Como consecuencia, la sociología del derecho no puede negar ni el valor de la agencia ni el de la estructura o las funciones legitimadoras e ideológicas del derecho, el discurso jurídico y la doctrina. La ley y el razonamiento legal no son meramente instrumentales sino además y en alguna medida, constitutivos de la sociedad y de las identidades sociales.

La sociología en general y la sociología del derecho en particular son capaces de ofrecer una visión crítica del fenómeno legal desde fuera de la perspectiva jurídica. Para lograrlo satisfactoriamente es una precondition para la sociología mantenerse como conocimiento empírico y crítico focalizado en el comportamiento humano.

Un proceso de diferenciación intelectual (tal como es proclamado por el postmodernismo) para abolir los límites entre las ciencias sociales, así como entre ellas y la literatura, la semiótica, la filosofía, etcétera, no aparece como una alternativa satisfactoria. El resultado de ello puede ser, como lo

<sup>51</sup> *Idem.*

predice Mouzelis,<sup>52</sup> ni buena filosofía, ni buena literatura, psicoanálisis o semiótica y consecuentemente, podría agregarse, ni buen análisis jurídico.

Las tradiciones sociológicas brindan a la sociología del derecho suficientes fundamentos para satisfacer lo que Habermas<sup>53</sup> denominó intereses cognitivos técnico, práctico y emancipatorio. Sustener la diferenciación dentro y entre las perspectivas intelectuales no significa defender el aislamiento intelectual o declarar la supremacía de una perspectiva sobre las otras, sino, en cambio, enfatizar la necesidad de comunicación recíproca entre las visiones alternativas y las perspectivas teóricas, así como la traducción interdisciplinaria de los discursos especializados.

El carácter multiparadigmático del pensamiento sociológico y su inherente pluralismo intelectual brindan las bases para un análisis alternativo del derecho pero, al mismo tiempo, contribuyen a generar falta de comunicación entre las diferentes perspectivas, escuelas, teorías y autores en conflicto, lo que ha traído más confusión que entendimiento recíproco.

Difícil como es la empresa de superar los problemas de incomunicación que resultan de la fragmentación de las tradiciones intelectuales, ella se mantiene como un desafío en la búsqueda de un mejor conocimiento para la explicación o interpretación de la relación existente entre el derecho, el individuo y la sociedad. Como lo afirma Kennedy<sup>54</sup> de manera realista “comprender esto no es la salvación, pero constituye una ayuda”.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ATKINSON, J. Maxwell, “Ethnomethodological Approaches to Socio-Legal Studies”, en PODGÓRECKI, A., y WHELAN, C. J. (eds.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, pp. 201-223.
- CICOUREL, A.V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York, Wiley, 1968.
- BECKER, Howard S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, The Free Press, 1963.
- , “Whose side Are We on?”, *Social Problems*, vol. 14, núm. 3, invierno de 1967, pp. 239-47.

52 *Op. cit.*, *supra*, nota 29.

53 Habermas, Jürgen, *Toward a Rational Theory*, Boston, Beacon Press, 1970.

54 *Op. cit.*, *supra*, nota 49, p. 221.

- BERGER, Peter, y LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993. Primera edición en inglés, *The Social Construction of Reality*, New York, Anchor Books, 1967.
- BREDEMEIER, H., "Law as an Integrative Mechanism", en EVAN, W. (ed.), *Law and Sociology*, New York, The Free Press, 1962, pp. 73-90.
- BRITTAN, Arthur, "The Symbolic Dimension of Law and Social Control", en PODGÓRECKI, A., y WHELAN, C. J. (eds.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, pp. 167-185.
- CARCOVA, Carlos M., "Jalones de una teoría crítica del derecho moderno", *Sociología Jurídica en América Latina, Oñati Proceedings*, núm. 6, 1991, pp. 25-44.
- CHAMBLISS, W., "Functional and Conflict Theories of Crime", en CHAMBLISS, W., y MANKOFF, M. (eds.), *Whose Law, What Order? A Conflict Approach to Criminology*, New York, John Wiley, 1976, pp. 1-28.
- COOLEY, Charles H., *Human Nature and the Social Order*, New York, Schocken, 1964.
- GARFINKEL, H., "Research Note on Inter-and Intra-Racial Homicides", *Social Forces*, vol. 27, mayo de 1949, pp. 212-17.
- , "Conditions of Successful Degradation Ceremonies", *American Journal of Sociology*, vol. 64, 1956, pp. 420-424.
- , *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1967.
- GOFFMAN, E., *Asylums*, New York, Doubleday, 1961.
- HABERMAS, Jürgen, *Toward a Rational Theory*, Boston, Beacon Press, 1970.
- HUNT, Alan, "Emile Durkheim-Towards A Sociology of Law", en HUNT, A. (ed.), *The Sociological Movement in Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1978, pp. 60-92.
- , "Marxism and the Analysis of Law", en PODGÓRECKI, A., y WHELAN, C. J. (eds.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, pp. 91-109.
- HUTCHINSON, Allan C., y MONAHAN, Patrick J., "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", *Stanford Law Review*, vol. 36, núms. 1-2, enero de 1984, pp. 199-245.
- KENNEDY, Duncan, "The Structure of Blackstone's Commentaries", *Buffalo Law Review*, núm. 28, 1979.
- LASH, S., *The Sociology of post-modernism*, London, Routledge, 1990.



- LEMERT, E.M., *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1972.
- LYOTARD, J.F., *La Condition Postmoderne*, París, Minnt, 1979.
- MOUZELIS, Nicos P., "The Poverty of Sociological Theory", trabajo inédito basado en MOUZELIS, N., *Sociological Theory: What went wrong?* ———, *Back to Sociological Theory: The Construction of Social Orders*, London, MacMillan, 1994.
- PODGÓRECKI, Adam y WHELAN, Christopher J., *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981.
- POLLNER, M., "Mundane Reasoning": *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 4, 1974, pp. 35-54.
- SACKS, H., "Notes on Police Assessment of Moral Character", en SUDNOW, D. (ed.), *Studies in Social Interaction*, New York, Free Press, 1972, pp. 280-93.
- SCHUR, Edwin M., *Radical Nonintervention*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1973.
- SUDNOW, D., "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender's Office", *Social Problems*, vol. 12, 1965, pp. 255-70.
- THOMAS, W.I., *The Child in America*, New York, Knopf, 1932.
- TRUBEK, David M., "Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism", *Stanford Law Review*, vol. 36, núms. 1-2, enero de 1984, pp. 575-622.
- UNGER, Roberto M., "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, núm. 96, 1983.
- WILKINSON, Philip J., "The Potential of Functionalism for the Sociological Analysis", en PODGÓRECKI, A., y WHELAN, C. J. (eds.), *Sociological Approaches to Law*, New York, St. Martin's Press, 1981, pp. 67-89.
- WRONG, Dennis, "The Oversocialized Conception of Man in Modern Sociology", *American Sociological Review*, vol. 26, 1961, pp. 183- 93.
- ZIMMERMAN, D.H., "Record-keeping and the Intake Process in a Public Welfare Agency", en WHEELER, S. (ed.), *On Record*, New York, Sage, 1969.

## SUBJETIVIDAD Y DERECHO PÚBLICO: LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA Y LEGITIMACIÓN SUSTANTIVA EN LA LARGA TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA

José Manuel MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La dialéctica negativa y el horror sedimentado*. III. *La crisis latinoamericana*. IV. *Usos premodernos bloqueados al poder soberano*.

A los hombres no les queda bajo el hechizo otra alternativa que la ataraxia impuesta, es decir el esteticismo por debilidad, o la animalidad de lo absorbido<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

En este pequeño trabajo intento pensar el lugar del sujeto en el contexto reificado de la larga transición hacia la democracia en América Latina. Soy consciente de las dificultades teóricas que la tarea acarrea, y las siguientes líneas son sólo un avance de investigación que realizo desde distintos lugares teóricos, particularmente desde la crítica filosófica a la ciencia política.

Creo que la filosofía de Adorno es un buen marco teórico para el abordaje genérico de la cuestión del sujeto del capitalismo tardío, y el primer punto de este trabajo lo dedico a algunos comentarios acerca de la sedimentación del horror contemporáneo en la dialéctica negativa.

Luego intento situar la cuestión del sujeto en el marco de la crisis de legitimidad que acompaña tanto a la crisis de la modernidad como a los

1 Adorno, T. W., *Dialéctica negativa*. Bibl. Gral., p. 364.

procesos de modernización con especial referencia a la crisis de representación en América Latina.

Finalmente, paso una rápida revista a los usos del dominio premoderno que aún afectan los derechos subjetivos en América Latina, haciendo aún más patética la situación reificada del sujeto.

## II. LA DIALÉCTICA NEGATIVA Y EL HORROR SEDIMENTADO

En Adorno, la negación de la mimesis y su principio, la identidad, adquiere una forma filosófica en la que los fragmentos conceptuales remiten a lo concreto, históricamente experimentado, corriendo el velo de los encantamientos culturales;<sup>2</sup> más allá del “desencantamiento” moderno<sup>3</sup> que se concibe como un proceso de autodestrucción de la razón.<sup>4</sup> La obra crítica de Adorno es teórica, su crítica del hechizo, no puede implicar su conjura. En tanto que obra teórica, sólo puede mostrar el carácter mítico de prácticas sociales y culturales modernas, negando su principio mediante la crítica de las falsas conciliaciones en las que recae el pensamiento “positivo” (fundado en el principio de identidad).

Su consciencia de que la persecución de la conciliación puede redefinir las mismas condiciones de reproducción de una animalidad administrada por la razón dominadora, que busca representar y superar, no resulta consoladora, pero advierte acerca de la doble posibilidad de recaída en la barbarie, la del salvajismo “inocente” y la de la racionalización “ilustrada”.

Señalar los sedimentos históricos y críticos de la obra de Adorno es justificar el carácter concreto de las categorías teóricas de la dialéctica negativa al mostrar que no responden a un teorizar abstracto carente de significado emancipatorio. La dialéctica negativa, sedimenta las principales discusiones teóricas de los años veinte —de las que, sin embargo, no es ni

2 La crítica de la cultura practicada por la Escuela de Frankfurt puede ser entendida como una teoría crítica de la ideología (Cfr. Lenk, K., “Ideologie und Ideologiekritik im Werk Horkheimers”, en Schmidt, A., y Altwicker, N.(eds.), *Max Horkheimer heute: Werk und Wirkung*, Fischer, Frankfurt am Main, 1986, 339 pp.); aunque en la obra madura de Adorno resulta claro que una teoría de la ideología como la de la izquierda hegeliana también es objeto de crítica (Cfr. Adorno, T. W., *op. cit.*, pp. 176 y ss., 190-192 y 374).

3 Acerca de la teoría de la racionalización de Max Weber, a la que se alude aquí, puede consultarse Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa* (I. Racionalidad de la acción y racionalización social), Buenos Aires, Taurus, 1980, 517 pp.

4 “Horkheimer exemplifiziert nun an der französischen Aufklärung des achtzehnten Jahrhunderts die selbstzerstörerische Tendenz der Vernunft” (Schmidt, A., “Aufklärung und Mithos im Werk Max Horkheimers”, en Schmidt, A., y Altwicker, N., *op. cit.*, p. 199).

la metodología ni la estructura abstracta— tal como se dieron en la Escuela de Frankfurt, particularmente como quedaron definidas bajo la influencia de Pollock y Horkheimer.

El miedo, carga “experiencialmente” las formas categoriales de la dialéctica negativa, que no consuela al sujeto amenazado cuando el terror fascista deja de golpear a Europa. Porque, los análisis de la dialéctica de la Ilustración siguen siendo aplicables al mundo administrado: “el miedo está unido al principio individual de la autoconservación, que se elimina por su propia lógica...”<sup>5</sup>

Las contradicciones de esa lógica no son reductibles a una totalización sin fracturas. Todos los paradigmas de investigación del Instituto habían terminado en puntos muertos o fueron abandonados al arribar a contradicciones teóricas insalvables. En su exploración empírica y crítica sobre distintos aspectos de la crisis se proyectó la lógica de las contradicciones inmanentes al desarrollo histórico contemporáneo; la teoría, arribó a su propia negación. El principio de autoconservación individual, en el que tiene origen toda ilustración, ya no cumple con esa función protectora, sino que vuelve a dejar al hombre enfrentado al terror; ahora no un terror ante lo natural sino ante el dominio y el propio autodomínio indiferente.

Desde el momento en que el individuo vive en un mundo cuya ley es el provecho individual universal y, por tanto, no posee más que este yo controvertido e indiferente, la realización de la tendencia desde antiguo familiar es a la vez lo más espantoso. Nada puede sacarlo de este espanto.<sup>6</sup>

Pero ese espanto se fue configurando y sedimentando en la teoría paso a paso. Los trabajos de la Escuela de Frankfurt, y sus propios cambios de paradigma de investigación, están relacionados con las distintas maneras de darse la crisis: la crisis económica del capitalismo de comienzos de siglo, la crisis fascista y finalmente la crisis instalada como regulación universal y sistemática de la crisis. El trabajo crítico, pasó desde un paradigma de investigación interdisciplinaria a la crítica de la razón, que en la forma tardía de la obra de Adorno adquirió la expresión de una dialéctica radicalmente negativa.

<sup>5</sup> Adorno, T. W., *op. cit.*, nota 1, pp. 362 y 363.

<sup>6</sup> *Idem.*

El Instituto de Investigaciones Sociales se fundó en plena crisis económica del capitalismo, además la nueva política económica ya insinuaba el fracaso de la Revolución Socialista Rusa. Esta primera crisis, caracterizada casi unánimemente como debida a causas económicas, desafiaba, sin embargo, a la teoría económica. La teoría clásica, vinculada al capitalismo liberal había sido criticada por la teoría marxista que disponía de una explicación para las crisis económicas del siglo XIX. Pero la Revolución Bolchevique abrió un debate en el seno del socialismo que terminó en una escisión, por un lado el Diamat y por otro una teoría marxista traducida en términos neoclásicos, el austromarxismo. A partir de ese horizonte de problemas se trabajó en el Instituto, con una orientación teórica marxista independiente y desde varias perspectivas ligadas a las tesis de cada uno de sus miembros. A partir de la teoría marxista fue posible afirmar la unidad o convergencia del análisis filosófico y el científico; pero, negada teóricamente la ley del valor por Bernstein y clausurada fácticamente en la economía planificada soviética, la causalidad histórica —fundada materialmente en leyes de la economía— pudo ser cuestionada aún en medios atravesados teóricamente por preocupaciones emancipatorias, como el Instituto. Aspectos de la teoría marxista, como el fetichismo de la mercancía y el doble carácter de la mercancía fueron retomados y resignificados por Horkheimer y Adorno en su obra posterior. Es en este sentido que creo que puede hablarse de una sedimentación de temas y preocupaciones marxistas, aún después que la Escuela de Frankfurt abandonara el programa de materialismo interdisciplinario. Puede discutirse si la crisis fascista se diferencia de la propia crisis del capitalismo, pero, en todo caso, aún cuando se la piense como un momento de la crisis del capitalismo, seguramente debe reconocérsele especificidad. En el Instituto, Pollock —a partir de la constatación de una independencia funcional de la superestructura jurídica respecto de la base económica— interpretó que es posible la regulación estatal de la crisis. Es importante retener que a partir de esa problematización de la lectura económica de la teoría marxista, existen serias dificultades para explicar la crisis a partir de categorías económicas y no hay certeza teórica de la salida de la crisis como una necesidad histórica contenida en la ley del valor.

Además, la realidad del fascismo impuso la cuestión de si el estado regulador sería necesariamente un estado fascista, inclinando a buena parte de los miembros del Instituto a la opinión de que así sería. Europa

ya era fascista o había caído bajo una forma de gobierno autoritario que también podía ser descrito —de acuerdo con Pollock— como capitalismo de estado.<sup>7</sup> Pero si la integración o desintegración social no se produce por determinación de la base económica, entonces, puede ser producida desde la propia cultura y a partir de la estructura psíquica de los sujetos, lo que permitiría, además, constatar que el dominio se impone legítimamente. A partir de estos argumentos se planteó la posibilidad de que pueda hacerse una lectura de la historia a partir de la *Zwang* y su paulatina abstracción (internalización). El individuo habría eliminado las autoridades externas, en tanto que las internaliza. Así explicó Horkheimer el paso de la monarquía absoluta a la Revolución Francesa, en el ensayo filosófico que abrió las investigaciones sobre autoridad y familia. Los derechos civiles expresarían la racionalización del derecho y la cultura. La filosofía, legitimando la racionalización de la cultura, no haría otra cosa que expresar ese proceso de abstracción que Marx había constatado en la forma del trabajo abstracto.

Si la escisión entre trabajo abstracto y trabajo concreto no se puede comprender más desde un sistema de equivalencias —en el *do ut des* de la economía de intercambio liberal— en cambio la escisión de los sujetos frente a la cultura no sólo se mantiene sino que se agudiza. En este punto la obra de Freud dedicada a la crítica de la cultura pasa a ser la referencia obligada de cualquier análisis del sujeto que se haga a partir del capita-

7 Pollock, F., "State Capitalism: Its Possibilities and Limitations", en Arato, A., y Gebhardt, E., *The Essential Frankfurt School Reader*, New York, Continuum, 1993, pp. 71 y ss., presenta un modelo de "capitalismo de Estado" como una formación social postcapitalista. Sustenta la tesis del fin de la "primacía de lo económico" y rechaza a la economía política como el principal contexto de una teoría crítica. Dice Pollock: "*Whether such a thing as state capitalism exists or can exist is open to serious doubt. It refers here to a model that can be constructed from elements long visible in Europe and to a certain degree, even in America. Social and economic developments in Europe since the end of the first war are interpreted as transitional processes transforming private capitalism*" (p. 71). De ello infiere: "*If our assumption of the approaching end of the era of private capitalism is correct, the most gallant fight to restore it can only lead to a waste of energy and eventually serve as a trail-blazer for totalitarianism*" (p. 72). Las notas definitorias pueden ser extraídas de las pp. 72 y 73: "*We define state capitalism in its two most typical varieties, its totalitarian and its democratic form, as a social order differing on the following points from private capitalism from which it stems historically*": 1. "*the market is deposed from its controlling function to coordinate production and distribution*"; 2. "*these controls are vested in the state which uses a combination of old and new devices, including a pseudo market, for regulating and expanding production and coordinating it with consumption*"; 3. "*under a totalitarian form of state capitalism, the state is the power instrument of a new ruling group, which has resulted from the merger of the most powerful vested interests, the top-ranking personnel in industrial and business management, the higher strata of the state bureaucracy (including the military) and the leading figures of the victorious party's bureaucracy. Everbody who does not belong to this group is a mere object of domination*".

lismo de Estado, sin considerar al fascismo más que una de sus formas posibles. No como una anomalía sino como un proceso en el que culmina la historia de la humanidad europea.<sup>8</sup> Considerarlo una mera discrepancia hubiera resultado tranquilizador. Pero, a partir de una teoría de la identificación como la freudiana, Horkheimer encontró una explicación de la internalización de la autoridad externa. La teoría freudiana era compatible con los análisis de Pollock sobre el capitalismo de Estado, que describía la sociedad resultante de la pérdida de la función productiva de la propiedad privada, como una en la que el Estado crea un pseudomercado y en la que, consiguientemente, no hay verdaderas clases sociales,<sup>9</sup> sino un mundo dividido en dominantes (como los capitalistas poderosos, los partidos, la alta burocracia y el ejército) y dominados, en los que los motivos para producir son el terror político y el premio moral.

El sujeto de la sociedad racionalizada, sin clases, reguladora de la crisis económica, es analizado como un sujeto amenazado. La teoría crítica, no puede dar recetas para la salvación del sujeto. Todo es problemático. El programa interdisciplinario mismo resulta inadecuado para dar cuenta del rápido proceso de decadencia de los conceptos fundamentales de la civilización. La historia es la realización de la delincuencia. Con la pérdida de confianza de Horkheimer acerca de la posibilidad de una economía política o una psicología social orientadoras del sentido de la crisis, redefinió el trabajo del Instituto como teoría crítica. El trabajo teórico concebido como teoría crítica se presentó a sí mismo en la forma de “fragmentos de pensamiento”, organizados en constelaciones que giran alrededor de determinadas cuestiones centrales que motivan su crítica en distintos momentos

<sup>8</sup> Horkheimer, M., “The Authoritarian State”, en Arato, A., y Geebhardt, E., *op. cit.*, p. 116-117, sostiene la imposibilidad en que se halla la teoría de superar esa etapa por sí: “*Theory has no program for the electoral campaign, or even for the reconstruction of Europe which the specialist will soon see to. The readiness to obey, even when it sets out to think, is of no use to theory. Despite all the urgency with which theory attempts to illuminate the movement of the social totality even in its smallest detail, it is unable to prescribe to individuals an effective form of resistance to injustice (...). If there is no return to liberalism, the appropriate form of activity appears to be the extension of state capitalism*”.

<sup>9</sup> “*In seinem 1943 verfassten Artikel On the Sociology of Class Relations der im Horkheimer-Archiv aufbewahrt wird, skizziert der Autor eine Theorie der Racket-Gesellschaft, die ihm noch in den Jahren nach seiner Rückkehr nach Deutschland lebhaft interessiert hat. Die theoretisch anspruchsvolle Skizze hebt hervor, dass der Klassenbegriff der materialistischen Theorie keineswegs interne Widersprüche innerhalb der Gesellschaftsklassen ausschliesst und dass diese innere Bezüge sich im Laufe der Entwicklung des Konkurrenz-zum Monopolkapitalismus geändert haben*” (Fetscher, I., “Die ambivalenz des liberalistischen “Erbes” in der Sicht von Max Horkheimer”, en Schmidt, A., y Altwicker, N., *op. cit.*, p. 311).

de este siglo. Carl F. Geyer, nombrando esos centros conceptuales con el título de una obra central al periodo considerado o a un problema igualmente importante, los organizó como sigue: a. “teoría tradicional y teoría crítica”, b. “La dialéctica del iluminismo”, la lógica de la decadencia, c. La teoría crítica como reflexión crítica, d. Una filosofía negativa de la historia y e. La teoría estética.<sup>10</sup> Ya en los esbozos teóricos de los años treinta, en la *Zeitschrift für Sozialforschung*, Horkheimer no había ordenado aditivamente los conocimientos sobre el sujeto y la sociedad, sino que lo hizo en recíproca oposición, orientando ese movimiento intelectual y de la *praxis* a partir de una idea reguladora, la de “sociedad racional”. El concepto de totalidad de la teoría crítica no aparece, en consecuencia, como un concepto dado a partir de proyecciones hipostasiantes o de conceptos aislados por una cláusula en la definición o una demarcación determinante. Esa negación de las hipótesis confirmó la imposibilidad de definir una “conciencia de clase” a partir de la cual se pueda postular la resolución de las antinomias del pensamiento burgués, en cambio, todo “sujeto-objeto” idéntico del proceso histórico social apareció como una ilusión, más como un desvío ideológico y mimético que como portador de la razón universal. Para la teoría crítica no existen criterios de totalización pues ellos se basan siempre en la repetición y por lo tanto en una totalidad que se reproduce a sí misma. Tampoco existe una clase social portadora de lo universal. En la situación actual, la conciencia de todo estrato social puede estar ideológicamente reducida y corrompida, por más que en virtud de su posición en el proceso de producción podría estar determinada para la verdad.

Si la cuestión marxista queda planteada en esos términos,<sup>11</sup> la dialéctica, aún permaneciendo materialista, tiene que rechazar cualquier optimismo metafísico: el sujeto humano es finito y está abandonado en el cosmos. La teoría crítica tuvo en cuenta la dinámica de la sociedad, pero ello no le confirió una inequívoca predicción del decurso histórico. La teoría que adquiere su dinamismo de la propia dinámica social, como ésta, nunca

<sup>10</sup> Geyer, C. F., *Teoría crítica: Max Horkheimer y Theodor W. Adorno*, Barcelona, Alfa, 1985, 194 pp.

<sup>11</sup> “*Sie fanden es in der Aufklärung selbst, im schonungslosen Herrschaftsanspruch der begrifflichen Säkularisierung, die ja vor allem gegen Herrschaft —sei der Natur oder der Gesellschaft— gerichtet war. Hier gingen Horkheimer und Adorno über den ökonomisch fundierten historischen Materialismus hinaus und bezogen den Machtanspruch der begrifflichen Identifikation mit in ihre Kritik ein: Sie identifizieren das Identitätsprinzip der Herrschaft als Motor der Geschichte*” (Holl, H. G., “Religion und Metaphysik im Spätwerk Max Horkheimers”, en Schmidt, A., y Altwicker, N., *op. cit.*, p. 130).



concluye. La dialéctica no puede superar la diferencia entre concepto y objeto, sólo retiene esa diferencia en la reflexión y como conciencia de una experiencia de deficiencia (cuyo conocimiento es científico en el sentido de ciencia contrario al positivismo propio de la teoría crítica). En un movimiento opuesto a la variante idealista de los teoremas dialécticos, el acento principal es desplazado aquí desde el sujeto de la teoría al objeto (el proceso del todo social). Prescindiendo de este rasgo histórico —materialista— de la teoría, en la medida que la teoría desenmascara al todo (de historia y sociedad) —que tiene prioridad con respecto al sujeto— como lo falso, lo negativo y lo no verdadero, vuelve a ser colocada como sujeto. De esta manera la dialéctica se convierte en instrumento de una negación definida, en que la teoría misma encuentra una nueva forma. Bajo tal premisa, la teoría se convierte en la transformación más extrema de la filosofía hegeliana.

Ni Horkheimer ni Adorno adoptaron el motivo idealista de la identidad, sino que cada uno de los momentos de su crítica está gobernado por una negación de la identidad considerada como una expresión mimética primitiva e irracional. En su persecución de identidad, la razón se relaciona íntimamente con su contrario: el mito.<sup>12</sup> La distinción weberiana entre acción racional con respecto a fines —moderna— y conductas tradicionales se desdibuja cuando la crítica repara en el aspecto mimético de la positividad implicada en la conducta racional. Entonces, el “desencantamiento” moderno no resulta ser tan radical como lo postula el estructural-funcionalismo y luego resulta una tarea principal de la crítica analizar las conductas miméticas y aspectos míticos en la teoría. Los filósofos griegos habían recurrido a la noción de mimesis para explicar el sentido del mito que era estructuralmente consustancial a su organización social; también habían recurrido a esa noción para explicar el sentido del arte. Para la tradición representativa y especulativa moderna la identidad juega también un papel central en la relación entre el sujeto y los objetos de conocimiento o entre el sujeto y el orden normativo; pero la teoría del conocimiento ya había sido puesta seriamente en cuestión por la teoría marxista de la ideología y la conciencia subjetiva de las relaciones sociales fue sospechada de racionalización a partir de la teoría freudiana; también la identidad de la mirada objetual fue relativizada y negada por las vanguardias estéticas para las

<sup>12</sup> “*Di Thesen lauten: Schon der Mythos ist Aufklärung, und: Aufklärung schlägt in Mythologie zurück*” (*Ibidem*, p. 133).

cuales la forma no está destinada a establecer modos de relación entre cosas sensibles e instancias inmateriales. La mimesis no da una métexis en lo real, el nominalismo es irrevocable. El sentido de la teoría, en cambio, está más en el señalamiento de las rupturas y desintegraciones que en la conciliación que sólo puede ser ilusoria o regulativa, dado que trabaja al nivel imaginario de un objeto racional.

En lo que respecta a Adorno, su trabajo reúne en un microcosmos más o menos autónomo los problemas planteados por la Escuela de Frankfurt, aunque su obra ya había adquirido una dinámica propia desde los años veinte, con su frecuentación de los marxistas heterodoxos de Berlín (E. Bloch, B. Brecht, W. Benjamin). Martin Jay<sup>13</sup> sostiene que a partir de los años 20, Adorno comenzó a practicar una suerte de crítica inmanente de la ideología que es tributaria de su lectura hegeliana de Marx. Simétricamente, puede decirse que su lectura de Hegel está atravesada por motivos freudianos y marxistas. Su concepción de la dialéctica hegeliana —tal como puede seguirse en los “Tres Estudios sobre Hegel” — remite a una lectura asociativa de los correlatos concretos de tipo subjetivo e histórico-sociales de las formas dialécticas de la lógica. Sostiene que Hegel no sólo puede leerse asociativamente, sino que deben admitirse todas las posibilidades de lo mentado, todas las referencias.<sup>14</sup> Pero esta suerte de libre asociación es producida, de acuerdo con Adorno, por una fantasía productiva que no es inmediata a su objeto ni absolutamente extraña a él. Los movimientos dialécticos niegan la identidad sujeto-objeto, pero también una producción puramente arbitraria a partir de una fantasía que se deja llevar por las quimeras, totalmente separada y extraña al objeto. Un rastro de identidad es necesario para la mediación y es desde la negación de lo inmediato a partir de donde se produce la crítica dialéctica. Adorno sostiene que hay

un momento de verdad de aquella tesis de la identidad: si —hablando kantianamente— no hubiera parecido alguno entre el sujeto y el objeto, si ambos se encontrasen separados, absolutamente opuestos y sin mediación (como quiere el positivismo desatado), no solamente no habría verdad alguna, sino tampoco ninguna razón y ningún pensamiento; pues pensar que hubiera extirpado completamente su impulso mimético, un tipo de ilustración que no lleva a cabo la autorreflexión (que forma el contenido del sistema hegeliano y mienta la semejanza entre la cosa y el pensamiento) desembocaría en desvarío. El pensar absolutamente limpio de alusiones (en oposición

13 Jay, M., *Adorno*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, p. 29.

14 Adorno, T. W., *Tres estudios sobre Hegel*, Bibl. Graf., p. 183.

perfecta a la filosofía de la identidad) aquel que rechaza toda participación del sujeto, todo “ornamento”, todo antropomorfismo en el objeto, es la conciencia del esquizofrénico, y su objetividad triunfa en un narcisismo delirante.<sup>15</sup>

Las alusiones, lo referido, el antropomorfismo y el mito, son siempre el material de la negación adorniana que trabaja a partir de esos datos y su negación; pero siempre volviendo a los datos de la cultura que son pasibles de crítica pero no de supresión voluntarista por parte de un sujeto de imaginación desviada y autocomplaciente.<sup>16</sup> La imaginación productora tiene siempre como dato la producción social de cultura que también es socialmente experimentable por el yo de la negación.

Entre el sujeto de la fantasía y la sociedad productora de cultura median productos culturales, como la propia filosofía; debe haber, entonces, una relación entre metafísica y sociedad, además de la clásica relación entre metafísica y sujeto. En la sustancia experiencial<sup>17</sup> Adorno sostiene que

Hegel expresó, en el lenguaje de la teoría del conocimiento y el de la metafísica especulativa (extrapolado a partir de aquél), que la sociedad cosificada y racionalizada de la época burguesa en la que se ha consumado la razón que se enseñorea de la naturaleza, podría convertirse en digna de los seres humanos, no mediante una regresión a estadios más antiguos, sino aplicándose a sí misma su racionalidad; dicho en otras palabras, cuando, sanando de las marcas de la sinrazón, se percate de su propia razón, pero también de las huellas de lo racional que hay en lo irracional. Para Adorno, la crítica debe ser coherente, no detenerse en construcciones que medien entre un sujeto alienado y una sociedad que imita la rigidez de la naturaleza. La crítica adorniana se abre a todas las referencias, sin permitirse una fantasía utópica productora de placebos quiméricos narcisistas.

Por eso una de sus referencias es a la cosificación de la sociedad que no es digna de un sujeto que la imaginación productiva pone como una posibilidad, como la posibilidad de un ser humano digno. Pero además, la fantasía dirigida hacia la referencia histórica produce una asociación que Adorno no reprime: “mientras tanto, se ha vuelto patente el aspecto de sinrazón en las consecuencias de la racionalidad moderna, que amenaza con una catástrofe universal”.<sup>18</sup>

Y volviendo a Hegel agrega que su conciencia

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>16</sup> Jay, M., *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>17</sup> Adorno, T. W., *op. cit.*, nota 14, p. 101.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 102.

padeció, como ninguna conciencia filosófica anterior, con la distanciamiento entre sujeto y objeto, entre la conciencia y la realidad; pero su filosofía tuvo la fuerza para no huir en retirada ante tal padecimiento a la quimera de la inmediatez de mundo y sujeto. La negación tiene su primado,<sup>19</sup> la justificación del primado de la negación en la filosofía hegeliana sería que los límites del conocimiento a que lleva su autoconsideración crítica no son nada exterior a él, nada a lo cual estuviese condenado de forma meramente heterónoma, sino que son inherentes a todos sus momentos. La negación no es exterior al sujeto, no es un arbitrario  $A = \text{no-}A$ , sino una necesidad del sujeto y de la sociedad racionalmente cosificada de salir de sí mismos. Tampoco los límites del conocimiento están demarcados exteriormente de un modo tal que impongan una cosificación de lo social, concebido como una segunda naturaleza totalmente dada y siempre idéntica a sí misma.

**La mera reproducción social es negada por Adorno. Hegel, sostiene,**

con el concepto de negación determinada (...) no sólo se revuelve contra los conceptos supremos abstractos (también contra el de negación misma), sino que la negación interviene al mismo tiempo en aquella realidad en la que adquiere por primera vez sustancia el concepto que se critica a sí mismo, en la sociedad...<sup>20</sup>

Adorno enfatiza el absolutismo lógico de la fenomenología, en la que condensa buena parte de su crítica a la filosofía contemporánea, ya que tanto el positivismo como el existencialismo comparten ciertas tendencias inmanentes a la filosofía de Husserl, tanto volcada a la fundamentación de la ciencia, como tendiente a una absolutización subjetiva de la experiencia. Entiende que

la exageración de la pretensión de aprioridad mucho más allá del idealismo tradicional, y, si se quiere, la agudización del órgano crítico para todo cuanto podría ser convicto de casualidad, provoca una recaída en el racionalismo precrítico, en forma no muy diferente a cómo la dinámica de la sociedad burguesa tardía se autosuprime tendencialmente a sí misma, la "experiencia", apuntando hacia un sistema, por así decirlo, de conceptos puros, el de la administración.<sup>21</sup>

**La idea que se repite en toda la obra es que la sociedad burguesa tardía es un sistema de administración que se expresa teóricamente en la agudiza-**

19 *Ibidem*, p. 104.

20 *Ibidem*, p. 106.

21 Adorno, T. W., *Sobre la metacritica de la teoría del conocimiento*, Bibl. Gral., p. 148.

ción de la crítica a lo casual. Contra la tesis de la perceptibilidad de lo meramente posible, concebida como un exceso utópico, sostiene que

la “ficción” constituye el elemento vital de la fenomenología así como de toda ciencia eidética, que la ficción es la fuente de la que extrae su alimento el conocimiento de las “verdades eternas” (...). El exceso utópico por sobre el aceptado mundo cosal; el impulso latente de hacer que, en filosofía, resulten de por sí lo posible en lo real y lo real a partir de lo posible, en lugar de contentarse con el sucedáneo de una verdad deducida de los meros hechos, de su “ámbito” conceptual... Pero la propia ficción husserliana traiciona rápidamente lo posible a lo real. Si Husserl confisca el reclamo de experiencia confirmante, contenido en toda ficción, al definirlo como una “posibilidad pura”, en cambio ya transfiere a la ficción presente la evidencia que sólo correspondería a una experiencia futura. En lugar de pensar lo posible como algo que va estrictamente más allá de lo existente y que aún debe ser realizado, lo trasmuta por encanto en un verdadero *sui generis* que debe poder ser pasivamente percibido como la realidad aceptada.<sup>22</sup>

Martin Jay señala la unidad de la obra de Adorno,<sup>23</sup> sin embargo, reconoce que, a partir de una reconstrucción detallada de su desarrollo, pueden reconocerse diferencias en el énfasis puesto en las cuestiones tratadas. El prólogo de la *Dialéctica del iluminismo* sirve de gozne entre el énfasis en el estudio del objeto social (propio del materialismo interdisciplinario), y el análisis del sujeto y la negación radical de la dialéctica negativa. La renuncia a la teoría crítica, como paradigma de investigación, pero conservando como interrogante central el porqué de la barbarie acercó las concepciones dialécticas de Horkheimer y Adorno que se entremezclaron en una obra, la *Dialéctica del iluminismo*, antes que la fuga mística del Horkheimer tardío trascendentalizara su sentido de la otredad, concibiéndola de un modo casi religioso.<sup>24</sup> En la *Dialéctica del iluminismo*, la crítica, como la *Lógica* de Hegel, se enfrentó a la aporía de no poder reconstruirse a sí misma. “La aporía ante la que nos encontramos frente a nuestro trabajo —dicen en el prólogo— se reveló así como el primer objetivo de nuestro estudio: la autodestrucción del Iluminismo”.<sup>25</sup>

22 *Ibidem*, pp. 244 y 245.

23 Jay, M., *op. cit.*, p. 57.

24 “Aber Horkheimer war sich dieses historischen Zusammenhangs auch bewusst, und insofern verraten seine späten Schriften, in denen er eine Synthese aus kritischer Theorie und religiöser Moral anstrebt, dass er Religion und Moral gar nicht allein historisch verstand, sondern sich auch für eine Art Religionsstifter hielt. Vieles deutet auf eine umfassende Verschmelzung von kritischer Theorie mit Judentum, Buddhismus und Christentum hin” (Holl, H. G., *op. cit.*, p. 140).

25 Horkheimer, M., y Adorno, T. W., *Dialéctica del Iluminismo*, Bibl. Gral., p. 9.

Pero esa aporía, no menos que las contradicciones de las formas históricas concretas y las instituciones sociales a las que está ligada, la comprenden dialécticamente, apropiándose de la reflexión sobre el aspecto destructor del progreso, porque “el pensamiento ciegamente pragmatizado pierde su carácter de superación y de conservación a la vez, y por lo tanto su relación con la verdad”.<sup>26</sup>

Lo singular de los fragmentos de comprensión sobre la regresión iluminista en la sociedad de masas no se encuentra en las mitologías nacionalistas, ya que éstas son

elegidas deliberadamente por un iluminismo paralizado por el miedo característico del auténtico hijo de la civilización moderna de alejarse de los hechos, que, por lo demás, desde que son percibidos se hallan ya esquemáticamente preformados por las costumbres dominantes en la ciencia, en los negocios y en la política.<sup>27</sup>

El miedo del sujeto es un miedo a la desviación social. La internalización de las normas sociales hace manipulable al yo sujeto absolutamente a las normas, y los mitos sociales son capaces de tachar cualquier individualidad, desde que ésta sólo reconoce una razón que le es absolutamente heterónoma. Tan extraña como las potencias económicas que, perdido el autocontrol del mercado, en una economía administrada no encuentran su equilibrio en el sujeto sino en los sistemas.

La racionalidad mediadora entre la naturaleza y el hombre, ha pasado, sustantivada, a ser el sujeto de la historia. Para poder practicar la crítica de la filosofía de la historia es necesario demostrar que entre racionalidad y racionalidad social hay una relación necesaria. Esta prueba, de lo que en la metacrítica era casi un supuesto interpretativo compartido de la izquierda hegeliana de Berlín, no es muy problemática tratándose de la crítica de Hegel, ya que también es un supuesto compartido por la propia dialéctica que hay relación entre historia y concepto. Pero tratándose de la razón positivista es algo más problemática, ya que requiere efectuar explícitamente una explicación —mediada por el concepto de dominio— de cómo el mito se convierte en razón y la razón en mito, sin que por ello sean idénticos conceptualmente. Para fundamentar esa deducción de la mitologización de la razón, la *Dialéctica de la ilustración* desecha, considerándolo un capricho, la construcción de la historia universal, como lo ha hecho Hegel, en

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 20.

función de categorías tales como libertad y justicia. En “Para la crítica de la filosofía de la historia”, pequeño ensayo que acompaña a la *Dialéctica del iluminismo*, la explicación radica en un darwinismo descriptivo que se refiere al dominio de la especie sobre la naturaleza. Sólo lo que sirve para ese dominio perdura, lo demás es transitorio.

El espíritu y todo lo que hay en él de bueno se halla —en su origen y en su existencia— enredado sin salida en este horror. El papel cumplido por la razón es el de un instrumento de adaptación y no el de un sedante como podría parecer según el uso que a veces ha hecho de ella el individuo. Su astucia consiste en hacer de los hombres bestias de alcance cada vez más vasto y no en producir la identidad de sujeto y objeto.<sup>28</sup>

La integración de economía y cultura con dominio y pérdida de interioridad del sujeto no es deducida a partir de principios. El dominio no es un primero en sí, sino que deviene mediación necesaria del desarrollo darwinista de la razón como instrumento de adaptación que sirve a la especie y no a los individuos. De allí también el significado de la negación: “desde el momento en que la historia como objeto de una teoría unitaria, como algo construible, no es el bien, sino precisamente el horror, el pensamiento es en realidad un elemento negativo”.<sup>29</sup>

En su negatividad, sin embargo, la negación radical busca mantenerse frente al temor ante el que la dialéctica se inclina. El concepto, ha sido

desde el principio un producto del pensamiento dialéctico, en el que cada cosa es lo que es sólo en la medida en que se convierte en lo que no es. Pero esta dialéctica sigue siendo impotente en la medida en que se desarrolla a partir del grito de terror, que es la duplicación, la tautología del terror mismo.

Ese desarrollo a partir del grito —del lenguaje y del mito— busca quitar al hombre el terror mediante el proceso iluminista de demitificación que implica la sustitución de lo desconocido por lo conocido. Pero el curso dialéctico de la desmitificación iluminista es un desplazamiento de identificaciones, una alternancia en lo idéntico que por eso no puede apartarse del fondo de terror, del grito mismo, ya que el conocimiento desplaza al mito sólo nominalmente. El iluminismo que identifica lo viviente con lo no viviente, así como el mito iguala lo no-viviente con lo viviente<sup>30</sup> no da al

28 *Ibidem*, p. 264.

29 *Ibidem*, p. 266.

30 *Ibidem*, p. 29.

individuo un lugar autónomo y con ello lo vuelve a someter al terror de lo inerte. El hombre y la mujer, convertidos en sujeto son tratados por el Iluminismo como naturaleza, con lo que el terror a la naturaleza resurge y la cultura sirve a ese mismo terror prohibiendo toda animalidad que ella no asuma como mandato social.

El iluminismo es la angustia mítica vuelta radical. La pura inmanencia positivista, que es su último producto, no es más que un tabú universal. La afirmación de la relación entre la angustia y el terror con el mito racionalizado llama la atención sobre la relación entre los conceptos racionales y el sujeto, mediada por la cultura, con lo que el objeto de la negación no puede ser otro que el dominio que institucionaliza la identidad entre naturaleza y sujeto a la vez como un dato externo y un elemento constitutivo del ego. Pero saber y dominio se relacionan íntimamente, ya que el dominio se ejerce a partir y como un saber sobre las cosas. Por eso Adorno puede afirmar en la *Dialéctica de la ilustración* que

no es la realidad la que carece de esperanza, sino el saber que —en símbolo fantástico o matemático— se apropia de la realidad como esquema y así la perpetúa.<sup>31</sup> Bajo la etiqueta de los hechos en bruto la injusticia social de la cual estos nacen es consagrada hoy como algo eternamente inmutable, con tanta seguridad como era santo e intocable el mago bajo la protección de sus dioses. El extrañamiento de los hombres respecto a los objetos dominados no es el único precio que se paga por el dominio; con la reificación del espíritu han sido adulteradas también las relaciones internas entre los hombres, incluso de cada cual consigo mismo. El individuo se reduce a un mudo entrecruzamiento de reacciones y comportamientos convencionales que se esperan prácticamente de él. El animismo había cosificado las cosas; el industrialismo reifica las almas.<sup>32</sup> El pánico meridiano, en el cual los hombres se daban cuenta de súbito de la naturaleza como totalidad, tiene su correspondencia en aquello que hoy está listo para estallar en cualquier instante: los hombres aguardan que el mundo sin salida sea convertido en llamas por una totalidad que son ellos mismos y sobre la cual nada pueden.<sup>33</sup>

En la dialéctica negativa, los conceptos de la Escuela de Frankfurt sedimentan, adquiriendo una alta abstracción filosófica. Su negación crítica implica lo contrario de la identificación con la nada,<sup>34</sup> en tanto que es consciente que las cosas no pueden seguir así,<sup>35</sup> pero el aliento emancipa-

31 *Ibidem*, p. 43.

32 *Ibidem*, p. 44.

33 *Idem*.

34 Adorno, T. W., *op. cit.*, nota I, p. 381.

35 *Idem*.



torio que inspira esa negación ha sedimentado los pasos dialécticos de cada una de las críticas de la Escuela de Frankfurt, ha adquirido —de negación en negación— una forma que no se asimila a las expresiones reificadas de la promesa emancipatoria. Ya que sólo sin imágenes habría que pensar el objeto, tampoco las demandas sociales o anhelos del sujeto son representables sin recaer en la mimesis identificatoria. Además, también como crítica, la dialéctica opone al nihilismo sus propias positivities cada vez más esqueléticas para conjurarse por medio de ellas con toda la infamia establecida y al fin con el mismo principio de destrucción.<sup>36</sup> La contradicción que es lo que hay de falso en la *adequatio* reclama una conciencia consecuente de la diferencia, ya que la identidad es equivalente a la muerte,<sup>37</sup> desde que la identidad como indiferencia entre los yo es está inscrita en la tendencia a la indiferencia de la vida individual a que tiende la historia. La crítica a la pretensión de objetividad de Husserl, a la historia representativa de la emancipación, de la izquierda hegeliana, y a la creencia positivista en las bondades de la razón instrumental, culmina en una negación contraria a todo esteticismo contemplativo —aun de signo crítico o negativo—, que por consiguiente no niega la realidad concreta en tanto que tal realidad objetiva, sino en tanto que perpetuación del sufrimiento.

Pero su crítica a la perpetuación del sufrimiento es cuestionada, en tanto que se autolimita en su posibilidad de realización del potencial utópico de la teoría crítica. Efectivamente, si la dialéctica negativa se sitúa ante el concepto de un modo pasivo (*fearlessly passive*), se inhibe como fórmula para el activismo político.<sup>38</sup> Pero ese mismo activismo resulta trivialmente inconsistente si se niega, con Adorno, la realizabilidad inmediata de la perfecta unidad entre teoría y práctica, de cuya negación se sigue que la auténtica claudicación filosófica consiste en la atribución al sujeto (individual y colectivo) de capacidades actualizables de realización de la conciliación con el objeto o la construcción de una sociedad libre de reificación.<sup>39</sup> En

36 *Idem*.

37 *Ibidem*, p. 362.

38 Jay, M., *op. cit.*, p. 78.

39 "In another essay published shortly before his death entitled 'Resignation', he excoriated those who demanded a perfect unity of theory and practice in the present and refused to accept their characterization of his position as a covert capitulation to the status quo. Critical theory, he maintained, was a sign of resistance; even though it might one day be apparently forgotten or suppressed, it cannot be denied that something of it survives. For thinking has the momentum of the general. What has been cogently thought must be thought in some other place and by some other peoples. This confidence accompanies even the loneliest and most impotent thought" (Jay, M., *op. cit.*, p. 78-79).

la metacrítica, en la dialéctica negativa y en sujeto-objeto, Adorno se atiene al nominalismo más estricto: la sociedad no es sino la abreviatura para los individuos.<sup>40</sup> Desde esa perspectiva no es desde los sujetos políticos o sociales desde donde se fundamenta una práctica de resistencia ante el dominio. Esa resistencia sólo puede realizarse como pérdida de temor ante la objetividad que prevalece. La pérdida de ilusiones teóricas respecto a las potencialidades de las prácticas colectivas de objetivo emancipatorio actúa como un contexto justificatorio de la dialéctica negativa (que no se explica, ya que la dialéctica no se concibe a sí misma como apologética, sino que aspira a su propia negación).

*Approaching Knowledge of the object is the act in which the subject rends the veil it is weaving around the object. It can do this only where, fearlessly passive, it entrusts itself to its own experience...The subject is the object's agent, not its constituent; this fact has consequences for the relation of theory and practice.*<sup>41</sup>

La relación entre teoría y práctica reconocida por Adorno en este texto tomado de sujeto-objeto, va más allá de una relación de sedimento entre las condiciones de existencia del sujeto —y las teorías que la pretenden explicar o modificar— y la dialéctica sujeto-objeto. De acuerdo con Friedeman Grenz<sup>42</sup> la noción de experiencia, que el texto enfatiza, es el contra-concepto de reificación, con lo que ocuparía un lugar teórico análogo a la noción de “conciencia de clase” en la obra del joven Lukács.<sup>43</sup> Sin embargo, para no malinterpretar a Adorno, no cabe entender ese concepto ni a la manera existencialista ni a la manera hegeliana<sup>44</sup> con lo que la conciencia liberadora

<sup>40</sup> “Nominalism denies society in concepts by disparaging it as an abbreviation for individuals” (Adorno, T. W., “Subject and Object”, en Arato, A., y Gebhardt, E., *op. cit.*, p. 511).

<sup>41</sup> “In certain contexts, such as dispute with Popper, he employed experience in an apparently neo-Idealist manner as the antidote to empirical methods of verification or falsification. Knowledge, he argued in these instances, was a process of self-reflection dependent on the conceptual mediation of the given. There is thus an inevitable circle in which apparently immediate sense experience is mediated by theoretical concepts, which in turn are founded in and judged by sense experience” (Jay, M., *op. cit.*, p. 74).

<sup>42</sup> M. Jay (*op. cit.*, p. 74) cita a Friedemann Grenz, *Adornos Philosophie in Grundbegriffen: Auflösungen einiger Deutungsprobleme*, Frankfurt, 1974, p. 44.

<sup>43</sup> G. Lukács expuso su noción de “conciencia de clase”, entre otros artículos en “Conciencia de clase”, publicado junto con otros trabajos, igualmente pertinentes para el análisis del término en el joven Lukács, en *Historia y conciencia de clase*, México, Grijalbo, 1985, 354 pp.

<sup>44</sup> “Benjamin had divided experience into *Erfahrung*, the integration of events into the memory of collective and personal traditions and *Erlebnis*, the isolation of events from any such meaningful context, communal or individual. Exemplified by the erosion of the story-teller's ability to weave a coherent tale because of the replacement of narrative by disconnected information in our daily lives. *Erfahrung* had

en realidad sólo viene a redimir memorias reprimidas que no pueden por sí mismas lograr —de un modo real— la restauración de la unidad sujeto-objeto. El modelo temprano de esta experiencia que relaciona la teoría con la práctica es el *Kierkegaard* de Adorno, donde enfatiza la necesidad de rescatar la experiencia estética de aquellos que la consideran inferior a la ciencia, la religión o la filosofía. Su importancia radica en el reconocimiento —implícitamente materialista— de la prioridad del objeto respecto del sujeto. En el arte, contrariamente a la mayoría de las actividades teóricas, el dominio conceptual del mundo natural está contrarrestado por una receptividad sensual. Aunque Adorno siempre fue cuidadoso en advertir contra la asimilación de dialéctica, con sus movimientos reflexivos y experiencia estética, las dos fueron altamente complementarias en su pensamiento.<sup>45</sup> La unidad entre sujeto y objeto que tampoco el arte puede realizar de un modo real, atraviesa todas las relaciones dialécticas, también las del lenguaje: el nominalismo radical adorniano, al negar todo adamismo lingüístico, necesariamente cuestiona la noción misma de intersubjetividad, ya que el mismo sujeto es construido, con lo que el regreso en búsqueda de un principio explicatorio de la reificación retoma necesariamente una indagación del dominio.

La dialéctica negativa, que no pretende transparencia, libre del espíritu de sistema, no está obligada a mostrar a cada paso una coherencia deductiva, por eso mismo abre un espacio a la indagación crítica que es más amplio que el de la unidad entre la teoría y la praxis, o el de la búsqueda de la autenticidad, ambos reducidos en su alcance crítico por la primacía del sujeto. Ahora bien, eliminada la esperanza vana de una conciliación real entre el sujeto y el objeto, cabe preguntarse si en el espacio de juego abierto por la negación es posible ejercer una hermenéutica incondicionada. Herbert Schnädelbach sostiene que la dialéctica negativa no es una propedéutica de una comprensión estética del mundo.<sup>46</sup> La prioridad del objeto propia

*been steadily supplanted by the meaningless incoherence of Erlebnis in the culturally impoverished world of late capitalism. Adorno shared his friend's hostility to Erlebnis, a term which had been extolled by the irrationalist philosophers of life in German because of its alleged spontaneity and freedom from overly intellectual reflection"* (Jay, M., *op. cit.*, pp. 74-75).

<sup>45</sup> Jay, M., *op. cit.*, p. 76.

<sup>46</sup> "Adorno negative Dialektik nicht als Propädeutik eines postmodernen ästhetischen Weltverhaltens konzipiert hat, sondern als Konstruktion von Rationalität, die ihrem Begriff entspricht: von vernünftiger Vernunft" (Schnädelbach, H., "Dialektik als Vernunftkritik. Zur Konstruktion des Rationalen bei Adorno", en *Adorno Konferenz, 1983*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, p. 67-68).

de la dialéctica negativa ha de ser distinta a la que caracteriza a la estética.<sup>47</sup> La estética, que ya no privilegia la identidad hegeliana entre materia y forma, puede objetivar sin sentido, abrirse a la pérdida de referencia. La dialéctica, aunque no identifica teoría y praxis, remite a los sedimentos de crítica teórica, a las teorías acerca del sujeto individual y social. Pero, también abre —por negación— un campo de juego crítico que no es un mero *Spiegelkabinet*<sup>48</sup> en el que se reflejen incondicionadamente fragmentos de teoría, de sujeto y de objeto. La dialéctica no es una hermenéutica del símbolo, no es relativista en el sentido de la interpretación antropológica.<sup>49</sup> Los sedimentos y la negación constituyen un campo para la crítica, pero precedidos por la inversión de la reducción subjetiva.<sup>50</sup> La búsqueda de una redención posible, sin embargo, no está cifrada en niveles ontológicos subyacentes a esa misma búsqueda. Por lo contrario, las claves de esa redención emergen sólo a través de un proceso de “fantasía exacta” que procede estrictamente dentro del marco material que le presentan las ciencias, y que va mas allá de estas sólo en su disposición del material, negado dialécticamente, dando lugar a un desarrollo que la fantasía misma debe originar.<sup>51</sup>

Recapitulando, los conceptos fundamentales de la dialéctica negativa encuentra un sedimento en el horror teóricamente indagado por la crítica teórica, para la cual el dominio, como ahora el objeto, tiene primacía sobre el sujeto.

La dialéctica lleva a concepto el dolor por la pobreza de este mundo, a la que tiene que plegarse el pensamiento si no quiere perder su concreción y degradar en ideología.

Dialéctica es el desgarrón entre sujeto y objeto, que se ha abierto paso hasta la conciencia; por eso no la puede eliminar el sujeto, y surca todo lo que éste piensa,

47 “Die Differenz zwischen künstlerischer un begrifflicher Mimesis ist der wichtigste grund für komplementär verhältnis zwischen Negativer Dialektik und Ästhetischer Theorie bei Adorno” (Schnädelbach, H., *op. cit.*, nota 8, p. 93).

48 “Man mag fragen, ob diese Erinnerung den Nötig sei, wo die erklärte Tradition der Frankfurter Schule doch durch die Namen Kant, Hegel und Marx genügend gekennzeichnet sei. In der Tat gewinnt gerade die Negative Dialektik einen grossen Spielraum der Gedankenführung durch die Erneuerung der Kantkritik Hegels und der Hegelkritik von Marx, durch die Überblendung des Marxismus mit kantianischen Motiven und schliesslich wieder die Aufbietung Hegels gegen Marx, wie sie auf den Spuren von Lukács seit den schulbildenden Arbeit Horkheimers aus den dreissiger Jahren üblich geworden war” (Bubner, R., “Adornos Negative Dialektik”, en *Adorno Konferenz, 1983, cit.*, p. 36).

49 Puede consultarse, Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 1992, 387 pp.

50 Adorno, T. W., *op. cit.*, nota 1, p. 178.

51 Jay, M., *op. cit.*, p. 62.

incluso lo exterior a él.<sup>52</sup> Reconciliación sería tener presente la misma pluralidad que hoy es anatema para la razón subjetiva, pero ya no como enemiga. La dialéctica está al servicio de la reconciliación.<sup>53</sup>

Adorno niega que la contradicción designe sólo la parte del ente que queda fuera del juicio, sino algo que entra en lo mismo que es juzgado.<sup>54</sup> La conciencia subjetiva del derrumbe general de la cultura puede convivir con la contradicción, teniendo presente la pluralidad o realizando una elección desesperada; estilizando conciliadoramente la marcha hostil de las cosas, obedeciéndola heterónomamente o bien manteniéndose obstinadamente fiel a la propia personalidad, ignorando el mundo, deshaciéndose de él.<sup>55</sup> La participación inmanente, la inmediatez, y el distanciamiento narcisístico son para Adorno movimientos subjetivos de desesperación. Por eso,

lo diferente no puede ser obtenido inmediatamente como algo a su vez positivo, incluso si para ello se recurre a la negación de lo negativo. Esta no es en sí misma, como quería Hegel, afirmación (...). La equiparación de la negación de la negación con la positividad es la quintaesencia de la identificación, el principio formal reducido a su más pura forma. Con él triunfa en lo más íntimo de la dialéctica el principio antidialéctico. Una vez que todo es hechizo, lo negativo también lo será.<sup>56</sup>

Liberada de toda positividad, la dialéctica se vuelve contra sí misma, culminando radicalmente la negación de la metafísica ya consciente del contexto del derrumbe. La dialéctica copia fiel del universal contexto de ofuscación a la vez que su crítica, tiene que volverse también contra sí misma en un último movimiento.<sup>57</sup>

La dialéctica negativa no se tranquiliza a sí misma como si respondiere a una totalización real, tal es su esperanza,<sup>58</sup> fundada en una primacía de lo objetivo que es explorable a través de constelaciones,<sup>59</sup> nunca reducibles a sistema según el esquema *genus proximum, differentia specifica*,<sup>60</sup> tampoco

52 Adorno, T. W., *op. cit.*, nota 1, p. 15.

53 *Idem.*

54 *Ibidem*, p. 155.

55 *Ibidem*, p. 156.

56 *Ibidem*, p. 161.

57 *Ibidem*, p. 403.

58 *Ibidem*, p. 404.

59 *Ibidem*, p. 166.

60 *Ibidem*, p. 167.

asimilables conceptualmente a la mimesis artística,<sup>61</sup> sino configuradas por la fantasía exacta, a través del distanciamiento crítico, la autorreflexión y el acercamiento del concepto al dolor humano.

### III. LA CRISIS LATINOAMERICANA

Para definir la especificidad de la crisis del sujeto en América Latina es necesario negar la identificación mimética con los procesos de racionalización y mimesis política hoy en curso. El distanciamiento crítico también requiere una cierta separación de la inmediatez mimética con el dolor humano que posibilite la crítica; evitando ser atrapados en la unificación identificadora. La negación, que nace de una cierta descripción, no carece, en tanto que mimesis de reificación.

Y los riesgos de arribar a una descripción reificada son mayores cuando el proceso que se intenta abordar está caracterizado por la cosificación moderno tardía, pero también lo está por la pura mimesis tradicional y por la reificación causada y planeada de los procesos de modernización dirigidos desde el Estado. Si América Latina está en una encrucijada de la modernización, en un contexto general de crisis de la modernidad el discurso sobre los sujetos de ese proceso contradictorio reproducirá fragmentariamente las tendencias encontradas de esa encrucijada de la crisis contemporánea y de la modernización incompleta.

La teoría social y la política crítica corren el riesgo de no alcanzar a describir algunos procesos antagónicos, al ser atrapadas en alguna de esas tendencias diferenciables y a menudo enfrentadas. No es fácil negar la homogeneidad de las representaciones miméticas de la política de la representación vicaria volcada hacia los liderazgos presidenciales, que se realiza en un contexto global de pérdida de legitimidad de los sistemas políticos. La dificultad de dar forma a la representación política se realiza en el marco de racionalización tecnocrática de los procesos de desarrollo económico y de racionalización financiera que más allá de sus diferencias tienen como objeto una estructura sin sujeto. La tendencia de la teoría suele ser, también

<sup>61</sup> *“Begriffliche Mimesis vollzieht sich im immer erneuten kritischen Durchdenken des Gedachten, wobei die Differenz zwischen den Gedanken und dem zu Denkenden die kritische Distanz aufspannt, die Selbstreflexion mit ständiger Korrektur am Objekt (ND 53) zu verbinden gestattet. Diese Mimesis ist das Verfahren die Begrifflichkeit...dem Nichtidentischen zuzukehren (ND 22)”* (Schnädelbach, H., op. cit., p. 82).

la de sobreimponer una racionalización sin sujeto, inclinada hacia la racionalización burocrática o hacia la racionalización del mercado.

Pero también las adhesiones acríticas a los programas populistas que enfatizan La solidaridad del individuo con su grupo vuelven a la teoría reflejo mimético de las narraciones colectivas. La negación que no se radicaliza se detiene en alguno de sus movimientos críticos. La unidad real tampoco es el grupo, sino el individuo y su negación de la jerarquía mimética. La función mística del jefe latinoamericano no cura de la objetividad racionalizadora, o aún más contemporáneamente se sobreimpone a los demás procesos de objetivación achatando aún más el horizonte del sujeto.

La crisis de legitimidad de los regimenes políticos latinoamericanos ha producido oscilaciones de formas de legitimación republicana a formas de legitimación desarrollista, de formas de legitimación del dominio por la pura internalización de la parálisis del terror a formas de legitimación republicana acompañas de crisis económica y deslegitimación sustantiva. Los tipos de orden legítimo de Max Weber resultan sometidos a dura prueba en la medida que su ordenamiento no implica también un desarrollo temporal y causal. Cuando las formas de legitimación se suceden unas a otras y se entremezclan, de acuerdo al resultado de las distintas luchas entre actores sociales, pero también inducidas por el desenvolvimiento de la crisis mundial.

Por eso, no parece suficiente hacer una tipología de la legitimidad, y su sujeto, fundada ya sea en: a) méritos de la tradición, b) creencias objetivas, c) creencias racionales con arreglo a valores o, d) en méritos de la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto;<sup>62</sup> ya que los procesos concretos de legitimación de los últimos años en América Latina parecen mejor descritos a partir de la pugna entre esos procesos de legitimación. La crisis del sujeto que atraviesa esa crisis de legitimidad no se puede reducir, linealmente a la crisis del individuo, ni a la crisis de los actores sociales colectivos o a la crisis del Estado Republicano que resulta de la crisis de legitimidad del proceso capitalista competitivo, tampoco a la crisis provocada por el terror autoritario, ni a una acrítica suma de esos factores.

En ese contexto, los modelos económicos alternativos ofrecen “valores”, que más allá de su posible falsedad, orientan las racionalizaciones

62 Weber, Max, *Economía y sociedad*, Buenos Aires, FCE, 1992, p. 29.

subjetivas y de los actores políticos y sociales. Se presentan como negación de alguna de las formas polares de representación cosificada. Su fuerza reificadora puede deberse a la capacidad de encubrimiento que acompaña a la crítica de los “malos” proyectos rivales; enraíza así en los miedos colectivos a distintos males ya conocidos.

En el Cono Sur, la sustitución del modelo desarrollista por parte del neoliberalismo adquiere aspectos legitimatorios que se originan en la crisis del régimen político. Esa crisis y su desenlace neoliberal puede pensarse como un polo legitimador fundado en el pánico a la hiperinflación sobreimpuesto a una memoria del terror impuesto por el dominio militar. Pero, en Brasil, la relación entre la legitimación y la deslegitimación económica y crisis del régimen político parece organizarse de otra manera, en la que parece prevalecer la ideología del crecimiento. Sin embargo, los distintos procesos parecen acercarse en cuanto a las tecnologías de dominio y afirmación burocrática.

Oponer los aspectos reificantes de ambos modelos de valores económicos sin reparar en la creación de pobreza y reproducción de dominio que produce cada una de las alternativas antagónicas sería no darle al sujeto y a su representación más que un lugar separado, en la identidad de las categorías políticas. Integrar los análisis puede dar sólo algunos retazos de comprensión a menudo poco satisfactorios. Prefiero la última alternativa.

Puede decirse que en Brasil prevalece la forma clásica de legitimación “modernizante”, la legitimación por el crecimiento que acarrea la adhesión de amplios sectores urbanos. Pero ello no se da en un contexto de consenso teórico y político. Bolívar Lamounier, sostiene que

...estamos asistiendo al final de un ciclo. Desde una perspectiva económica, su agotamiento puede ser visto como un efecto “vebleniano”, o sea, la extinción debida al propio éxito alcanzado en la etapa anterior. De hecho el modelo de industrialización inducida por el Estado aseguró al Brasil, durante varias décadas, tasas de crecimiento extremadamente elevadas, transformando al país en una vitrina (*show case*) de la industrialización acelerada. El agotamiento se debe, entre otras razones, a la consolidación de las ventajas adquiridas, bajo la forma de *rentseeking* y al rotundo fracaso del modelo de prisma social-redistributivo. Hoy el Brasil es también una vitrina en lo que se refiere a pobreza, a la pésima distribución del ingreso y a la intensidad de las tensiones sociales.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Bolívar Lamounier, “El modelo institucional de los años treinta y la presente crisis brasileña”, *Desarrollo Económico*, IDES, núm. 126, vol 32, julio-setiembre de 1992.



En el análisis de Lamounier pueden distinguirse dos conceptos lógicamente antagónicos que, sin embargo hicieron sistema en la política latinoamericana, y ambos tienen un carácter estructural funcionalista que no deja lugar al sujeto y a sus demandas salvo en la forma de un tercer concepto —abstracto— también dependiente de la actividad de un centro estatal: me refiero a “ciclo”, “industrialización inducida y acelerada” y finalmente al “fracaso del modelo social- redistributivo”.

Si parece que hablar de ciclos resulta contradictorio con la idea de que ellos puedan ser inducidos, está claro en cambio que ambos son pensados básicamente a partir del Estado y no del sujeto. Y aún de un Estado que de una forma u otra siempre se impone. De la misma manera que el Instituto de Investigaciones Sociales diagnosticaba una burocratización de la vida social en el mundo industrial, Lamounier verifica un proceso de centralización estatal e industrialización en Brasil.

Entiende la Revolución de 1930 como el momento focal del proceso de construcción del Estado (*state-building*): una fuerte inflexión centralizadora en el aparato estatal, corrigiendo el regionalismo excesivo de la Vieja República, y, al mismo tiempo, una inflexión en la política económica, que se orienta cada vez más en dirección al nacionalismo y la industrialización. Inicialmente no deliberada, casi podría decirse instintiva, esa política fue de a poco asumida como visión doctrinaria, o sea como un “modelo” de industrialización, cuyo motor sería la fuerte presencia del Estado en los sectores de infraestructura. Transcurridas seis décadas, el país dispone de una base industrial significativa. El éxito en la promoción del crecimiento y el papel crucial que desempeñarían en él las grandes empresas estatales conferirán al antiguo modelo getulista-desarrollista una legitimidad innegable.<sup>64</sup>

Si el crecimiento no agota toda la legitimación insume buena parte de la misma, o al menos descalifica cualquier forma de desempeño social que no suponga crecimiento. Para una sociedad con una experiencia como la brasileña sería inútil buscar formas de justicia inmediata que expresen las demandas del sujeto si no van acompañadas también de crecimiento. Pero controlar la dinámica del crecimiento resulta una tarea fáustica para un sujeto que no tiene en el cuadro de la política una representación “real”, que refleje en la objetividad del mundo económico la demanda subjetiva. Parece utópico confiar que el derecho, aún en una forma de normativa

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 187.

regulatoria de los derechos sociales supere la escisión entre dinámica acelerada del crecimiento, por un lado, y pobreza en la representación y pobreza económica, por otro.

Cardoso define de un modo muy crudo la “legitimidad” del dominio de los militares del 64. Para Cardoso, la fuente legitimadora del 64 fue la “ideología del crecimiento”. Sostiene que, antes del 64, la legitimidad del régimen era dada por el Congreso y el juego de partidos. En el conjunto, las instituciones representativas, aunque en ellas preponderasen los intereses de las clases dominantes, daban cabida a la voz de representantes (reales, autodefinidos o imaginarios) de las clases dominadas. En esta medida las “masas” participaban en la arena política. El régimen de 64 y especialmente el de 68-74, excluyó la representatividad en general, y la popular en especial, como fuente legitimadora del Estado. El régimen político militar buscó legitimarse por vía de los proyectos impacto, de la ideología del crecimiento y del “Brasil-Potencia”.<sup>65</sup>

La República, con sus limitaciones de clase, le parece a Cardoso, como al Horkheimer de Weimar, más representativa de los sujetos que el proceso tecnocrático de alto crecimiento. Pero, no busca desenmascarar esa nueva “legitimidad” como falsa, sino mostrar los aspectos sustantivos que hacen que desplace a la representación ciudadana. En lugar de trabajar en una descripción del “derrumbe”, Cardoso, muestra la primordialidad de la legitimación sustantiva.

Cardoso sostiene que el movimiento del 64 procuró legitimarse, en primer lugar, como restaurador de la economía pero tuvo consecuencias revolucionarias en el plano económico que significaron la rearticulación de distintas fuerzas sociales que el establecimiento del proceso de acumulación requería. La funcionalidad de la represión para el régimen político consistió en la desarticulación de los instrumentos de presión y defensa de las clases populares. La burguesía que aceptó el aumento de interferencia militar para lograr la reestructuración señalada perdió la posibilidad de reanudar el control civil del proceso político. El sistema de partidos quedó al margen del sistema de decisiones.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Cardoso, Fernando H., “La cuestión del Estado en Brasil”, *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 3, vol. XXXVII, 975, pp. 603-630.

<sup>66</sup> Cardoso, Fernando H., *El modelo político brasileño*, San Pablo, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento.

La pérdida de un sistema de representación que en el momento de su quiebra comenzaba a dar cuenta de las demandas del individuo es quizás una diferencia relevante respecto del diagnóstico frankfurtiano para el mundo industrializado, pero no lo es según sus consecuencias: la aparición de un mundo cada vez más administrado o en el que el dominio de la naturaleza y el dominio de los hombres resulte miméticamente asimilable.

La representación republicana es reemplazada durante el predominio del modelo “desarrollista” por una “representación” corporativa. Esto es, cada actor o grupo de actores estuvo ligado al Estado a través de canales exclusivos y las decisiones públicas sustantivas, con la consiguiente distribución de costos y beneficios, legitimaron al régimen político de un modo distinto —según la oportunidad y experiencia histórica de los grupos sociales— a partir de los puntos de vista competitivos de los actores. Con esto las legitimaciones sustantivas vinieron a agregarse o a contraponerse a la legitimidad jurídica o procedimental del régimen político.

Pueden extraerse dos corolarios de lo expuesto. Primero, la legitimidad de cada régimen político tuvo fuentes sustantivas (asociadas con las capacidades de generar resultados económicos beneficiosos para los actores políticos). Segundo, no parece haber estado asociada directamente a una legitimidad procedimental.

Cavarozzi, se refiere al proceso de descomposición capitalista previo al golpe de Pinochet, señalando como no logró culminar en un sistema alternativo; sino que sucumbió a la fragmentación del Estado que contribuyó a producir; esto deslegitimó los mecanismos políticos de resolución de conflictos y configuró el marco “legitimador” del régimen militar. En el contexto teórico en que este autor analiza la crisis chilena del 73, aparecen causas estructurales fuertes que “legitiman” sustantivamente al régimen militar y le permiten sustituir al régimen de partidos por un sistema estatal-militar de control y represión.<sup>67</sup>

También Garretón vincula las formas de legitimación-deslegitimación. “Entre modelo económico y modelo político hay —dice— una relación indisoluble. Porque un proyecto de refundación capitalista con una nueva fórmula de acumulación y reproducción es algo más que un simple esquema de política económica. Es eso, pero también es modelo de desarrollo, y esto significa, como hemos dicho, proyecto social. Como tal, el conjunto de instancias y esferas de la vida social intentan ser reordenadas y reformula-

67 Cavarozzi, Marcelo, “Beyond Transitions to Democracy in Latin America”, IPSA, XV Congreso.

das. Basta citar las profundas transformaciones que se busca consolidar en el sistema educacional, en el aparato normativo que rige las relaciones de producción, en el sistema de valores culturales, en la estructura agraria, en la desarticulación del aparato estatal, en el sistema de organización y representación social”.<sup>68</sup>

Guillermo O’Donnell relaciona la legitimación de los regímenes militares con aspectos imaginarios o ideológicos, particularmente las experiencias nacionales previas a la crisis que precede a los golpes de Estado; pero se remonta a un pasado que fundamenta de un modo casi mítico la legitimidad de un régimen político —al mediar casi cien años entre las “glorias del ochenta”— con las que se relaciona históricamente la ideología neoliberal adoptada por los militares, y la crisis de los años setenta. La relación entre la legitimación fundante y la sustantiva es una operación ideológica.<sup>69</sup> Pero es una relación ideológico-estructural, que no opera a la manera simple del “reflejo”, sino de una manera mimética.

En *Las fuerzas armadas y el Estado autoritario del Cono Sur de América Latina*, página 201, dice que

si en los golpes de la década del sesenta las fuerzas armadas intervinieron con una intención fundamentalmente preventiva y restauradora, los golpes del setenta tuvieron una orientación bastante más radical: detener un proceso que parecía a un paso del colapso final de sociedad, economía y estado y que por lo tanto, requería bastante más que la restauración del orden social preexistente...en todos los golpes aquí considerados, el personal gubernamental resultante de ellos concibió su tarea alrededor de dos ejes principales: implantación del “orden” y “normalización” de la economía.

Sergio Zermeño extiende esa acción ideológica también a los civiles, interpreta esa participación como

un intervencionismo constante desde el Estado neoliberal orientado al vaciamiento de lo público, al desmantelamiento de los espacios intermedios de participación, facilitado por el manejo de la técnica, de los medios electrónicos de comunicación (destacadamente la TV) y de las instituciones de la alta cultura y sus cofradías intelectuales.

<sup>68</sup> Garretón, Manuel A., “Las fuerzas políticosociales y el problema de la democracia en Chile”, en *El Trimestre Económico*, núm. 189, enero-marzo de 1981, 101-1120.

<sup>69</sup> O’Donnell, Guillermo, “Las Fuerzas Armadas y el Estado Autoritario del Cono Sur de América Latina”, en Lechner, Norberto (ed.), *Estado y Política en América Latina*, 3a. edición en español, Mexico, Siglo XXI, 1985.

En definitiva se trataría de inhibir la participación popular autónoma. Como en el caso del Cono Sur, las políticas económicas en curso buscan su legitimación deslegitimando el discurso opositor, excluyendo por pérdida de identidad o por la fuerza de la represión.<sup>70</sup>

En cambio, el neoliberalismo no encuentra dificultades para coincidir con un Estado fuerte. Zermeño señala esa coincidencia con un cierto tono metafísico cuando dice que “es quizás esta búsqueda del vértice como única opción de identidad, y este vaciamiento crónico de los espacios de intermediación”.

Coincide así con el diagnóstico adorniano. Los distintos caminos del desarrollo y de la “representación” política, también en América Latina, vienen a confirmar que el proceso de modernización es un proceso de dominación reificante, en el que el sujeto pugna por expresar su demanda social pero esa demanda es capturada por otros procesos de reificación en curso.

#### IV. USOS PREMODERNOS BLOQUEADOS AL PODER SOBERANO

En la medida que buena parte de la “legitimación” se ha volcado del lado del objeto, es decir de los sistemas y procesos económicos el proceso de conquistas “republicanas” ha perdido su esencia, disociándose de las demandas sociales y de los derechos subjetivos que pusieron límites al dominio levantando muros de protección frente al poder estatal. Se da la paradoja que en un contexto de mercantilización de la economía, el lugar de los sujetos es cada vez más lejano del lugar del individuo autónomo de la revolución burguesa.

Siguiendo a Michael Walzer pueden enumerarse los usos premodernos del dominio contemporáneo para comprender la distancia que separa a Latinoamérica de los países industrializados por la revolución burguesa democrática, donde la prohibición de esos usos ha sido restaurada a partir de la segunda postguerra.<sup>71</sup>

i. “La soberanía no se extiende a la esclavitud; los funcionarios o agentes públicos no pueden apoderarse de ninguno de sus súbditos (que son también sus conciudadanos), requerirles servicios, apresarlos o matarlos —excepto con procesos concordados por los súbditos mismos o por sus representantes

<sup>70</sup> Zermeño, Sergio, *México Neoliberal ¿Globalización autoritaria con tránsito a la democracia?*

<sup>71</sup> Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, Oxford, Martin Robertson, 1983, capítulo 12.

y por razones derivadas de una comprensión compartida de la justicia, el servicio militar, etcétera”.

La forma arbitraria que adquieren frecuentemente los procesos criminales, la actividad policial y otras intervenciones del dominio sobre el sujeto hablan de una imposición de identidad social que significa la persistencia del terror como experiencia subjetiva. La imposición de una forma subjetiva que sirva al dominio como razón instrumental es funcional tanto para el desarrollo industrial acelerado como para el control de las demandas sociales en las experiencias de ajuste y reequilibrio financiero. No hay razones para pensar que el dominio abandone esas prácticas. Mejor, en algunos países esas prácticas pueden estar en aumento.

ii. “Los derechos feudales de tutela y casamiento mantenidos por un tiempo por los reyes absolutos, quedan fuera de la competencia legal y moral del Estado, excepto de acuerdo con procedimientos acordados...etcétera”.

Hasta donde alcanza mi conocimiento de casos la extensión de estos derechos feudales no es de práctica común, aunque un cierto patrimonialismo provinciano está ligado históricamente a las prácticas poco modernas de muchas administraciones locales.

iii. “Los funcionarios y agentes públicos no pueden violar los entendimientos compartidos acerca de la culpabilidad e inocencia, corromper el sistema criminal de justicia, convertir el castigo en un medio de represión política, o emplear castigos crueles e inusuales (De un modo similar, el límite está dado por las convicciones compartidas, etcétera). Uso bloqueado altamente violado”.

iv. “Los funcionarios y agentes públicos no pueden vender el poder político o determinados actos referidos al mismo, ni pueden usarlo para proteger los intereses de sus familias o distribuir cargos públicos a sus protegidos. Si en lugar de haber pensado a la luz de la subjetividad el papel de los procesos legitimatorios hubiera dedicado algunas líneas al ‘clientelismo’, resultaría de ello, seguramente, que éste más que prohibido es una de las prácticas políticas contemporáneas en Latinoamérica. Cooptación y corrupción están ligadas, también, con el proceso de modernización “desarrollista” y con la política instalada en el poder para realizar el ajuste neoliberal”.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Mainwaring, Scott, *Clientelism, patrimonialism and economic crisis: Brasil since 1979*, Lasa paper, 1992.

v. “Todos los súbditos-ciudadanos son iguales ante la ley, y los funcionarios y agentes públicos no pueden actuar de un modo discriminatorio contra grupos raciales, étnicos, o religiosos, ni siquiera a través de modos que degradan o humillan a los individuos (excepto como resultado de juicio criminal); ni pueden privarlos de cualquier bien provisto por la comunidad”.

Algunos grupos sociales, como los ancianos, los desempleados, los indígenas, los niños, las mujeres, los discapacitados, suelen ser discriminados de una manera que también trasciende la “crisis del individuo”. El carácter cósmico que adquieren muchas de estas personas se agrava, como indican los estudios sobre pobreza en Latinoamérica, con los actuales procesos de ajuste fiscal.<sup>73</sup>

vi. “La propiedad privada está libre de imposición arbitraria y confiscación, y los funcionarios y agentes públicos no pueden interferir con el libre intercambio y don dentro de la esfera del dinero y las mercancías, una vez que esta esfera ha sido apropiadamente delimitada”.

En un cierto sentido, el único de los usos bloqueados éste. Pero habría que ahondar en el aspecto lockeano de la propiedad como extensión del sujeto y su derecho a la vida, para analizar si realmente la propiedad, en ese sentido está instituida como esfera autónoma de derechos. Realmente, sospecho que en Latinoamérica la gran propiedad se identifica con el dominio, de modo tal que el sistema social se acerca más al mundo administrado del dominio que describe Horkheimer que al mundo de esferas de derechos independientes entre sí que describe M. Walzer como típica de la modernidad.

vii. “Los funcionarios y agentes públicos no pueden controlar la vida religiosa de sus súbditos”.

Más allá de algunas interferencias del poder público, hoy poco interesa en muchas partes de Latinoamérica que haga el sujeto en materia de religión. Como derecho auténticamente moderno ha sido conquistado. Aunque también puede pensarse a la inversa, que el dominio se ha quitado una tutela que aunque tradicional algunas veces funcionó como valla de contención al avance del terror sobre los sujetos.

<sup>73</sup> Vid, entre otros, Beccaria, L., y Orsari, A., “Precarización laboral y estructura productiva en la Argentina: 1974-1988”, en Galin, P., y Novick, M. (comps.), *La precarización del empleo en la Argentina*; Cariola, Cecilia, “Las estrategias económicas: el difícil camino de obtener los recursos para la sobrevivencia”, en Cariola, Cecilia (coord.), *Sobrevivir en la pobreza: el fin de una ilusión*, Caracas, Cedes-Nueva Sociedad, 1992, pp. 103-160. Torrado, S., *Estructura Social de la Argentina*, Buenos Aires, De la Flor, 1992.

*viii.* “Aunque pueden legislar un curriculum, los funcionarios y agentes públicos no pueden interferir en la práctica de la enseñanza o limitar la libertad académica de los maestros y profesores”.

Alternativamente violado y reconocido, hoy tiene menos influencia ideológica que la televisión, a través de la cual la manipulación alcanza hasta a los iletrados.

*ix.* “Los oficiales y agentes públicos no pueden regular o censurar los argumentos que prevalecen en la esfera política, pero tampoco en ninguna otra esfera, acerca del significado de los bienes públicos y de la distribución apropiada de los límites. Consecuentemente, debe garantizarse la libertad de palabra, de prensa, de asamblea —las libertades civiles en general”.

Frecuentemente este derecho da lugar a denuncias frecuentes, aunque como en el caso de *viii*, la argumentación no se procesa ampliamente en ambientes con poca educación formal o con educación formal pero amplio control de la imaginación por medio de la televisión y otros medios.

El bloqueo argumental-imaginativo que sufren los ciudadanos que no están sujetos a regímenes de una disciplina más cercana al sometimiento los acerca a esa franja social, dando un conjunto altamente dominado de sujetos reificados, con poca posibilidad de superar la identidad impuesta por el dominio. Aunque la demanda no siempre puede ser controlada, aflora y se reorganiza frente a cada nuevo modo de organización modélica de los valores, siempre asociado a un estado que no abandona los usos prohibidos por la modernidad.



## VARIACIONES SOBRE EL SUJETO CORPORAL DEL DERECHO

Arturo RICO BOVIO

SUMARIO: I. *Para la recuperación del sujeto jurídico concreto.* II. *Apuntes sobre la filosofía de la corporeidad.* III. *Sujeto y corporeidad.* IV. *Acerca de una teoría comunicacional del derecho.* V. *Para una concepción corporal de la subjetividad jurídica.*

### I. PARA LA RECUPERACIÓN DEL SUJETO JURÍDICO CONCRETO

Ya he señalado hasta qué punto la teoría jurídica en vigor se desentiende del ser humano concreto.<sup>1</sup> Ciertamente las referencias al “sujeto de derecho” son abundantes, pero siempre aluden a una figura abstracta, desencarnada, a un “centro ideal de imputación de deberes” a la manera kelseniana. Muy otra se nos muestra la práctica jurídica, donde siempre existe un sujeto real, agente y destinatario de los quehaceres legislativo y judicial, supuesto que ambos descansan y se vierten en la vida cotidiana.

Al formalismo jurídico debemos atribuirle una acción ideológica para generar el creciente desinterés y la pérdida doctrinaria de la concreción del sujeto. Cuando Kelsen, haciendo uso de su autoridad, afirmó que toda persona física o moral, inclusive el Estado, es tan sólo la personificación de un complejo normativo,<sup>2</sup> escamoteó como objeto de estudio a las entidades humanas, so pretexto de una pretendida científicidad formal. Desgraciadamente su tesis ha hecho escuela entre nosotros, favoreciendo una visión

<sup>1</sup> En mi ensayo “El Sujeto Corporal del Derecho. Una Teoría Comunicacional”, presentado en el Coloquio Internacional de Sociología Jurídica “Derecho y Subjetividad”, México, D.F., del 14 al 16 de marzo de 1994.

<sup>2</sup> *Cfr.* su libro *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, s.f., p. 87.

muy limitada del derecho y de su operador, que quedó reducido a ser una sombra de subjetividad generada por el lenguaje jurídico.

El debilitamiento de la noción de sujeto no es exclusivo de la teoría del derecho. Se trata de un largo proceso de reflexión filosófica iniciado desde la Modernidad que desemboca en la epistemología contemporánea. En un trabajo precedente afirmé que “se vive la disolución de la subjetividad por la desilusión del conocimiento”. Habría que esclarecer tal aseveración: Con el avance del individualismo como la ideología por excelencia de Occidente, terminó por diluirse el objeto cognoscitivo para reconocerle la primacía al sujeto cognoscente. Kant heredó esa labor del empirismo inglés y la llevó a su culminación. Pero su misma propuesta apriorística hirió de muerte al sujeto, confinado a la función de mero supuesto formal del conocimiento. La relectura tecnológica de sus tesis desembocó en considerarlo una entidad creada socioculturalmente a través del lenguaje. El sujeto, en su identificación con el individuo, resultó ser una invención de la Edad Moderna y cayó en descrédito.

Me parece correcto abandonar el *ego cogito* que aún resuena en la fenomenología husserliana, por el desmedido papel que otorgó a la subjetividad cognoscente, pero no al extremo de rechazar la categoría de “sujeto” en su expresión concreta, natural e histórica. Quizá el camino fue recorrido con demasiada premura, en respuesta a los excesos a que condujo el idealismo solipsista, pues se ignoró que había otra salida al problema del sujeto sin necesidad de llegar a su nihilificación.

No me cansaré de insistir en que la solución a este problema se encuentra en la reconstrucción crítica e integral del concepto del ser humano. La tesis me parece obvia, porque las teorías del derecho se sostienen sobre diversas plataformas epistemológicas que descansan en distintas interpretaciones del hombre, las cuales no se hacen explícitas por hallarse ubicadas en el nivel de los soportes ideológicos de cada espacio cultural.

En mi personal punto de vista existe un tema poco explotado, el del cuerpo, cuyas posibilidades teóricas son enormes y que podría brindarnos excelentes resultados. Por tratarse de una categoría manejada en forma distinta al uso común, que en mucha medida arrastra prejuicios y tabúes de nuestra cultura occidental, me veré obligado a exponer los lineamientos generales de la concepción que propongo, para diferenciarla de las creencias difundidas a nivel popular e incluso dentro de nuestra comunidad intelectual.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Para una más detenida exposición del tema, véase mi libro *Las fronteras del cuerpo. Crítica de la corporeidad*, México, Joaquín Mortiz, 1990.

## II. APUNTES SOBRE LA FILOSOFÍA DE LA CORPOREIDAD

Llamo filosofía de la corporeidad a una corriente de pensadores contemporáneos que se interesan en reivindicar la noción de “cuerpo”, referida al ser humano, como concepto central de la reflexión filosófica y especialmente para la comprensión de lo que somos.<sup>4</sup>

Dentro de esta orientación filosófica mi propuesta personal va dirigida a considerar al ser humano como una totalidad integrada de aspectos bio-socio-personales, a la que denomino “cuerpo”. No se trata, como se verá, de una elección accidental del nombre, ni de un abuso de las libertades semánticas, puesto que supone una ruptura con el significado ordinario del término, comúnmente identificado en nuestra cultura occidental con la parte física de nuestro ser.

Habría un buen número de argumentos que podría examinar para sostener la conveniencia de abandonar el concepto reduccionista de “cuerpo”, que hace un pobre favor al dualismo substancialista y a la par contribuye al materialismo. Anotaré únicamente mi certeza de que cuando la definición tradicional dividió la realidad en dos: materia y espíritu, provocó un conflicto de lealtades humanas que todavía hoy estamos padeciendo en uno de sus efectos más dramáticos: la destrucción del ecosistema tierra.

Además, observemos que para la física de hoy, formada en las derivaciones postrelativistas, ya no hay fundamento razonable para distinguir la materia del espíritu, ni para hablar de una espacialidad de los objetos “materiales”, de modo que queda sin fundamentación la diferencia clásica entre alma y cuerpo.<sup>5</sup>

El desvanecimiento de las fronteras entre ambos dominios nos orilla a reconsiderar también la interpretación mecanicista del hombre, que sitúa en segundo término a los procesos psíquicos frente a unas pretendidas causas fisicoquímicas y biológicas. Lo mental asume por el contrario un lugar preponderante, porque se presenta como la forma más elevada de una única

4 Autores tales como Gabriel Marcel, Jean Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty, Michel Foucault, entre otros.

5 Cfr. el clásico libro de Don Pedro Zuloaga, *La bancarrota del materialismo en la ciencia*, México, Polis, 1938, que se anticipó a muchos estudios recientes.

realidad a la cual se puede denominar “energía”, sin prejuzgar sobre sus propiedades todavía insuficientemente conocidas.

Para evitar la tentación de recurrir una vez más a las vías tradicionales de identificación de las notas humanas, usualmente contaminadas por las posturas dualista o materialista, procuraré catalogar únicamente los aspectos operativos de nuestra corporeidad, sus propiedades similares y diferentes con respecto a otros modelos corporales orgánicos.

Las características del sistema corporal que somos se agrupan en dos grandes rubros complementarios que designo con el nombre de “valencias del cuerpo”: necesidades y capacidades. Aquéllas son los impulsos naturales que nos mueven a obrar, éstas los recursos con que contamos genéticamente para la satisfacción de las primeras.

Se trata de series paralelas que cubren en orden escalonado los aspectos biológicos, sociales y personales del ser humano. Su enumeración es forzosamente incompleta, puesto que todavía las estamos conociendo a medida que avanzan las investigaciones científicas y tecnológicas. Añadiré que se refieren, respectivamente, a la subsistencia individual, a las formas de comunicación que generan, conservan y consolidan los grupos y al desarrollo integral que desemboca en la realización plena de la singularidad humana.

### III. SUJETO Y CORPOREIDAD

En el nivel social constituimos “cuerpos” colectivos más o menos permanentes, configurados gracias a las redes de relaciones establecidas entre quienes somos sus integrantes. Como parte de esa dinámica grupal generamos cultura y nos “nutrimos” de ella, a diferencia de los animales que tienen una sociabilidad más rudimentaria, puesto que sus pautas de conducta comunicacional están prefijadas genéticamente.

Es representativo de nuestra singularidad el intercambio de objetos e ideas que nos hace entrar en la condición histórica, toda vez que nos permite vivir heredando nuestras experiencias y recibiendo los aportes de la creatividad de nuestros semejantes. Gracias al “montaje” social, compuesto por los bienes culturales, extensiones y satisfactores presuntos de muy diversas propiedades y urgencias corporales, la temporalidad humana adquiere continuidad más allá de nuestras corporeidades singulares.

A partir del nacimiento, conforme al ritmo de emergencia y satisfacción de las necesidades y al ejercicio de las capacidades correlativas, los huma-

nos transitamos por varias etapas de desarrollo: en el nivel biológico adquirimos la individualidad, al igual que cualquier ser viviente; en el social nos volvemos sujetos de las interacciones y en el personal nos tornamos entidades únicas; es decir, personas.

La distinción precedente tiene considerable trascendencia para los fines del presente ensayo, puesto que puede ser reutilizada por la teoría jurídica para ajustar algunas de sus imprecisiones terminológicas.

El individuo es una categoría numérica, cuantitativa y biológica, que sugiere la indivisibilidad funcional aunque sólo entrañe una relativa autonomía. Por antiguos errores que venimos arrastrando en la apreciación de nuestra naturaleza, se minimizó esa limitación de la condición individual (cuando en el fondo allí reside nuestra superioridad como especie), para hacer de tal concepto la base de una ideología que exalta el atomismo humano, con su consecuente derivación hacia la competitividad y el egoísmo existencial. Un buen ejemplo es el modelo económico capitalista que basa en esta noción de corte biologicista sus pretensiones hegemónicas, sus leyes de mercado y sus principios del placer y del confort, dejando una larga estela de deshumanización y desigualdad humana.

El sujeto es el resultado de la comunicación interhumana. De allí que aparezca en la relación con los objetos, en los procesos del conocimiento y de la acción, pero siempre respecto de otros seres humanos. La subjetividad, nota exclusiva del hombre en grupo, es un producto cultural, un reconocimiento o una donación que primero recibimos de los demás a través de la adquisición del lenguaje. Después la confirmamos con la asignación bautismal de un nombre y por último nos la atribuimos a medida que avanza el diálogo interior con nosotros mismos.

La persona es el momento culminante del desarrollo humano. Supone como paso previo haber accedido a la condición de sujeto, pero la excede porque le exige asumir un propio proyecto de vida que lo identifique y distinga. Los filósofos alemanes la asocian con la encarnación de valores y están en lo cierto si con ello se quiere indicar que se adopta una vía singular de realización.

Lo personal reclama un mundo personalizado; es decir, un espacio de iguales en donde pueda verterse la creatividad de cada quien. Si la subjetividad supone el reconocimiento de alguien más en su carácter de semejante, la personalidad exige la aceptación del otro como otro, como cuerpo único.

La filosofía de la corporeidad propone a las necesidades naturales como medidas del valor. Vale —para los humanos— todo aquello que permita satisfacer adecuadamente sus requerimientos naturales. Por asociación es valioso el ejercicio de las capacidades con que contamos, siempre y cuando no se contraponga con aquellas. Cada uno de los diferentes niveles de valencias corporales proporciona un referente humano para la determinación del bien.

Tal proposición axiológica establece una doble dirección de los criterios valorativos. La fase biológica sirve de soporte a la social y ésta a la de la persona; dicha secuencia establece un orden de prioridades fundatorias. A la vez resulta máspreciada la expresión personal y la sigue en importancia la socialización, quedando al final de la jerarquía lo biológico, porque es lo menos específicamente humano. Son en consecuencia “buenas” las aportaciones físicas, culturales, anímicas y las acciones que permitan el desenvolvimiento completo y armónico de todos y cada uno de los seres humanos, respetando sus diversas singularidades.

Con las categorías apuntadas arribamos a una noción del derecho diferente a las tradicionales, que optan por alguna de las vertientes axiológica, formalista o sociológica, aunque en el fondo todas propenden al normativismo.<sup>6</sup> La expondré someramente, para fincar con ella una más adecuada teoría jurídica del sujeto.

#### IV. ACERCA DE UNA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Es muy cuestionable definir al derecho como un conjunto de normas bilaterales, coercitivas, heterónomas y externas.<sup>7</sup> Decir que por esas o cualesquier otras notas adquieren el rango jurídico y se distinguen de los restantes órdenes normativos tampoco resiste un severo análisis. Las normas son simples instrumentos reguladores de la conducta que no se pueden separar de los fines perseguidos, so pena de verlos reducidos a mandatos arbitrarios de dudosa efectividad. A mi juicio basta esta observación para justificar que se incluyan las finalidades en el concepto de derecho.

Además, no sólo existen reglas de conducta dentro del orden jurídico; también hay enunciados definitorios, fácticos, inclusivos y valorativos, sin

6 Abordo el tema en mi libro *El Derecho ante el Tribunal del cuerpo*, pendiente de edición.

7 Tesis manejada y discutida “in extenso” por García Máynez, Eduardo en su libro *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1992, conocido ampliamente por los estudiosos del derecho.

cuyo concurso no se llegaría a organizar la vida social. Unos y otros, a la par de sus finalidades, son el resultado de la interacción existente entre sujetos dotados de autoridad para generarlos y quienes son sus destinatarios: los gobernados o la sociedad civil.

Con el propósito de sistematizar la multiversidad de elementos constitutivos del derecho, propondré una teoría del cuerpo social que lo concibe como un macroproceso de comunicación. Sus premisas, presentadas someramente, son las siguientes:

### 1) *Función macrosistémica estabilizadora*

El derecho es un sistema de regulación social, el más genérico y abarcador de los demás, constituido para garantizar la permanencia de las restantes estructuras sociales. Por ende se sobrepone a ellas, instaura una macroestructura que les da firmeza y a la vez permite un margen controlado de cambio.

### 2) *Rango comunicacional*

Como tiene a su cargo la organización de la vida social, necesariamente está inscrito dentro de los procesos de la comunicación humana. En consecuencia debe estar formado por un circuito comunicativo entre *un ordenador*, fuente emisora formal y material de un macro-orden; *el ordenamiento*, conjunto de enunciados jurídicos organizativos que desempeñan el rol de mensajes de mayor o menor fijeza y *el ordenatario*, receptor-ejecutor de los lineamientos contenidos en el orden, mismos que descodifica dentro del contexto total de su propia cultura.<sup>8</sup>

### 3) *Contenido histórico*

Quiénes y cómo sean el “ordenador” y el “ordenatario” y cuáles las características específicas de cada “ordenamiento”, dependerán de las circunstancias históricas, geográficas, demográficas y socio-culturales de cada grupo humano, mismas que determinan su orientación política. El núcleo que las hilvana, según quedó dicho, será la peculiar concepción del cuerpo

<sup>8</sup> Con esta tesis a mi juicio se rebasa la propuesta de Carlos Cossio, en el sentido de que “el derecho como fenómeno resulta ser una interferencia intersubjetiva de acciones posibles”; en: *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 154.

imperante en ese conglomerado social.<sup>9</sup> Así, por ejemplo, el ordenador puede ser uno o múltiple, rígido o permeable, intercambiando roles con el ordenatario si el sistema es democrático o no si se trata de un modelo totalitario.

#### 4) *Relativismo del ordenamiento jurídico*

Las formas y los contenidos del “ordenamiento” son variables, pues dependen de las concepciones axiológicas vigentes en cada población o cuando menos de las usufructuadas por su clase dirigente. No existe un modelo único ni ciertos temas que le sean exclusivos. Por lo mismo además de erróneas considero peligrosas a las propuestas formalistas que no contemplan la diversidad, que hacen caso omiso de la multiplicidad de enunciados que lo conforman, reduciendo a normas toda la función operativa jurídica. Con tal expediente es fácil escamotear el problema de la Justicia, dejando sin bases para la crítica de las instituciones legales y políticas a quienes se encuentran sujetos a un determinado régimen de derecho.

#### 5) *Tendencia axiológica*

Si el proceso comunicativo que constituye el derecho tiene viabilidad, ello se debe a que los sujetos participantes aspiran a proteger a través de él un sistema socio-cultural reconocido como valioso o presentado así por el ordenador. Cabe entonces invocar a la Justicia como el valor desde donde se puede orientar a los ordenadores y ordenatarios y emitirse juicios correctivos acerca de los contenidos del ordenamiento legal.

#### 6) *Ajuste corporal de la justicia*

La postulación de una idea de lo justo o del derecho natural debe provenir del conocimiento de las necesidades y capacidades corporales del ser humano, que permiten especificar qué corresponde a quién.

<sup>9</sup> Es interesante revisar a este respecto el esclarecedor texto de Foucault: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI Editores, 1991, donde se plantea la relación entre cuerpo, poder y saber.



### 7) *El fin último del derecho*

La sola existencia del derecho pone de manifiesto una de las valencias corporales de índole social más evidente: la exigencia de garantizar la continuidad de la vida del grupo como tal. En su más elevada expresión axiológica esa necesidad se manifiesta en el llamado, presente en las utopías de todos los tiempos, de poner las bases para la realización personal de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

Con las tesis precedentes como fundamento teórico, pasaré a tratar ahora el tema del sujeto y de la subjetividad.

### V. PARA UNA CONCEPCIÓN CORPORAL DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA

El ser humano es el eje principal de las reflexiones de la filosofía de la corporeidad. Desde ese marco teórico hemos apuntado que la nuestra es una especie en vías de desarrollo, porque se encuentra individual y colectivamente en vísperas de completar su hominización. Para alcanzar la meta evolutiva procede establecer la correlación necesidades naturales-valores como principio axiológico a consagrar por el derecho, con miras a que se erija en instrumento que garantice la realización plena colectiva.

El nacimiento de un ser humano es la afirmación de su individualidad biológica, la cual debe ser reconocida como un hecho corporal tutelado por el orden jurídico. A partir de allí se inicia un largo proceso de crecimiento que también requiere de la supervisión y de las garantías jurídicas. La protección de la vida y de su desarrollo adecuado (alimentación, salud, cuidado físico) es menester que estén claramente definidas y reguladas en los respectivos capítulos de derechos humanos y de obligaciones estatales.

Consecutivamente al nacer el concepto de “individuo” se amplía en la dimensión comunicativa social. Es ahí donde comienza a hablarse del “sujeto”, porque de un simple hecho natural se pasa a atribuirle las facultades de ser portador de conocimientos, ejecutor de acciones y detentador de bienes. Ese sujeto es tal para alguien y por lo mismo en su sentido jurídico es una creación legal calcada sobre una realidad social preexistente, no un mero accidente histórico.

Si como afirmamos el derecho es un magno sistema de comunicación y por ende tiene una naturaleza socio-cultural, debe espontáneamente reconocer la subjetividad humana, otorgándole el rango de “jurídica” al hacerla

destinataria y depositaria de las normas y enunciados que forman parte del ordenamiento. La ignorancia de esta exigencia axiológica natural, triste recuerdo conservado en la historia de las instituciones jurídicas, dio como saldo la negación del carácter humano a esclavos y otros integrantes de la población en sociedades y tiempos distintos. Incluso sigue siendo una sombra ominosa presente en nuestras culturas, cuando no se regulan adecuadamente las vías para el aseguramiento de la calidad social humana: derechos al nombre, a la familia, a la educación para todos, entre otros.

El sujeto jurídico, tanto individual como colectivo, es entonces parte inseparable del derecho, uno de sus ingredientes esenciales dentro del circuito comunicativo que lo constituye. Es en este sentido que podemos hablar del sujeto *del* derecho.

En forma derivada, como meta o finalidad del proceso ordenador, procede señalar otra modalidad del sujeto *en* el derecho: la persona jurídica, centro real de emisión y recepción de enunciados jurídicos, entre ellos los deberes y los derechos subjetivos, es decir, “subjetivados”, depositados en sus titulares específicos y temporales. La persona es así el sujeto *de* derechos y deberes individualizados, por declaración o reconocimiento.

No sólo es imposible concebir al derecho sin el sujeto, entidad que le da vida y justificación, sino sin la Persona, sujeto particularizado, ser único e insustituible, razón última y justificación axiológica del ordenamiento jurídico. Pero para que esto sea efectivo y no una mera enunciación de un lenguaje jurídico huero, formulista, es menester que, mediante una puesta al día de los derechos fundamentales del ser humano y de las correlativas obligaciones del Estado, perfilemos nítidamente el horizonte personal del derecho, ese que únicamente se anuncia cuando se contempla la realización plena de todos los seres humanos y no tan sólo de las minorías privilegiadas.

## LA NUEVA NORMATIVIDAD AGRARIA O EL REGRESO ENMASCARADO DE PEDRO PÁRAMO

Arturo BERUMEN CAMPOS

“Me cruzaré de brazos y Comala se morirá de hambre”

(Juan Rulfo, *Pedro Páramo*)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La nueva antidemocracia ejidal y las ideologías del mandato imperativo y de las formas de gobierno indígena*. III. *La separación del trabajo personal de la propiedad ejidal y la ideología del rango constitucional del ejido y de la comunidad indígena*. IV. *La desaparición de la pequeña propiedad y la ideología de la prohibición del latifundio*. V. *Las sociedades mercantiles agrarias y la ideología de las acciones “T”*. VI. *La nueva desigualdad procesal y la ideología de la neutralidad de la Procuraduría Agraria*. VII. *Conclusión*.

RESUMEN: el presente trabajo es un análisis crítico de la nueva normatividad agraria vigente en nuestro país. No tiene la pretensión de estudiar la eficacia de las normas agrarias, sino, únicamente, desentrañar el sentido deóntico e ideológico de las mismas. Pero, por ello mismo, puede servir de base para la realización de un estudio sociológico-empírico en el que se pongan a prueba sus conclusiones. El método utilizado es una combinación de la dialéctica hegeliana, el normativismo kelseniano y el materialismo marxista. Toma, como punto de partida, el planteamiento del problema agrario como un conflicto entre la justicia agraria con la productividad agrícola. Concluye que la nueva normatividad agraria no

está en condiciones de resolver el problema agrario, porque subordina la justicia a la rentabilidad, utilizando para ello diversas ideologías jurídicas y económicas.

## I. INTRODUCCIÓN

A más de un año de haberse aprobado la nueva normatividad agraria en nuestro país —reformas al artículo 27 constitucional, Ley Agraria y Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios—, no se han materializado aún, ni las expectativas de inversión en el campo que esperaban sus impulsores, ni tampoco las consecuencias de acaparamiento de tierra que temían sus críticos.<sup>1</sup>

Este hecho, sin embargo, no hace inatingentes ni las unas ni las otras porque, en primer lugar, si no ha habido acaparamiento masivo de tierras ha sido porque, precisamente, no ha habido inversión masiva en el campo, y, viceversa, si no ha habido inversión ha sido porque el acaparamiento de tierras aún no ha sido suficiente para ello. En segundo lugar, dichas expectativas y dichos temores expresan, muy sintéticamente, los términos concretos en que se ha planteado y se sigue planteando el problema agrario desde la época de la colonia: la contradicción entre la productividad agrícola y la justicia agraria.<sup>2</sup> Es dicha contradicción, la que está destinada a resolver todo derecho agrario.

La historia de nuestra legislación agraria no ha podido resolver el problema agrario, porque sus normas o su aplicación sólo han tomado en cuenta o privilegiado uno solo de los términos de la contradicción, subordinándole el otro, a la vez que se oculta, ideológicamente, dicha subordinación, presentándola como la superación real de la contradicción misma.

De este modo, la historia del campo mexicano y del derecho agrario ha oscilado, pendularmente, de la injusticia a la improductividad, mediante la ideologización jurídica. Para ilustrar este movimiento, baste recordar los efectos que sobre la injusta concentración de la tierra propició la Ley de Desamortización del 25 de junio de 1856 que buscaba, precisamente, incrementar la productividad del campo, por un lado y, por el otro, las leyes posrevolucionarias que buscaron la justa repartición de la tierra, pero

<sup>1</sup> *La Jornada*, 7 de enero de 1993, p. 15; 3 de febrero de 1993, p. 1 y 23 de febrero de 1993, p. 42.

<sup>2</sup> Rodríguez Prats, Juan José, *La política del derecho en la crisis del sistema mexicano*, México, UNAM, 1992, p. 306.

debilitaron la estructura productiva que requieren las necesidades crecientes del país.<sup>3</sup> En ambos casos podemos detectar las ideologías respectivas que ocultaron, en su momento, la subordinación correspondiente: en el primer caso se justificaba la injusticia con la ideología de la productividad capitalista y, en el segundo, se ocultó la ineficiencia con el discurso populista del estado benefactor.

Ahora bien, la pregunta a la que este trabajo pretende aportar una respuesta provisional es la siguiente: ¿la nueva normatividad agraria está estructurada para resolver el problema agrario?; es decir, ¿es capaz, en principio, como exige Hegel de toda metodología dialéctica, de “precisar, soportar y superar la contradicción misma”,<sup>4</sup> entre la productividad agrícola y la justicia agraria?

La hipótesis de trabajo que dé una respuesta provisional a esta pregunta y que conduzca la investigación será la siguiente: la nueva normatividad agraria no está en condiciones de resolver el problema agrario, porque subordina la justicia agraria a la productividad agrícola, ocultando dicha subordinación con diversas ideologías jurídicas, presentándola como una superación normativa.

La demostración de esta hipótesis será exclusivamente dogmática y crítica y no empírica, es decir, se limitará a comparar el discurso de la nueva normatividad con el de la normatividad inmediata anterior, haciendo breve referencia a los antecedentes históricos y a los hechos que ilustren sus resultados.

## II. LA NUEVA ANTIDEMOCRACIA EJIDAL Y LAS IDEOLOGÍAS DEL MANDATO IMPERATIVO Y DE LAS FORMAS DE GOBIERNO INDÍGENA

Una de las razones más utilizadas para justificar las reformas constitucionales y legales en materia agraria ha sido el reconocimiento de la autonomía de la organización de los productores rurales para que puedan decidir sobre sus propios asuntos. Lo cual condujo a que se les concediera, a los ejidatarios en particular y a la Asamblea Ejidal en lo general, la facultad de decidir su permanencia o su salida del régimen ejidal, sin merma de la obligación del Estado para proteger a los campesinos.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Lemus García, Raúl, *Derecho agrario mexicano*, México, Porrúa, 1991, pp. 150, 151; Mendieta y Nuñez, Lucio, *El problema agrario en México*, México, Porrúa, 1975, pp. 283, 284.

<sup>4</sup> Hegel, *Estética*, 2, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1984, p. 61.

<sup>5</sup> Iniciativa presidencial para la reforma al artículo 27 constitucional, en *El nuevo artículo 27*, recopilación de Eduardo Vale Espinoza, México, Ed. Nuestra, 1992, p. 88.

Sin embargo, con el pretexto de debilitar el paternalismo, corrupción burocrática y la corporativización de los campesinos, se ha expuesto a los mismos al control o a la intervención de los caciques y capitalistas locales o nacionales en la toma de decisiones de las autoridades ejidales. Lo cual puede verse en la regulación legal para la celebración de las asambleas ejidales y en el alcance de sus facultades.

De acuerdo a la derogada Ley Federal de Reforma Agraria (LFRA), no era necesaria la presencia del representante de la Delegación Agraria para la validez legal de las asambleas, pues su asistencia era facultativa tanto en las ordinarias como en las extraordinarias (artículos 28, 30). En cambio, bajo la vigencia de la nueva Ley Agraria (LA), la presencia de un representante de la Procuraduría Agraria (PA) es obligatoria cuando se trate de la autorización a los ejidatarios para adoptar el dominio pleno de sus parcelas o cuando se trate de la terminación del régimen ejidal, entre otras funciones trascendentes de la asamblea (artículos 23, 28). Al menos, en principio, se aumenta la presencia de las autoridades agrarias en la asamblea ejidal, pero su única ingerencia es la de verificar que la convocatoria se haya expedido con la anticipación y las formalidades que establece la ley.

Parecería, entonces, que con la LA se reduce la ingerencia gubernamental en la toma de decisiones de la asamblea ejidal y, a la vez, se protege al ejidatario de posibles intromisiones de terceros. Mas, empero, de conformidad con la nueva ley, éstos pueden operar ya, legalmente, desde dentro del órgano supremo del ejido que es la asamblea, en calidad de *avecindados*<sup>6</sup> reconocidos por la asamblea (artículo 13), que adquieran la calidad de ejidatarios, cumpliendo los requisitos que establezca el reglamento interno del ejido (artículo 15, fracción II), o que hayan mejorado con su trabajo e inversión tierras de uso común (artículo 57, fracción II) o que hayan otorgado, para adquirir la asignación de derechos sobre este último tipo de tierras ejidales, una contraprestación en beneficio del ejido (artículo 57, fracción IV), o que hayan adquirido por prescripción positiva los derechos de ejidatario sobre una parcela (artículo 48). De esta manera pueden los *avecindados* habilitados como ejidatarios participar en las asambleas, pues podrán acreditar su calidad de tales, no ya con una credencial expedida

6 Esto, incluso está insinuado por el diputado priista, Hugo Andrés Araujo de la Torre, en su participación en la Discusión General de las reformas al artículo 27 constitucional: "Es necesario insistir que la libertad para organizar la producción se combina con el reconocimiento a la organización de los pobladores *avecindados*." en *El nuevo artículo 27, op. cit., supra*, nota 5, p. 142.

provisionalmente por el comisariado ejidal y en definitiva por el Registro Agrario Nacional (RAN) como lo establecía el artículo 26 de la LFRA, sino con los certificados de derechos agrarios expedidos también por el nuevo RAN o con sentencia o resolución del tribunal agrario, tal y como lo establecen los artículos 16 y 22 de la LA. Esto significa que a pesar de que la asamblea no reconozca a un avecindado que haya adquirido por prescripción parcelas ejidales o haya mejorado las tierras comunes, etcétera, éste debe ser reconocido por la misma asamblea como ejidatario si cuenta con una resolución favorable del tribunal agrario, lo cual constituye una ingerencia desmedida, jurídicamente injustificada de las nuevas autoridades agrarias, a favor de terceros avecindados en el ejido. Se abre, pues, con estas disposiciones, una gran puerta legal a los vecinos poderosos, económica y políticamente, para que intervengan en las decisiones del máximo órgano ejidal, sin que ninguna otra autoridad agraria pueda hacer nada para impedirlo.

Esto que ya de por sí es demasiado riesgoso para la pretendida autonomía ejidal, se agrava si consideramos los resquicios que deja la LA para que las asambleas que deciden el destino del ejido, puedan ser orientadas hacia los intereses de este nuevo tipo de ejidatarios. Aparentemente, las asambleas convocadas para resolver asuntos “trascendentes” del ejido, garantizan un alto *quorum*: de tres cuartas partes en primera convocatoria y de mayoría absoluta en segunda convocatoria (artículo 26), así como una votación calificada de las dos terceras partes para este tipo de asuntos (artículo 27). Sin embargo, las asambleas de cualquier tipo pueden ser convocadas por el comisariado ejidal o por el consejo de vigilancia o por la PA, a solicitud de 20 ejidatarios o del 20% del total de los mismos (artículo 24; la LFRA hablaba del 25% de ejidatarios, artículo 31), que bien pueden ser el grupo de ejidatarios habilitados.

Pero se argumentará, que aún así se requerirá de un *quorum* mínimo del 50% y de una votación calificada de las dos terceras partes para que la asamblea decida, válidamente, el destino del ejido. Pero, llegándose a este extremo, puede suceder que el destino del ejido lo decida, en realidad, el 34% de los ejidatarios, mayoría que no es difícil conseguir a los caciques habilitados como ejidatarios a cuya iniciativa se haya convocado la asamblea para aquél efecto. Si se auna a esto la no obligatoriedad de las firmas de los ejidatarios para la validez del acta correspondiente (artículo 31, de la LA; obligación que sí existía en la LFRA, artículo 35), los ejidatarios

habilitados, en convivencia con las autoridades ejidales, pueden decidir, con apariencia de legalidad, de una manera antidemocrática, el destino del ejido. La fe del notario público y de la firma del representante de la PA, exigidos por el artículo 28 de la LA para dotar de validez al acta, son obstáculos superables por los caciques habilitados como ejidatarios, sobre todo si se toma en cuenta, en primer lugar, que las facultades del representante de la PA, sólo consisten en la verificación de la legalidad de la convocatoria y no en la verificación de la identidad de los ejidatarios participantes en la asamblea y, en segundo lugar, que la teleología de las reformas a la normatividad agraria que se orientan hacia la introducción de la propiedad agraria en el mercado capitalista, influirán, seguramente, en la interpretación de la misma.

Pero suponiendo que esta configuración fuera imposible o muy difícil de realizarse, lo más grave de la nueva ley es que, en asuntos de tanta trascendencia democrática ejidal, las resoluciones de la asamblea serán obligatorias para los ausentes y disidentes (artículo 27). Y no se puede argumentar que en la LFRA sucedía también de semejante modo (artículo 32), porque bajo la vigencia de esta última ley, la asamblea no tenía facultades para “privatizar” al ejido (ver las fracciones del artículo 47 de la LFRA), como sí los tiene en la LA (ver las fracciones IX y XII del artículo 23). Y en los casos que, bajo la vigencia de la LFRA, pudieran tener alguna semejanza, como lo es la negativa del núcleo de población a recibir las tierras dotadas, esta ley prevía, además de un quorum del 90% de los integrantes en la asamblea que decidiera no aceptar las tierras, el respeto de las superficies de la minoría que sí hubiera aceptado las tierras (artículo 64). Bien pudieron, y puede ser todavía, establecido dicho quorum y dicho respeto a las minorías en la LA, si se quería, realmente, privatizar el ejido, por medios, auténticamente, democráticos.

Pero lo que realmente se hizo fue encubrir esta antidemocracia ejidal con dos ideologías jurídicas, tomadas de instituciones que, en otro contexto, serían realmente democráticas: el mandato imperativo y las formas de gobierno indígenas. El artículo 40 de la LA establece que:

La remoción de los miembros del comisariado y del consejo de vigilancia podrá ser acordada por el voto secreto en cualquier momento por la asamblea que al efecto se reúna o que sea convocada por la Procuraduría Agraria a partir de la solicitud de por lo menos el veinticinco por ciento de los ejidatarios del núcleo.



Es este el mandato imperativo que los socialistas consideraron como el colmo de la democracia. Al respecto, Marx describía al gobierno de la Comuna de París del siguiente modo: “La Comuna estaba formada por los distritos de la ciudad. Eran responsables y revocables en todo momento”.<sup>7</sup>

Y, efectivamente, un mecanismo de este tipo es una garantía de que los representantes, represente, jurídicamente, en todo momento la voluntad de sus representados. Pero presupone, así mismo, determinadas condiciones que no se dan en la regulación de la LA, y si fue incluido en la misma, probablemente obedeció a que algunos de sus elaboradores provenían de tradiciones marxistas, pero que, en realidad, ha venido a cumplir funciones ideológico-jurídicas, por los siguientes motivos: Primero, la elección y remoción de los miembros del comisariado ejidal y del consejo de vigilancia no está comprendido entre las facultades “trascendentes” de la asamblea, pues se encuentran previstas en la fracción III del artículo 23. Por lo tanto, sólo se requiere de un quorum de cincuenta más uno en primera convocatoria o con cualquiera en segunda (artículo 26, *a contrario sensu*; igual sucedía en la LFRA, artículos 32, 42); la votación, aunque secreta (cosa que no secedía en la LFRA, artículos 32, 42), por lo tanto no es de mayoría calificada sino absoluta simple (artículo 27, mientras que en la LFRA era calificada de las dos terceras partes, artículo 42); no cuenta con las garantías de la asistencia de un representante de la PA ni de un fedatario público (artículo 28, *a contrario sensu*; en la LFRA, podía la Delegación Agraria suspender al comisariado si estimaba que malversaba fondos, sembraba estupefacientes, acaparaba o permitía el acaparamiento de parcelas, o la trasmisión o arrendamiento de parcelas ejidales, artículos 41, 42); pueden los ejidatarios ser representados por medio de carta-poder escrita ante dos testigos que sean ejidatarios o vecindados (artículo 30); el acta correspondiente no requiere la firma de los ejidatarios asistentes (artículo 31).

En segundo lugar, la LA no establece las causales de remoción, como sí lo establecía la LFRA en su artículo 41, entre las que destacaban el acaparar o permitir que se acapararan tierras ejidales y transmitir o arrendar o permitir que se arrendaran tierras ejidales (fracción VII, VII). De esta manera, la única garantía de que la remoción de los comisariados ejidales no se convierta en un instrumento de control sobre éstos y, por medio de ellos, del destino del ejido, por parte de los ejidatarios habilitados, es el voto secreto cuya eficacia se relativiza, grandemente, con el voto por repre-

7 Marx, “La guerra civil en Francia”, en *Obras Escogidas*. Moscú, Progreso, 1977, T. I., p. 500.

sentación y por la falta de autenticación del acta respectiva por parte de los propios ejidatarios o de los fedetarios públicos.

Por lo que se refiere a las formas de gobierno indígena, la LA se remite, en cuanto a la representatividad de las comunidades, al estatuto comunal y a la costumbre indígena (artículo 99, fracción III). Con lo cual se quiere demostrar una sensibilidad pluricultural y pluriétnica, pero que en realidad, puede convertirse en instrumentos de desaparición del espacio territorial étnico, dentro del contexto de la nueva regulación de la propiedad ejidal y comunal establecida por la nueva ley agraria, que es el tema que pasamos a estudiar en el siguiente capítulo.

### III. LA SEPARACIÓN DEL TRABAJO PERSONAL DE LA PROPIEDAD EJIDAL Y LA IDEOLOGÍA DEL RANGO CONSTITUCIONAL DEL EJIDO Y DE LA COMUNIDAD INDÍGENA

El aspecto más debatido de la nueva normatividad agraria ha sido, sin duda, el régimen a que queda sujeta la propiedad ejidal y comunal. Se ha dicho, por ejemplo, que la transmisibilidad de los bienes ejidales que permite la nueva ley, no es sino el reconocimiento de la libertad y de la madurez de los ejidatarios para flexibilizar el funcionamiento del ejido y, de ninguna manera, una privatización del mismo.<sup>8</sup>

Por otro lado, los opositores a las reformas, argumentan que el otorgamiento del pleno dominio de los ejidatarios sobre los bienes ejidales, atenta, gravemente, contra la naturaleza histórica, jurídica, política y social del ejido que tiene profundas raíces no sólo en la revolución sino en las sociedades prehispánicas.<sup>9</sup>

La discusión ha sido amplísima y muy variados los argumentos, pero han girado alrededor de estas dos posturas: la necesidad de desregulación de las tierras ejidales para fomentar su capitalización, y el temor de que con dicha desregulación se propicie un acaparamiento de tierras ejidales y la desaparición del ejido en cuanto tal. Aparece aquí, claramente, el conflicto entre productividad y justicia que planteamos en la introducción. Para tratar de demostrar dicha hipótesis, terciaremos en la controversia a partir de analizar el principio de justicia que subyace en la inenajenabilidad de las tierras ejidales y del que la nueva normatividad pretende prescindir en aras de

<sup>8</sup> Dip. Hugo Andrés Araujo, en *op. cit., supra*, nota 5, pp. 141, 145.

<sup>9</sup> Dip. pepesista Ramírez Cuellar, Héctor, *op. cit., supra*, nota 5, p. 175.

la productividad ejidal: el principio de la unidad del trabajo personal con la propiedad ejidal.

Una característica que impregna a toda la nueva normatividad agraria es, precisamente, la separación del trabajo y de la propiedad. Veamos algunos ejemplos significativos. En la LA, la simple posesión de las tierras permite la adquisición de derechos ejidales (artículo 48), mientras que, de acuerdo a la LFRA, la unidad de dotación se adquiría y se conservaba mediante el trabajo personal y directo (artículos 71, 72, 73, 87).

El artículo 45 de la LA permite que las tierras ejidales puedan ser objeto de cualquier contrato de asociación o aprovechamiento por terceros, claro que en un plazo no mayor de 30 años ¡prorrogables!; mientras que la LFRA prohibía, en sus artículos 55 y 76, la celebración de cualquier acto jurídico que tienda a la explotación indirecta o por terceros de tierras ejidales y comunales.

Para proceder a la asignación de derechos sobre tierras de uso común y parcelarios, en la LA, se debe atender a la posesión, al trabajo e inversión, el trabajo por más de dos años y una contraprestación (artículos 57, 58). Mientras que en la LFRA, se atendía, únicamente, al trabajo personal para asignar una parcela (artículo 72).

La LFRA prohibía el empleo de trabajo asalariado por parte de los ejidatarios, excepto por incapacidad, minoría de edad o fuerza mayor —artículo 76—, en caso contrario, el titular perdería los frutos de la unidad de dotación que quedarían en beneficio de los individuos que hubieren trabajado personalmente —artículo 77—. Al paso de que en la LA, desaparece dicha prohibición y, además, permite que las parcelas puedan concederse a terceros, en uso, usufructo, aparcería, mediería, arrendamiento o cualquier acto jurídico permitido por la ley (artículo 79).

En la LFRA, se prevía como primera causal de pérdida o suspensión de derechos ejidales sobre las tierras, excepto los solares urbanos, el que se hubiese dejado de trabajar, personalmente, la tierra o con su familia, durante dos años o más o un año, respectivamente (artículos 85, 87), mientras que en la LA, la calidad de ejidatario se pierde por prescripción negativa (artículo 20, fracción III).

Por lo que se refiere a las comunidades, que son mayoritariamente, indígenas, la LA permite a la comunidad como tal ceder, temporalmente, el uso y disfrute de sus bienes a terceros para su mejor aprovechamiento

(artículo 100), y al comunero en lo particular, le permite ceder sus derechos parcelarios a familiares y a vecindados (artículo 101).

Como único resabio de esta unidad de trabajo personal y propiedad, la LA concede el derecho del tanto para adquirir, en primera enajenación, las parcelas que el titular quiera vender, a quien las haya trabajado por más de un año (artículo 84).

La separación de la propiedad y del trabajo personal que instaura la nueva ley, en la propiedad ejidal, va a contrapelo de una tradición secular en las concepciones de los planes revolucionarios, desde la independencia hasta la revolución. Sólo citaremos tres ejemplos que nos parecen relevantes y significativos. El 2 de noviembre de 1813, José María Morelos y Pavón, en el Proyecto para la Confiscación de Intereses de Europeos y Americanos, Adictos al Gobierno, en su medida séptima decía:

Deben también inutilizarse todas las haciendas grandes, cuyos terrenos laboríos pasen de dos leguas cuando mucho, porque el beneficio positivo de la agricultura consiste en que muchos se dediquen con separación a beneficiar un corto terreno que puedan asistir con su trabajo e industria y no en que un solo particular tenga mucha extensión de tierras infructíferas, esclavizando millares de gentes para que las cultiven por fuerza en la clase de gañanes y esclavos, cuando pueden hacerlo como propietarios de un terreno limitado con libertad y beneficio suyo y del público.<sup>10</sup>

A pesar de algunas exageraciones, surgidas al calor de la guerra de independencia, se observan aquí las causas de la necesidad de que la propiedad de la tierra debe coincidir con el que la trabaja, es decir, la necesidad de evitar la explotación del trabajo ajeno y la desapropiación del producto del trabajo propio, que es de donde viene, incluso, el concepto mismo de propiedad. Por su parte Ponciano Arriaga, en su voto particular en el Congreso Constituyente de 1856, en la sesión del día 23 de junio de 1856, proponía, dentro de un proyecto de ley: “El derecho de propiedad se perfecciona por medio del trabajo. Es contrario al bien público y a la índole del gobierno republicano, la existencia de grandes posesiones territoriales en poder de una o de pocas personas”.<sup>11</sup>

Y efectivamente, la propiedad sólo puede ser fruto del trabajo propio y no del trabajo ajeno, ya que entonces se transforma en su contrario, es decir, en la desapropiación, en la proletarización de los productores directos. Y

<sup>10</sup> Citado por Lemus García, Raúl. *op. cit.*, *supra*, nota 3, Porrúa, México, 1991, p. 126.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 153.

finalmente, la ley agraria de la Convención de Aguascalientes, es decir, la Ley Agraria Zapatista del 25 de octubre de 1915, establece en su artículo 25: "El propietario de un lote está obligado a cultivarlo debidamente, y si durante dos años consecutivos abandonare ese cultivo sin causa justificada, será privado de su lote, el cual se le adjudicará a quien lo solicite".<sup>12</sup>

La ley agraria zapatista es la más avanzada en este sentido, pues prevía, además la compactación voluntaria de las parcelas de las personas que se dediquen directa y exclusivamente al cultivo de la tierra (artículo 28), y declara inenajenables e inembargables (artículo 14) y sólo transmisibles por sucesión los bienes cedidos por el gobierno a los agricultores (artículo 15). De manera que ya Zapata había encontrado una solución mucho más adecuada al problema agrario mexicano que la propuesta por muchas leyes posrevolucionarias y, en especial, mucho mejor que la vigente.

Esta vinculación del trabajo personal y de la propiedad, establecido hasta antes de la entrada en vigor de la nueva normatividad agraria, presupone el principio básico de la definición clásica de justicia: darle a cada uno lo que le corresponde, porque lo que le corresponde a cada uno, es decir, la propiedad, sólo se puede determinar por el trabajo propio. Es este el concepto de justicia que los reformadores están dejando de lado, al proponer como solución a la improductividad del minifundismo que la propiedad individual del producto y del instrumento del trabajo, propicia, la disvinculación del trabajo y de la propiedad. Es decir, por resolver la improductividad de la propiedad personal, sacrifican la justicia.

Por lo tanto la función de protección de esta vinculación entre trabajo y propiedad que cumplían las normas agrarias que declaraban a los derechos que sobre los bienes agrarios adquirieran los núcleos de población, como inalienables, imprescriptibles, inembargables e intrasmisibles (LFRA, artículo 52) y a los derechos del ejidatario sobre la unidad de dotación sólo como inalienables e inembargables (LFRA, artículo 75), deja de tener sentido en la nueva LA, pues al desaparecer el elemento mínimo de la justicia agraria, las limitaciones a la propiedad ya no pueden conservarse como regla general, y sólo se conservan en algunos casos particulares. Veamos en que medida esto es cierto.

La LA divide las tierras ejidales en: tierras para el asentamiento humano, tierras de uso común y tierras parceladas (artículo 44). Las tierras parceladas pueden enajenarse entre ejidatarios, mediante acuerdo escrito de las partes

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 231.

ante testigos y la notificación al RAN (artículo 80), sin que las tierras salgan del régimen de propiedad ejidal. En este caso, la concentración de tierras no podrá exceder al 5% de las tierras del ejido ni a los límites de la pequeña propiedad. Estos límites son en realidad ilusorios para los efectos de la justicia agraria pues, en el primer caso, las tierras parceladas de cualquier ejido pueden ser controladas por veinte ejidatarios, independientemente del número original de ejidatarios y de la superficie de las tierras dotadas, que muy bien pueden ser los vecindados habilitados como ejidatarios y los mismos veinte que pueden solicitar la celebración de las asambleas al comisariado y a la PA (artículo 24). Por lo que se refiere a los límites de la pequeña propiedad ya veremos lo ilusorios que resultan, en el siguiente capítulo.

Para enajenar las tierras parceladas a terceros, se requiere resolución de la asamblea, baja del RAN y alta en el Registro Público de la Propiedad (artículo 82), con lo cual las tierras parceladas salen del régimen de propiedad ejidal. En este momento, puede verse muy claramente, cual va ser el camino y, tal vez, el camino previsto para privatizar el ejido. Primero, veinte vecindados adquieren por precipción, por mejoras o por contraprestación, derechos ejidales; segundo, van adquiriendo, por distintos medios económicos o extraeconómicos el 5% de las parcelas ejidales cada uno; tercero, destituyen al comisariado ejidal, en cualquier momento y por cualquier motivo; cuarto, convocan a la asamblea; quinto, declaran la insubsistencia del ejido, sexto, una vez, privatizado el ejido, los más poderosos entre ellos, acaparan las tierras otrora ejidales y séptimo, contratan, como mano de obra barata, por la escasez de tierras, a los campesinos que, en otro tiempo, fueron ejidatarios. Y de este modo, a través de múltiples mediaciones, se separa el trabajo de la propiedad y a la propiedad del trabajo.

Las tierras de uso común se declaran inalienables, imprescriptibles e inembargable, en principio (artículo 74) excepto cuando la asamblea decida transmitirle el dominio de ellas a sociedades mercantiles y civiles en las que el ejido o los ejidatarios formen parte, previa opinión de la PA y previo avalúo de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales o de cualquier institución de crédito, con la estipulación de que, en caso de liquidación de la sociedad, el ejido o los ejidatarios tendrán preferencia para recibir como pago, las tierras, en concepto de lo que les corresponda del haber social (artículo 75). Este también puede ser una manera de privatizar las tierras

ejidales, pues la preferencia en la liquidación con tierras, está condicionado a que éstas existan en el haber social, y muy bien pueden no existir, por habersele embargado a la sociedad dichas tierras aportadas por el ejido, las cuales, pueden ir a parar a los mismos vecindados disfrazados de ejidatarios que pudieron haberlas hipotecado a su favor. Son estas puras suposiciones, pero que caben dentro de los supuestos normativos contemplados por la ley.

Las tierras para el asentamiento humano se dividen en tierras destinadas a los servicios públicos que son inalienables, imprescriptibles e inembargables y en tierras para solares urbanos que son de plena propiedad de sus titulares (artículos 64, 68; la LFRA, en su artículo 96, consideraba a los solares como de pleno dominio de los ejidatarios, una vez cubierto el precio).

Por otra parte, la posibilidad real de disolución del ejido es ocultada por la ideología jurídica de la elevación a rango constitucional del ejido y de la comunidad indígena. Sin ninguna necesidad jurídica y sin ninguna consecuencia deóntica,<sup>13</sup> la fracción VII del nuevo artículo 27 constitucional establece:

Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas...La ley, considerando el respeto y el fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores.

El hecho de que se reconozca, en el texto constitucional la personalidad jurídica al ejido y a la comunidad, no tiene ninguna consecuencia normativa, pues no agrega nada, jurídicamente relevante, al otorgamiento de personería jurídica que la LFRA, en su artículo 23, les concedía. Este discurso constitucional, no deóntico, ha tenido, sin embargo, una función ideológica importante para ocultar el desmembramiento, ese sí deóntico, del ejido.

<sup>13</sup> Correa, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993, p. 115: "Llamaremos *sentido deóntico* del discurso del derecho al sentido que se puede encontrar en los enunciados del discurso del derecho mediante el análisis de los mismos, a la luz de cualquiera de los tres operadores deónticos (permisión, prohibición, obligación)... Utilizaremos la expresión *sentido ideológico del derecho* para denotar la presencia de otros sistemas significantes, en un discurso cuya función, al menos aparentemente, es sólo la de dar el sentido del deber a las conductas de los ciudadanos".

Por otra parte, la declarada protección de la propiedad ejidal, es, así mismo, puro discurso ideológico, pues oculta el camino o el proceso deóntico previsto para privatizar el ejido, como ya hemos visto, al suprimir las limitaciones a la propiedad ejidal que ancestralmente se le habían impuesto, deónticamente, aunque no siempre, empíricamente.

Del mismo modo, la declaración de que deberán proveerse acciones de fomento para elevar el nivel de vida de los integrantes de los ejidos no es más que el discurso ideológico-jurídico que oculta la desaparición de todas las preferencias y garantías, para los ejidos y las comunidades en asesoría técnica (artículo 148), en créditos (artículo 155), en comercialización (artículo 174), organización (artículo 188), entre otras, que establecía el libro tercero de la LFRA; para ser substituido, en la LA, por 5 insuficientes artículos de fomento y apoyo indiferenciado al “sector rural” (artículo 4º) que permitan la “capitalización” del campo (artículo 6º).

No es gratuito que con estas abstracciones (fomento al sector rural y capitalización del campo) se oculte la disvinculación de la propiedad agraria ejidal con el trabajo personal porque, en primer lugar, capitalizar el campo, es decir, establecer relaciones capitalistas en el campo ejidal, requiere “la disociación entre el productor y los medios de producción”, para establecer relaciones de trabajo asalariado en condiciones de mercado de mano de obra barata para las inversiones. En segundo lugar, porque el fomento al sector rural, significa la creación de las precondiciones materiales para la reproducción de las relaciones de producción capitalista, por parte del estado. Métodos ambos que pueden ser caracterizados por lo que Marx llamaba el proceso de acumulación originaria del capital.<sup>14</sup>

Para establecer esta ideología jurídica, contribuyeron, paradójicamente, algunos estudios críticos previos, certeros pero unilaterales (la unilateralidad es un aspecto de la abstracción y ésta de la ideología: Hegel) sobre el ejido colectivo que, según dichos estudios, en la realidad constituía “una forma disfrazada de pequeña propiedad privada corporativizada”,<sup>15</sup> que también separaba el trabajo personal de la apropiación real.<sup>16</sup> Pero lo que no se tomó en cuenta fue que, deónticamente, la propiedad ejidal es un obstáculo para el establecimiento de relaciones capitalistas en el

14 Marx, *El capital*, México, FCE, 1979, t.I, p. 608.

15 Ibarra Mendivil, Jorge Luis, “Relaciones de trabajo y propiedad en el ejido colectivo”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 8, UAP, 1988, p. 135.

16 *Ibidem*, p. 134.



campo, que requieren de una regularidad jurídica automática, por lo que la propiedad ejidal era y es un punto de partida para superarlas. No destacar esta unilateralidad en la crítica del ejido tradicional impidió una defensa normativa efectiva contra la implantación de las reformas.

Otra ideología jurídica que oculta la subordinación de la justicia a la productividad, en el régimen de propiedad ejidal actual, lo constituye la declaración de la también fracción VII del artículo 27 constitucional: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos étnicos”. Esto es así, porque, a pesar de que el artículo 99, fracción III, de la LA, declara inalienables, imprescriptibles e inembargables los bienes comunales de los grupos indígenas, la misma LA posibilita, en primer lugar, la cesión de los derechos parcelarios comuneros a los avocindados (artículo 101), en segundo lugar, permite a la comunidad sus bienes a terceros, aunque sea temporalmente (artículo 100), en tercero, permite transmitir las áreas de uso común a sociedades mercantiles y civiles (artículo 100) y cuarto, permite optar por el régimen ejidal, el cual como, ya vimos, puede llevar a su privatización o desintegración (artículo 104).

#### IV. LA DESAPARICIÓN DE LA PEQUEÑA PROPIEDAD Y LA IDEOLOGÍA DE LA PROHIBICIÓN DEL LATIFUNDIO

De acuerdo al anterior artículo 27 constitucional y a la LFRA, podía caracterizarse a la pequeña propiedad por los siguientes elementos: por el límite espacial, por su explotación y por el efectivo fraccionamiento del provecho. Analicemos cada uno de ellos, comparando la normatividad anterior con la actual.

Los límites jurídicos de la pequeña propiedad, aparentemente, no variaron, substancialmente, en el paso de una normatividad a otra: la pequeña propiedad agrícola no podrá exceder de 100 hectáreas (Hs) de riego o humedad de primera o sus equivalentes en otro tipo de tierras, de acuerdo a que una de riego se computará por dos de temporal, por cuatro de agostadero de buena calidad y por ocho de monte o agostadero de mala calidad (LA, artículo 117; LFRA, artículo 249). Esta es la regla general para la propiedad agrícola. Prescindiremos de la pequeña propiedad con cultivos específicos, que tampoco varió, substancialmente.

De igual modo se mantienen también los límites de la pequeña propiedad ganadera: la superficie que no exceda de la necesaria para mantener hasta quinientas cabezas de ganado mayor o su equivalente en menor, de acuerdo

al coeficiente de agostadero (LA, artículo 120; LFRA, artículo 249, fracción IV). El único cambio importante en este punto es que en la LFRA, el coeficiente de agostadero sería de cada predio, y en la LA, será un coeficiente ponderado de la región.

La LA introduce la pequeña propiedad forestal cuyo límite será de 800 Hs. (artículo 119) que en la LFRA, correspondía a la pequeña propiedad agrícola de monte o de agostadero de mala calidad. La LA prescinde de la pequeña propiedad agropecuaria que la LFRA establecía, para determinar su límite, la proporcionalidad entre la parte agrícola y la parte ganadera para no exceder los límites de la pequeña propiedad en su conjunto (artículo 258).

A primera vista, entonces, no se justificaría el subtítulo de este capítulo, al menos con lo que respecta al ámbito espacial de la pequeña propiedad que ha quedado prácticamente igual, en ambos ordenamientos. Sin embargo, analizaremos con más detalle. Nos fijaremos en tres aspectos: la computación de equivalencias, la desfederalización del control de la pequeña propiedad y las consecuencias jurídicas que acarrea el exceso por encima del límite.

Con respecto del cómputo de las diferentes clases de pequeña propiedad, la LA no es clara en el sentido de determinar si un solo individuo puede poseer los tres tipos de pequeña propiedad hasta el límite de cada una o si se debe computar, proporcionalmente, cada superficie de cada tipo para que, en conjunto, no se rebase el límite de la pequeña propiedad en general (artículo 115). En la LFRA, aunque tampoco era del todo claro como debería realizarse este cómputo, existía, al menos, la presuposición, derivada de la regulación de la pequeña propiedad agropecuaria (artículo 258), de que deberían computarse las extensiones de cada tipo de pequeña propiedad, en los términos que, proporcionalmente, equivalieran a los de otros tipos de pequeña propiedad que se tuvieran, de modo que, también proporcionalmente, no se excedieran los límites de la pequeña propiedad en general. Por ejemplo, si alguien tenía 50 hs. de tierras de riego, es decir, el 50% del límite de la pequeña propiedad agrícola, sólo tendría derecho hasta el 50% de la superficie límite de la pequeña propiedad ganadera, es decir, hasta la superficie necesaria para mantener 250 cabezas de ganado mayor, de acuerdo al coeficiente de agostadero. En cambio, de conformidad con la LA, nada impide interpretar que los límites de la pequeña propiedad no se exceden si se poseen extensiones que, computadas en conjunto proporcionalmente, rebasan los límites de la pequeña propiedad, en su

conjunto, por la razón de que, consideradas, separadamente, no sobrepasan los límites de cada tipo de pequeña propiedad. Así por ejemplo, una misma persona puede tener en propiedad hasta 100 hs. de riego más las hs. necesarias para mantener hasta 500 cabezas de ganado mayor, más 800 Hs. forestales. Lo cual sería, perfectamente legal, pero, sólo forzando el sentido de las palabras, podría considerarse a tal superficie total como una auténtica pequeña propiedad.

Mas si la cuestión de los límites de la pequeña propiedad es una cuestión debatible en la LA, los mecanismos para controlar que no se rebasen esos límites se encuentran muy debilitados en este ordenamiento, lo cual puede hacer de esta institución agraria una mera ficción jurídica. Veamos. De acuerdo a la LFRA (artículo 446, fracción VII) deberían inscribirse en el RAN los certificados de inafectabilidad, que eran los documentos que demostraban que la extensión del predio que amparaban se encontraban dentro de los límites de la pequeña propiedad (artículo 257) y era, en consecuencia, inafectable. Y para que pudiera otorgarse este certificado, era necesario obtener un informe del propio RAN en el cual se hiciera constar que el solicitante del certificado no poseía, en cualquier parte del país, otras fincas rústicas cuyas superficies sumadas a la del predio cuya inafectabilidad se solicitaba, no rebasaban los límites de la pequeña propiedad (artículo 353). De este modo se controlaban los límites de la pequeña propiedad en todo el país, pues el RAN tenía una competencia federal en esta materia, es decir, comprendía a todo el territorio nacional.

Ahora, con la LA, al haberse decretado el fin del reparto agrario, se suprimió el procedimiento de dotación de tierras y, por lo tanto, desapareció la figura de la afectación de las superficies excedentes de los límites de la pequeña propiedad y, en consecuencia, se hizo innecesario el otorgamiento de certificados de inafectabilidad y, con ello, desapareció el control nacional de los excedentes de la pequeña propiedad que, al ser de competencia estatal, sólo se inscriben en los registros públicos locales y ya no en el RAN en donde sólo se inscriben actos y documentos relacionados con bienes ejidales y comunales así como con sociedades mercantiles agrarias (artículos 148, 151, 155).

De este modo, un mismo individuo puede poseer, en principio, una pequeña propiedad (o tres, una de cada tipo) en cada entidad federativa sin que haya ningún mecanismo sistemático para detectarlo y obligarlo a fraccionar que es el procedimiento previsto por la LA para sustituir a la

afectación agraria que en un momento veremos. Y aunque se establece la obligación de las autoridades locales y municipales de proporcionar al RAN la información estadística, documental, técnica, catastral y de planificación que éste requiera para el mejor desempeño de sus funciones (artículo 154), no están obligados ni podrían estarlo para notificar los actos jurídicos que sobre bienes agrarios privados individuales se inscriban en dichos registros locales (artículo 156, a *contrario sensu*).

Por otro lado, las facultades que se conceden a la PA para investigar y denunciar los casos en que se presume la existencia de prácticas de acaparamiento o concentración de tierras excedentes (artículo 136, fracción VIII), aunque pudiera ser un remedio parcial a este relajamiento del control registral, sólo podrá ser eventual y no sistemático, como lo era en el caso de los procedimientos de dotación. Y, en el caso de que se llegara a detectar la existencia de dos o más pequeñas propiedades de un mismo individuo en distintas entidades federativas que, sumadas sus superficies, excedieran los límites señalados, ninguna autoridad local podría tener la competencia para obligarlo a fraccionar ni vender la propiedad que se encontrara fuera de su jurisdicción territorial, ni tampoco la que se encontrara dentro de ella, pues con respecto a ésta, se encuentra dentro de los límites señalados para la pequeña propiedad en la LA.

Continuando todavía con el elemento de los límites de la pequeña propiedad, en el caso de que se llegaran a detectar los excedentes de la pequeña propiedad, el procedimiento establecido tanto por nuevo artículo 27 constitucional (fracción XVII) así como por la LA (artículo 124) es el del fraccionamiento de los mismos por parte de su propietario, dentro del plazo de un año a partir de la notificación correspondiente. En caso de no hacerlo así, la venta se hará en almoneda pública, todo ello de conformidad con los procedimientos y por las autoridades que establezcan las leyes locales que expidan las legislaturas de los estados.

La probable eficacia de este procedimiento sería muy reducida porque, en primer lugar, no existe ya un control registral a nivel nacional de las pequeñas propiedades; en segundo lugar, por que no se establece ningún plazo, ni ninguna sanción para que las legislaturas locales expidan las leyes de fraccionamientos, respectivas; en tercer lugar, por la tradicional poca efectividad que han tenido las leyes de fraccionamientos locales en el pasado, debido a la influencia determinante de intereses también locales; en cuarto lugar, por la posibilidad de que los excedentes se encuentren fuera

de la jurisdicción de la entidad federativa en donde se pretenda hacer el fraccionamiento; en quinto lugar, porque no se conoce, hasta la fecha, la expedición de alguna ley local de fraccionamientos, derivada de la nueva normatividad agraria, ni mucho menos la eficiencia de los procedimientos respectivos y, en sexto lugar, porque no se sabe de casos concretos en que haya habido algún fraccionamiento. Es de temerse que, si en el futuro llegaran a expedirse dichas leyes, la eficacia de las mismas sería muy limitada, dada la teleología de dar “certidumbre jurídica en el campo” que informa a todas las reformas agrarias que presuponen, que ya no existen excedentes de la pequeña propiedad que repartir,<sup>17</sup> lo cual es muy fácil extrapolar hacia el futuro, sobre todo si los posibles adquirentes preferentes (núcleos de población, municipios, estados y federación: LA, artículo 124), que serían los más interesados en hacer la denuncia, no cuentan con recursos suficientes o no tengan interés para adquirirlos.<sup>18</sup>

Otro elemento implícito en el concepto de pequeña propiedad, en la normatividad derogada, la característica era que debería encontrarse en explotación, bajo la pena de afectación si no lo estaba por más de dos años (anterior artículo 27 constitucional, fracción XV y LFRA, artículo 251), fue suprimido, tanto en el texto constitucional como en el de la norma secundaria, para poner en su lugar, la declaración, puramente, ideológica pero no deóntica o normativa, de la prohibición de los latifundios (artículo 27 constitucional, fracción XV y artículo 115 de la LA).

Esta supresión contradice los objetivos y las razones aducidas para justificar las reformas a la normatividad agraria, esto es, al propósito de aumentar la productividad del sector rural.<sup>19</sup> No se concibe que una reforma que quiere impulsar la productividad en el campo, suprima la obligación de mantener a la pequeña propiedad en explotación, a menos de que lo que en realidad se busca es impulsar, no la productividad del agro nacional para beneficio de todo el país, sino la rentabilidad de las inversiones privadas de capital, rentabilidad a la que no sólo se subordina la justicia agraria sino la propia productividad, de acuerdo a las necesidades no de la economía como un todo, sino a las de ganancia del capital agropecuario que depende del nivel de los precios de los productos del campo, los que a su vez están

17 Iniciativa presidencial, en *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 84.

18 Las dificultades para aprobar el proyecto de la Ley de Justicia Agraria en el Estado de Chiapas, elaborado a raíz del conflicto armado en esa entidad es paradigmático de las posibilidades de que se lleve a cumplir esta disposición constitucional en todas las entidades federativas del país.

19 Iniciativa presidencial, en *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 81-83.

determinados por el nivel de saturación de los mercados, de modo que el cultivo de las tierras dependerá, no de una ley jurídica sino de la ley de la oferta y la demanda.

Es en la supresión de este elemento de la pequeña propiedad, donde se ve más, claramente, la subordinación de la justicia, no ya a la productividad, que se revela, así, como una ideología económica que oculta el verdadero interés de las reformas, sino a la rentabilidad de los capitales. Y, en consecuencia, se desvanece, en gran medida, la función social de la propiedad, proclamada por el mismo artículo 27 constitucional, en su tercer párrafo, donde dice que el estado tendrá el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público para evitar los daños que la propiedad pueda sufrir, en perjuicio de la sociedad.

De esta manera, los propietarios “pequeños” pueden dejar de producir, no ya por los motivos de venganza personal que tenía Pedro Páramo para dejar morir a Comala de hambre, sino para especular en el mercado con los precios de los productos agrícolas, lo cual, claramente, no sólo puede perjudicar a la sociedad y a la propiedad misma, sino que puede dejar morir de hambre a poblaciones más grandes que Comala.

Por último, vamos a hacer referencia, brevemente, a la característica que tenía la pequeña propiedad, consistente en que no derivara de un fraccionamiento en el que hubiera concentración del provecho o acumulación de beneficios provenientes de la explotación de diversas fracciones, en favor de una sola persona (LFRA, artículo 210, fracción III, inciso b). Como era de esperarse, esta exigencia de la antigua pequeña propiedad que pretendía evitar la simulación de pequeñas propiedades, desaparece en la nueva normatividad agraria y, por lo tanto, dicha simulación se puede constituir en uno de los mecanismos mediante los cuales la pequeña propiedad se salga del sentido normativo y empírico y penetre en el reino de las ficciones y de las fábulas, a que es tan proclive el lenguaje jurídico.

Para concluir este capítulo, podemos decir que la declaración de la prohibición del latifundio y la del fomento de la productividad del campo mexicano, son dos ideologías, jurídica y económica, que ocultan la desaparición de la auténtica pequeña propiedad y la subordinación de la justicia a la rentabilidad del capital agrícola, pues carecen del referente normativo y fáctico que a la anterior normatividad le daba el procedimiento de dotación de tierras y afectación de excedentes, alrededor del cual se efectuaba, privilegiadamente, la lucha de los campesinos por la tierra. Esto fue posible,

entre otros factores, porque nunca se conceptualizó al reparto agrario como un proceso que, por la constante necesidad de tierras por parte de los campesinos y por la constante tendencia de la propiedad capitalista agraria a transformarse en latifundio, tal y como lo atestigua el proceso de conformación de la Media Luna de Pedro Páramo que, es una metáfora de la historia del problema agrario en México,<sup>20</sup> y tal como lo veremos en el análisis de las sociedades mercantiles agrícolas en el próximo apartado, no podía dejar de caracterizarse como permanente.

#### V. LAS SOCIEDADES MERCANTILES AGRARIAS Y LA IDEOLOGÍA DE LAS ACCIONES "T"

Sin duda otro de los temas más debatidos, dentro de las reformas a la normatividad agraria, lo fue el de permitir a las sociedades mercantiles adquirir y administrar bienes agrarios. Esta reforma rompió con otra de las tradiciones agrarias que se remontaban a la redacción original del artículo 27 constitucional, que prohibía, terminantemente, a las sociedades mercantiles por acciones adquirir, poseer o administrar fincas rústicas (artículo 27, fracción IV). Para justificar, tan trascendental cambio, la iniciativa presidencial argumentó que tal medida era necesaria para "dar capacidad a los productores de vincularse efectivamente en las condiciones del mercado" y para "estimular la compactación y las asociaciones en cada uno de los tipos de propiedad y entre ellos, para asegurar su capitalización y su viabilidad".<sup>21</sup>

20 "...Te digo que si el maíz de este año se da bien, tendré con que pagarte. Ahora que si se me echa a perder, pues te aguantas. No te exijo. Ya sabes que he sido consecuente contigo. Pero la tierra no es tuya. Te has puesto a trabajar en terreno ajeno. ¿De dónde vas a conseguir para pagarme?" "¿Y quién dice que la tierra no es mía?" "Se afirma que se la has vendido a Pedro Páramo". "Yo ni me te he acercado a ese señor. La tierra sigue siendo mía". "Eso dices tú. Pero por ahí dicen que todo es de él". "Que me lo vengan a decir a mí". "Mira, Galileo, yo a ti, aquí en confianza, te aprecio. Por algo eres el marido de mi hermana. Y de que la tratas bien, ni quien lo dude. Pero a mí no me vas a negar que vendiste las tierras". "Te digo que a nadie se las he vendido". "Pues son de Pedro Páramo. Seguramente él así lo ha dispuesto. ¿No te ha venido a ver don Fulgor?" "No. Seguramente mañana lo verás venir. Y si no mañana, cualquier otro día". "Pues me mata o se muere; pero no se saldrá con la suya". *Requiescat in paz*: amén, cuñado. Por si las dudas". "Me volverás a ver, ya lo verás. Por mí no te preocupes. Por algo mi madre me curtió bien el pellejo para que se me pusiera correoso". "Entonces hasta mañana. Dile a Felicitas que esta noche no voy a cenar. No me gustaría contar después: «Yo estuve con él la vispera». Te guardaremos algo por si te animas a última hora". Se oyó el trastazo de los pasos que se iban entre un ruido de espuelas". Rulfo, Juan. *Pedro Páramo*. México, FCE. 1981, pp. 57-59.

21 Iniciativa presidencial, *op. cit.*, pp., 85-88.

Por su parte, la oposición parlamentaria a las reformas contrargumentó, diciendo que:

si no se establece un límite preciso a la asociación de sociedades mercantiles bajo la forma de consorcios denominados "holdings", ésto puede significar de nueva cuenta un gigantesco proceso de desposesión de las tierras, de las comunidades y de los pueblos en condiciones nunca vistas...<sup>22</sup>

Vemos aquí, nuevamente, la contraposición entre la justicia agraria y la productividad o entre la justicia y la rentabilidad. La resultante de esta confrontación fue la modificación de la iniciativa, en el sentido de establecer, en el texto constitucional, la limitación de que la extensión máxima que podrían poseer estas sociedades sería la equivalente a veinticinco veces la pequeña propiedad, remitiendo a la ley reglamentaria la regulación de la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, así como la regulación de la intervención extranjera y los medios de registro y de control para que "toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos" sea "acumulable para efectos de cómputo" "a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no exceden en relación a cada socio los límites de la pequeña propiedad" (artículo 27, fracción IV).

Parece ser, pues, que en este punto, la nueva normatividad agraria logra resolver el conflicto entre justicia y productividad o rentabilidad. Veamos sin embargo, el detalle de la regulación de esta institución en la LA. De acuerdo al artículo 126 de la LA, los requisitos para que las sociedades mercantiles o civiles puedan tener en propiedad tierras agrícolas, ganaderas o forestales son los siguientes: no exceder su extensión, del equivalente a veinticinco veces los límites de la pequeña propiedad individual; tener como socios a tantos individuos como veces se rebasen los límites de la pequeña propiedad; su objeto deberá ser, directamente relacionada con actividades agrícolas, ganaderas o forestales y su capital social deberá ditinguir

una serie especial de acciones o partes sociales identificada con la letra T, la que será equivalente al capital aportado en tierras agrícolas, ganaderas o forestales o al destinado a la adquisición de las mismas, de acuerdo con el valor de las tierras al momento de su aportación o adquisición.

22 Dip. perredista Jorge Alfonso Calderón Salazar, en *op. cit., supra*, nota 5, p. 151.



Son las acciones T, el instrumento principal de control sobre los límites de la pequeña propiedad individual accionaria, puesto que, ningún individuo podrá detentar más acciones T de una o varias sociedades emisoras que las que equivalgan a dichos límites, ya sea directamente o a través de otra sociedad (artículo 129, primer párrafo). De igual modo, con las acciones T se pretende controlar los límites de la pequeña propiedad societaria, prohibiendo a cualquier sociedad detentar más acciones T de una o varias sociedades emisoras que equivalgan a una superficie superior a veinticinco veces la pequeña propiedad individual (artículo 129, segundo párrafo). Por último, también por medio de las acciones T se quiere controlar la participación extranjera en el dominio de tierras, pues sólo podrá representar al 49% de las acciones T.

Para hacer efectivas estas prohibiciones, la LA establece que el RAN deberá tener una sección especial en la que se inscriban, obligatoriamente, las sociedades de que se trata; las superficies, linderos, colindancias y clase de tierras; los individuos tenedores de las acciones T; las sociedades tenedoras de acciones T de las sociedades emisoras y los demás actos y documentos necesarios para vigilar el cumplimiento de la LA (artículo 131).

Por lo que se refiere al procedimiento de fraccionamiento de excedentes de la pequeña propiedad societaria, la Secretaría de la Reforma Agraria (SRA) ordenará que se realice aquél en el plazo de un año, si no se hace así seleccionará las tierras que deban venderse y notificará a la autoridad correspondiente que aplique el procedimiento local de fraccionamiento previsto para los excedentes de la pequeña propiedad individual (artículo 132). Por lo que se refiere al fraccionamiento de los excedentes de la pequeña propiedad individual representada por acciones T se procederá conforme al procedimiento local de fraccionamiento de excedentes previsto para el fraccionamiento de excedentes de la pequeña propiedad individual no representada por acciones T (artículo 133).

Como se ve, del análisis de estas disposiciones, todo el control de la pequeña propiedad accionaria gira alrededor de las acciones T, de modo que si su naturaleza jurídica no es idónea para permitir este control, todos los mecanismos ideados para ello resultarán ineficaces y las acciones T resultarán en una verdadera ideología jurídica que oculte y legitime la concentración de tierras por parte de unos cuantos individuos, mediante esos mismos mecanismos.

Por principio de cuentas debemos tomar en cuenta que son aplicables aquí, las observaciones que hicimos a la pequeña propiedad individual, en el sentido de que sus límites quedan delimitados por la indeterminación de la proporción en que se puede poseer cada tipo de la misma. De manera que, si ya la pequeña propiedad individual legal, puede constituir un latifundio real, con mucho mayor razón lo puede llegar a constituir una pequeña propiedad societaria que multiplica sus límites por veinticinco, a pesar de que tenga o pueda tener veinticinco socios. Esto es así por la razón de que las sociedades anónimas por acciones son un instrumento idóneo para el control de un gran conjunto de pequeños capitales incluida la tierra, por parte de unos cuantos individuos. Desde este punto de vista, no es tan relevante, pues, que se establezca una relación entre el número de socios y el número de veces en que la superficie de tierras representada por acciones T rebase el límite de la pequeña propiedad individual, sino la relación que existe entre el capital social en tierras representado en acciones T y el número total de acciones de la sociedad agrícola de que se trate. Por que, si de acuerdo con la LA (artículo 127) las acciones T “no gozarán de derechos especiales sobre la tierra ni de derechos corporativos distintos de las demás acciones o partes sociales”, bien puede suceder que el valor accionario y los derechos corporativos que las acciones T proporcionen a sus tenedores, ya sea ejidatarios o pequeños propietarios individuales, sea muy inferior al valor y derechos corporativos de los demás tipos de acciones, de modo que el control no sólo de las tierras sino de la orientación, monto y destino de su producción esté controlado y decidido por los accionistas mayoritarios de las acciones distintas a las acciones T, es decir en manos de los socios capitalistas los, que también pueden detentar acciones de este último tipo. En otras palabras, los accionistas no ejidatarios ni los campesinos privados tendrán la “apropiación real” de los medios agrícolas de producción, en terminología marxista, mientras que estos serán separados de sus medios de producción, es decir, serán desapropiados del producto de su trabajo propio y tal vez de su tierra (al tener sólo el derecho de preferencia a que se les liquide con tierras su aportación al haber social, artículo 127 y 75, fracción V, penúltimo y último párrafo), a pesar de detentar la acciones T.

Al no concederse a las acciones T, algunos privilegios, en relación al destino de las tierras, o algunos derechos corporativos paritarios con los de los accionistas mayoritarios o algún porcentaje mínimo en el aprovechamiento de los recursos, las acciones T se convierten en la ideología jurídica

más insidiosa para ocultar y justificar la explotación de los campesinos en su propia tierra. Actualmente, ya no tan sólo no se prohíbe la concentración del provecho sino que se legitima con la ideología y la coartada que proporcionan las acciones T.

Por otro lado, también es válida para este tipo de concentración de la tierra, la observación de que, siendo el procedimiento deóntico para sancionar el acaparamiento más allá de los límites legales, el del fraccionamiento de los excedentes de la pequeña propiedad, tanto individual como societaria, al no existir obligación ni plazo para expedir las leyes locales respectivas, no existe obligación, realmente normativa, para no exceder tales límites, mientras dichas leyes no se expidan ni se apliquen.

Por otra parte, el hecho de que las acciones T no deban contener en su texto el número de hs. que representan y sólo se diga que la serie de acciones T equivaldrá al capital aportado en tierras de acuerdo con su valor al momento de su aportación o adquisición (artículo 126, fracción III), dificulta el control, por parte del RAN, para saber, en un determinado momento, si sus tenedores individuales poseen excedentes de la pequeña propiedad.

A pesar de que el RAN deberá llevar clasificaciones alfabéticas de nombres de individuos tenedores de acciones de serie T (artículo 115, fracción I), si las acciones T son negociables, como la mayoría de las acciones, bien puede suceder que el valor inicial de las mismas no coincida, en un momento dado, con su valor real, ni tampoco, por lo tanto, con la cantidad proporcional de hectáreas que representan, del haber social, en tierras y, en consecuencia, a sus nuevos o a los mismos tenedores pueden corresponderles mayor número de ellas que las señaladas como límite de la pequeña propiedad.

Por ejemplo, si el valor de mercado de las acciones T es mayor que el valor real de las tierras que, proporcionalmente, representan, su tenedor deberá enajenar el número de acciones cuyo valor en conjunto represente una cantidad de tierras superior al límite de la pequeña propiedad (artículo 133), aunque en realidad las tierras representadas no excedan ese límite. Y viceversa, si el valor de mercado de las acciones T es menor que el valor real de las tierras que representan, su tenedor puede adquirir más acciones T de la misma o de distinta sociedad hasta por el valor que, en conjunto, no represente una cantidad de tierras superior al límite de la pequeña propiedad, a pesar de que, en la realidad, las tierras representadas excedan ese límite.

Este puede ser el mecanismo bursátil y administrativo por medio del cual se redistribuya la propiedad agraria, al interior y al exterior de las sociedades, mediante una redistribución de las acciones T que no contengan el número de hectáreas que representan, al variar las proporciones de valor de las segundas con respecto de las primeras.

De cualquier modo, la detección de los excedentes por parte de las autoridades agrarias y la ejecución del fraccionamiento respectivo por las autoridades locales, puede generar infinidad de conflictos que hagan nugatorio no tan sólo el control de tierras sino también la viabilidad del proyecto productivo a que estén destinadas. Si se expresara, en el cuerpo de las acciones T, el número de hectáreas que cada acción puede representar, independientemente del valor de las acciones mismas, podría facilitarse la detección del número de hectáreas que, en cualquier momento, le corresponderían a cada tenedor y, por lo tanto, sería posible obligarles a enajenar las acciones que representen algún excedente. Pero, tal vez también, de este modo se desaliente la inversión y la rentabilidad del capital invertido en tierras, con lo cual se pone de manifiesto, una vez más, que a lo que tienden las reformas no es a la productividad en sí, es decir, entendida como productividad en beneficio de la nación, sino la rentabilidad de los capitales invertidos en tierras cuyos derechos se incorporen en las acciones T.

Claro está, que un estudio de todas las consecuencias posibles de esta institución agraria, implicaría además de un trabajo mucho más detenido, un análisis de campo, para determinar la validez empírica y dogmática de las observaciones hechas con anterioridad, lo cual está muy por encima de los propósitos del presente trabajo. Ya para terminar, no queremos dejar de señalar que al haber olvidado las razones por las que, históricamente, nunca se permitió que las sociedades mercantiles por acciones adquirieran y poseyeran tierras agrarias, es decir, por haberse olvidado que las sociedades anónimas son las ficciones jurídicas preferidas para ocultar los mecanismos de concentración y de control de capitales, a partir de la titularidad de un porcentaje muy bajo de acciones, pero siempre decisivo en la toma de decisiones, el límite del 49% para que los extranjeros adquieran las acciones T, y la nulidad de los actos que pretendan simular la tenencia de las mismas (LA: artículos 130 y 133 in fine), se constituirán, en verdaderos mecanismos ideológicos que oculten y justifiquen el control del capital extranjero y la utilización de los llamados “prestanombres”, para constituir verdaderos latifundios por acciones.

## VI. LA NUEVA DESIGUALDAD PROCESAL Y LA IDEOLOGÍA DE LA NEUTRALIDAD DE LA PROCURADURÍA AGRARIA

En este último capítulo trataremos de demostrar que la aplicación de principios de derecho privado, no tan sólo en el aspecto sustantivo sino, fundamentalmente, en el aspecto procesal del nuevo derecho agrario, retrotrae a la nueva normatividad agraria a la ideología de la igualdad de las partes, que oculta las desigualdades reales de los sujetos de derecho y que es ocultada, a su vez, por otra ideología que se le empalma y que es la neutralidad de la Procuraduría Agraria.

Antes de analizar el nuevo juicio agrario, recordemos como han quedado estructuradas las nuevas autoridades agrarias. La SRA ha quedado, totalmente, fraccionada en cuanto a las funciones que antes desempeñaba: la impartición de la justicia jurídica agraria es ahora competencia de los tribunales agrarios que se encuentran estructurados en un Tribunal Superior Agrario y los tribunales unitarios agrarios. Estos conocen de los conflictos agrarios entre ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios, avecindados y sociedades (artículo 18, Ley orgánica de los tribunales agrarios: LOTA), mientras que el primero, conoce de esos asuntos en revisión (LOTA, artículo 9º).

Las facultades de procuración y asesoría agraria que tenía la SRA, le han sido asignados a la Procuraduría Agraria que es la “encargada de la defensa de los ejidatarios, comuneros,...ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avecindados y jornaleros agrícolas” (artículo 135, LA), entre otras funciones. Las atribuciones de la SRA para organizar la producción ejidal y comunal está siendo transferida, paulatinamente, a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH) y las funciones registrales se han desconcentrado en el RAN (artículo 148, LA). Se puede prever que, por estas razones, la SRA tiende a desaparecer como tal, y el ejercicio de las funciones que todavía tiene, las podrá realizar como una dirección de la SARH.

Utilizaremos para el estudio del juicio agrario, la comparación de la operación de los principios procesales más importantes, tanto en el juicio agrario, como en los procedimientos agrarios de la LFRA y el juicio civil.

Empecemos con el principio de oralidad del proceso. Bajo la vigencia de la LFRA y demás leyes anteriores, los procedimientos agrarios eran, fundamentalmente escritos,<sup>23</sup> mientras que el nuevo juicio agrario de la LA,

<sup>23</sup> Chávez Padrón, Martha, *El proceso social agrario y sus procedimientos*, México, Porrúa, 1976, p. 76.

a semejanza del juicio ordinario civil (Código de Procedimientos Civiles (CPC), artículos 391 y ss.) es predominantemente, oral (artículo 178). Lo cual puede agilizar el proceso, pero en detrimento de la seguridad jurídica de los ejidatarios y comuneros debido a su falta de preparación y de conocimientos generales y a la falta de conocimiento del sentido técnico del lenguaje jurídico procesal.

Por lo que se refiere al principio de inmediación procesal, el nuevo juicio agrario prevé la libre intervención del magistrado del tribunal agrario en la audiencia (artículo 185, fracción IV, LA), tal y como sucede en el juicio civil (CPC, artículos 60, 395), mientras que en los procesos de la LFRA, no había inmediación de los órganos decisores pero sí entre los órganos preparadores y ejecutores. Las evidentes ventajas del nuevo juicio agrario están, sin embargo condicionadas a muchas circunstancias en cada caso, entre las cuales es importante la ideología de los magistrados y las presiones a que se encuentran expuestos bajo este principio.

Por lo que se refiere al principio de concentración procesal, en el juicio agrario, todo el proceso se concentra en una audiencia en la que se exponen y desahogan las pruebas, se formulan alegatos y se pronuncia sentencia (artículo 185, fracción III, LA), mientras que en los procedimientos agrarios anteriores, los actos procesales eran dispersos (artículos 286, 292, 304, LFRA). Y aunque el tribunal correspondiente puede, en todo tiempo, ordenar la ampliación o el perfeccionamiento de cualquier diligencia (artículo 186, LA), esta atribución es facultativa y no obligatoria, esta celeridad del procedimiento puede resultar lesiva a los intereses de las partes más débiles que no hayan podido preparar adecuadamente su defensa. Mientras que, en los procedimientos agrarios de la LFRA (vg. artículo 304), existía la obligación de revisar las actuaciones en cada instancia, lo cual daba mayor seguridad pero también mayor burocratismo. Tratándose del principio de consumación procesal, mientras que en los procedimientos agrarios de la LFRA no existía ni la prescripción, ni la caducidad ni la preclusión, tratándose de partes desiguales, económica y socialmente,<sup>24</sup> en el juicio agrario opera la caducidad por cuatro meses de inactividad procesal (artículo 190, LA) y la preclusión, al no admitirse pruebas sobre excepciones, extemporalmente, si no acude a la audiencia y no demuestra el impedimento que se tuvo para no asistir (artículo 180, LA), tampoco existe la prescripción.

24 *Ibidem*, pp. 105, 106.

La aplicación de este principio, aunque sea parcialmente, es una gran desventaja para los ejidatarios y comuneros, pues pueden quedar en estado de indefensión por circunstancias meramente formales y no substanciales. En cambio, anteriormente, al no haber dichas limitaciones temporales, las partes tenían la oportunidad de ofrecer, en cualquier momento sus pruebas y alegaciones, aunque esto hiciera mucho más tardado el procedimiento.

El principio procesal de la carga de la prueba, uno de los más importantes para hacer efectiva la justicia, es, en principio igual al del derecho civil: dice el artículo 281 del CPC: “las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones”; y el artículo 187 de la LA, por su parte, dice: “Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de las pretensiones”. Es decir, dicho principio fue copiado casi literalmente del derecho civil. Y aunque, el principio está un tanto mitigado por la facultad del magistrado para apremiar a terceros y a autoridades a que aporten otros medios de prueba si los considera necesarios (artículo 187), no deja de ser una facultad cuyo ejercicio es subjetivo, mientras que en los procedimientos de la LFRA “la carga procesal de la prueba no era muy fuerte para el poblado necesitado”, “en tanto que sí lo es para el presunto afectado quien debe probar plena, directa y realmente sus afirmaciones y negaciones dentro del juicio”.<sup>25</sup>

Es tal vez, en la igualdad de las partes con respecto a este principio, donde se expresa más claramente la ideología jurídica de la igualdad formal de las partes cuando en la realidad social son sumamente desiguales, lo cual no dejará de reflejarse en el sentido de la mayoría de las sentencias.

El principio de la suplencia de la deficiencia de la queja cuando se trate de ejidos, comunidades, ejidatarios y comuneros es conservada por el nuevo juicio agrario (artículo 164, LA), e incluso es ampliado, con respecto de los asuntos de grupos indígenas, que deberán contar con traductores y, en los cuales se deberán considerar “las costumbres y usos de cada grupo mientras no contravengan lo dispuesto por esta ley ni se afecten derechos de tercero” (artículo 164). Este principio procesal, sin embargo, puede convertirse en una ideología jurídica, pues el nuevo juicio agrario desecha el principio del que el impulso procesal, a favor de las partes más desiguales, corresponde al propio órgano que decide como una obligación, tal y como sucedía con los procedimientos agrarios de la LFRA.<sup>26</sup> Es decir, se finge

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 167, 168.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 93 y ss.

tomar en cuenta una situación de desigualdad real con la suplencia ampliada, pero después se puede decidir, únicamente, con lo aportado por las partes.

El nuevo juicio agrario lleva hasta el extremo el principio de economía procesal pues concentra, al máximo en un solo tipo de juicio, todas las variantes posibles que pueden presentarse en los conflictos agrarios tan diferentes y distintos en sus peculiaridades. Al contrario de la LFRA que, al irse al otro extremo, prevía un procedimiento distinto para cada tipo de conflictos agrarios.<sup>27</sup> Si en realidad se quería suprimir los vicios de burocratismo y corrupción que se propiciaban con la pluralidad procesal, pero conservando los principios procesales que equilibraban a las partes, que parecían conquistas definitivas; lo que debió haberse hecho, tomando, aquí sí, el modelo del derecho procesal civil, era establecer un juicio ordinario agrario y juicios agrarios especiales, en los cuales se contemplaran, precisamente las peculiaridades de cada tipo de asuntos a la vez que se conservaban estos principios equilibradores. Lo cual nos hubiera dado una indicación del grado de equilibrio que habría logrado la LA entre la justicia y la productividad. Pero de este modo, se confirma la subordinación de la primera a la segunda, subordinación que se oculta en este caso con la doble ideología de la igualdad de las partes y de la neutralidad de la PA, que pasamos a analizar.

Al analizar las atribuciones que la LA le concede a la PA, parecería que las desventajas procesales mencionadas con anterioridad, pudieran subsanarse con una actuación imparcial de dicha institución. En efecto, de acuerdo a la LA, en su artículo 136, la PA, tiene como atribuciones coadyuvar, asesorar y, en su caso, representar a los sujetos agrarios en los asuntos en que se aplique la propia ley, lo cual, puede creerse, daría un equilibrio que no procesal, al menos sí institucional a las partes en conflicto.

Sin embargo, la actuación de la PA estará sujeta, como toda institución, a las veleidades administrativas, económicas, políticas y personales que se suscitan en conflictos de esta naturaleza, en mucho mayor grado que si estuvieran regulados, deónticamente, los principios procesales equilibradores de las partes desiguales, por lo que dejar su realización a la eventualidad del buen ejercicio de las facultades de la PA, equivale a reproducir, en su interior, la correlación de fuerzas, existentes en la realidad.

27 *Ibidem*, pp. 79 y ss.



Esta posibilidad se ve confirmada cuando vemos que la PA estará encargada de la defensa, por igual, de ejidatarios, comuneros por un lado, y, por el otro a pequeños propietarios y vecindados, entre los cuales se dan y se prevé que se den una gran cantidad de conflictos, lo cual significa “asesorar tanto al actor como al demandado al mismo tiempo”.<sup>28</sup> Lo cual denota, claramente la parcialidad a la que se expone a la PA cuando se susciten conflictos entre ejidatarios y vecindados “habilitados”, por ejemplo, por el control de las decisiones del ejido y de su destino. Dicha parcialidad no desaparece por arte de la magia de la “impersonalidad” con que quieren exorcizarla las autoridades agrarias,<sup>29</sup> porque los abogados que actúan, en su nombre, son empleados subordinados a sus superiores los cuales no tienen nada de impersonal y están sujetos a la influencia de las ideologías políticas del momento, como sucedía, a pesar de la existencia normativa de ciertos principios sociales rectores del proceso, en la propia SRA, entre las direcciones de inafectabilidad y de derechos agrarios.

Si no se está defendiendo un proyecto económico lesivo para la mayoría de los ejidatarios y comuneros, creo que nada hubiera impedido haber creado, y nada lo impide aún, una procuraduría ejidal y comunal que defendiera asuntos exclusivos de ejidatarios y comuneros, con lo cual, si no se garantizaría la imparcialidad, completamente, al menos se mitigarían un poco más, los factores que la condicionan.

Antes de expresar la conclusión, sólo un comentario final más. Las virtudes de la nueva normatividad agraria, que las tiene, y las virtudes de toda la tradicional legislación agraria, echada por la borda, pueden compaginarse, en una futura y eventual novísima normatividad agraria, con la condición de que se desechen todas las ideologías que ocultan intereses políticos y económicos que se presentan como lo que no son. De otro modo, las deficiencias de cada una de ellas serán las que determinarán, a través de las ideologías de ambas, el destino del campo, de su productividad, de su justicia y de su paz social.

## VII. CONCLUSIÓN

Podemos concluir que debemos reformular nuestra hipótesis inicial del siguiente modo: la nueva normatividad agraria subordina la justicia subs-

<sup>28</sup> Morales, Tayde, Ramírez, Francisco y García R., Jorge, “En la vía del despojo campesino”, en *La jornada del campo*, núm 16, 29 de junio de 1993, p. 3.

<sup>29</sup> García Ramírez, Sergio, “Defensa de las reformas a la Ley Agraria”, en *La jornada del campo*, 27 de julio de 1993, p. 4.

tancial y procesal agraria a la rentabilidad de los capitales que se inviertan en el campo, por la habilitación como ejidatarios, a los avecindados; por la separación del trabajo personal con respecto a la propiedad ejidal; por la desaparición deóntica de la pequeña propiedad; por la separación de la propiedad de la tierra de su control accionario y por el debilitamiento de los principios procesales sociales agrarios, a la vez que oculta dicha subordinación por medio de diversas ideologías jurídicas: el supuesto mandato imperativo ejidal y las formas de gobierno indígenas; el rango constitucional no deóntico del ejido; la prohibición no deóntica de los latifundios; las acciones T y la imparcialidad formal de la Procuraduría Agraria.

## SOBRELEGALIZACIÓN, DESJURIDIFICACIÓN, SOBREORGANIZACIÓN EN EL ESTADO DE CALIFORNIA

Pompeu CASANOVAS I ROMEU<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Investigación*. II. *Conclusiones provisionales: sobrelegalización, sobreorganización y desjuridificación*.

### I. INVESTIGACIÓN<sup>2</sup>

El presente artículo expone parcialmente algunos de los resultados obtenidos en el curso de una investigación más amplia sobre la actuación de un tribunal del Estado de California especializado en casos de asignación de tutela para enfermos mentales [*LPS Conservatorship*]. Esta tutela se rige por el *Welfare and Institutions Code* del Estado de California (artículo 5000 y ss). La ley de origen, conocida por el nombre de sus autores, *Lanterman Petris and Short Act*, fue elaborada en 1969 y promulgada por la legislatura californiana de 1971. Esta ley prevé la asignación de un tutor (público o privado) para aquellas personas que sean halladas “incapaces” [*disabled*] de valerse por sí mismas en sociedad.

1 Universidad Autónoma de Barcelona.

2 El presente artículo se basa en un informe previo que tuve oportunidad de presentar a los propios sujetos investigados en Buen Tiempo, *Legal Decision-Making in LPS Conservatorship Cases (1990)*. *Confidential Report*, Buen Tiempo, December, 1990. La presente investigación está siendo dirigida por el Dr. Aarón Cicourel. Mi agradecimiento para él, que ha compartido generosamente conmigo su tiempo y su saber, y para Jordi Pérez, autor del programa elaborado a partir de mi codificación de datos. Deseo hacer constar también que esta investigación no hubiera sido posible sin la financiación de una beca postdoctoral del Subprograma de Doctores y Tecnólogos del MEC (1990-91), sin el apoyo institucional de la Universidad de California (donde he sido *Visiting Scholar* estos dos años), y sin la comprensión mostrada por el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Los datos en que se basa el artículo han sido obtenidos directamente en la investigación de campo efectuada en uno de los tribunales de la ciudad de Buen Tiempo.<sup>3</sup> La obtención y construcción de los mismos ha requerido distintas técnicas etnográficas de campo: observación directa en la sala del tribunal; interacción participativa en la vida cotidiana de los profesionales implicados en este tipo de procedimiento (juez, secretarios administrativos, comisarios, abogados, abogados de oficio, abogados del condado, asistentes sociales, médicos psiquiatras, responsables de la administración de la ciudad y del condado); observación de algunas sesiones clínicas en hospitales y centros de internamiento; aprendizaje de las técnicas de trabajo de los secretarios judiciales; seguimiento dentro y fuera del tribunal de algunos casos, de la mano de los abogados defensores de oficio del *Public Defenders Office* de Buen Tiempo; entrevistas registradas con todos los profesionales implicados; entrevistas formales e informales con algunos miembros de jurados (en los *jury trials*); lectura de sumarios, expedientes, informes médicos, informes confidenciales, y transcripciones de las vistas públicas efectuadas por los estenógrafos de la Corte. Esta investigación de campo ha cubierto dos períodos de tiempo: (a) de febrero a diciembre de 1990; (b) de julio a diciembre de 1991.

Un primer análisis de los protocolos obtenidos ha permitido la selección de las variables adecuadas para un programa estadístico centrado en el proceso de decisión judicial. Aunque su uso se limita a la explicación del proceso, y no puede ser aplicado a las tradicionalmente denominadas "variables cualitativas" (lingüísticas, dicursivas y cognitivas), ha sido elaborado pensando en ellas. El uso de este programa resulta útil, en primer lugar, como una aproximación a la dimensión real del problema de las decisiones judiciales en el estado actual del antiguo *Welfare State* americano, y, en segundo lugar, para entender mejor el tipo de contexto jurídico efectivamente creado a través del comportamiento *coordinado* de los agentes jurídicos que configuran el área de Salud Mental [*Mental Health*]. Lo que aparece, pues, es el engranaje interno del funcionamiento de los tribunales y su papel real en esta concreta área del derecho.

<sup>3</sup> Todos los nombres propios que figuran en este artículo, incluidos los de la ciudad y condado, han sido debidamente alterados para preservar la intimidad de los individuos e instituciones que permitieron la investigación y me ayudaron en ésta. Los casos estudiados son materia de *privacy*, y todos los documentos e informes son considerados confidenciales. Únicamente pude tener acceso a ellos después de cumplir con las formalidades que me acreditaban como investigador de la UC y de firmar el juramento preceptivo de confidencialidad.

## II. CONCLUSIONES PROVISIONALES: SOBRELEGALIZACIÓN, SOBREORGANIZACIÓN Y DESJURIFICACIÓN

Después del examen de algunos de estos resultados preliminares,<sup>4</sup> voy a argumentar que lo que se está produciendo en Buen Tiempo —y, por lo que sabemos de estudios similares, probablemente también en otras zonas de USA—<sup>5</sup> es un proceso de *sobrelegalización* y subsiguiente *desjuridificación* efectiva de los casos. Por “sobrelegalización” entiendo el extensivo uso de formas jurídicas por parte de la administración para el desarrollo de su gestión (aun cuando ello podría resultar innecesario, cuando no contraproducente para el tratamiento de los pacientes). La sobrelegalización adviene cuando los organismos administrativos “cumplen” no ya con las condiciones procesales impuestas por la ley, sino con la funcionalidad práctica de extensión de la capacidad decisoria que estas condiciones de procedimiento tienen en la incardinación social de la propia organización administrativa.<sup>6</sup> Es el fenómeno del control de las políticas previstas por la

4 Los análisis, gráficos y tablas estadísticas completos fueron presentados en el IV Congreso Español de Sociología (Madrid, 24-26 de septiembre, 1992) mediante una larga ponencia por escrito titulada “Sobrelegalización y desjuridificación en el derecho norteamericano. Decisiones judiciales en casos de *LPS Conservatorship*” [enviada a la *Revista Internacional de Sociología*]. Intenté esclarecer cuáles son las variables relevantes para explicar la decisión del juez. El proceso fue analizado a partir del modo cómo el juez conoce los casos (a partir de sus esquemas cognitivos). Teniendo en cuenta las categorías jurídicas establecidas por la ley, distinguí entre tres tipos distintos de conocimiento: (a) conocimiento jurídico procedimental [*Legal Procedural Knowledge*], (b) conocimiento procedimental judicial [*Court Procedural Knowledge*], (c) conocimiento de base [*Background Knowledge*]. Es patente la existencia de modelos regulares de decisión que se estabilizan, después de cierto tiempo, a partir de la normalización del flujo de información entre los participantes activos en el proceso judicial (asistentes sociales, administradores, abogados, juez).

5 Vid. Reisner, Ly Ralph Christopher Slobogin, *Law and the Mental Health System. Civil and Criminal Aspects*. American Casebook Series, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1990, pp. 601 y s.s. Aunque, a tenor de la literatura existente sobre el tema, parece que el proceso descrito también ocurre en otros lugares de Estados Unidos y no solamente en California, creo que hay que ser prudente en la generalización. Las conclusiones se basan en los datos analizados. Su generalización a partir de datos comparativos constituye un problema distinto, que no he pretendido abordar aquí.

6 La mayoría de las “reglas” que se “cumplen” por parte de la administración (plazos, formularios, entrada y salida del circuito de tutela...) fueron establecidas en realidad por la propia administración en un pliego de *Local Rules* después de varios años de práctica. Es decir, las “reglas” constituyen sobre todo la plasmación por escrito de un modo de operar ya validado de antemano por la experiencia. Las “reglas locales” no son “reglamentos”, en el sentido asentado por la doctrina constitucional y administrativa europea. Creo que el distinto valor que se asigna al documento escrito en la cultura jurídica de la tradición judicial americana ha facilitado, justamente, el crecimiento de las agencias administrativas en torno a la Corte. En el caso de Buen Tiempo, la oficina del *Counselor in Mental Health for the Superior Court* aglutinó, primero, el trabajo procesal y burocrático, y luego sus agentes

administración (*post-Welfare*) a partir del control de la “aplicación” [*implementation*] de la ley mediante la preorganización de todos los elementos que intervienen en el proceso ante los tribunales.

Denominaré “desjuridificación”, por otra parte, al fenómeno complementario: la dinámica de funcionamiento efectivamente creada en los tribunales que restringe y deja finalmente inoperante el mecanismo de apelación y revisión de las decisiones por una instancia superior. La “desjuridificación” es, pues, el efecto perverso de relativa desprotección que se sigue de esta aparente protección.

Como ha sido ampliamente reconocido por los investigadores, la *LPS Act (Welfare & Institutions Code, 5000 y ss)* fue y todavía sigue siendo una ley progresiva respecto a la protección de los derechos civiles de los alcohólicos y enfermos mentales. La paradoja se produce, no obstante, cuando la ley no prevé ningún tipo de distinción entre clases de enfermedades mentales y obliga al control y revisión anual de la tutela por un juez. Como consecuencia de ello, ha advenido una situación en la que se ha hecho un uso indiscriminado y extensivo de los Tribunales de Justicia para asegurar la razonabilidad de la asistencia involuntaria a los pacientes.

Esta es la vía regular del derecho americano. Pero, para plantear la cuestión sin ambages, ahora, veinte años después de la promulgación de esta ley, creo que el problema está en el abandono del sistema tradicional de justicia que se ha producido, justamente, a partir del recurso a la justicia.

Los tutelados son por lo común gente con baja capacidad económica. Están defendidos por abogados de oficio (96.0%). No hay fondos para que se asignen costas del juicio en un 92.0% de los casos. Esto es, claramente, un servicio público manejado por agencias administrativas, con un tribunal especial para ello (aunque revista las formas de tribunal ordinario).

Las vistas del Calendario de Tutela [*Conservatorship Calendar*] son atípicas. Dada la naturaleza de los casos, el comportamiento de los abogados y del juez no encaja en la descripción del “sistema contradictorio [*adversarial system*]. Tal vez sería mejor comprender estos casos mediante lo que

se convirtieron —por su posición respecto al tribunal— en los interlocutores naturales de psiquiatras, enfermeras y asistentes sociales en el interior de los establecimientos hospitalarios. En estas condiciones, no resulta extraño que, al crecer el sistema de *LPS Conservatorship*, fuera precisamente esta figura la que controlara el proceso de redacción de “reglas”, consensuándolas con los profesionales implicados en el área de la salud mental. Nótese que no tiene mucho sentido en esta situación el uso descriptivo del concepto de “aplicación del derecho”, habitual en la teoría jurídica europea de cuño positivista.

ha venido denominándose desde hace quince años el “proceso de litigio de derecho público” [*Public Law Litigation Suit*].<sup>7</sup> Pero, incluso si se aceptan las modificaciones aportadas por este nuevo modelo pensado por la dogmática para dar cuenta de la evidente modificación del sistema de adjudicación, no es el caso que al amparo de la *LPS Act* se encuentren dos partes distintas y opuestas (*County Counsel / Public Defender*) que acuden al criterio jurisprudencial para dirimir el conflicto. La situación real es la inversa: *dos partes pagadas por el mismo Condado intentan encontrar una solución interna para el problema de la socialización de una población difícil de mantener en las calles (alcohólicos y enfermos mentales). No hay, pues, verdadera oposición, sino seguimiento de una regla no escrita de cooperación interna. El propio tribunal se convierte en algo así como una agencia administrativa cualificada para el control de las otras agencias.* Hay muy pocos juicios con jurado. Los casos nunca son llevados a los Tribunales de Apelación por parte de los defensores.<sup>8</sup>

¿Resulta esto sorprendente?

No me parece que lo sea. La desjuridificación es un efecto a nivel colectivo de la concreta y diaria labor de los profesionales implicados. Creo que se trata de un paso más allá de la situación que el modelo de adjudicación pública pretende describir. Al menos en Buen Tiempo, a partir del trabajo de campo que me ha sido posible llevar a cabo, la situación no ha sido dirigida y desarrollada por el poder judicial, sino por las oficinas

7 Según D.H. Rosenbloom (1988: 347) este nuevo modelo “ha sido desarrollado por el mismo poder judicial [*the judiciary itself*], en respuesta sobre todo a las dificultades planteadas por la resolución de conflictos en el contexto de la administración de servicios sanitarios y sociales”. Vid. *Handbook on Human Services Administration*, Jack Rabin and Marcia B. Steinhauer (Eds.), Marcel Dekker Inc., New York and Basel, 1988. El modelo fue propuesto por primera vez, que yo sepa, por Abram Chayes, en “The Role of Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review* 89 (1976): 1282-1302. Chayes identificaba los siguientes rasgos diferenciales con el modelo judicial tradicional: (1) La estructura del PLLS [*Public Law Litigation Suit*] no es bipolar; (2) el PLLS es prospectivo, en lugar de retrospectivo; (3) los derechos y garantías pierden algo de su independencia; (4) el hallazgo de los hechos ya no está relacionado con rasgos concretos de una conducta anterior, sino que, como las propias garantías, es de carácter legislativo; (5) el PLLS prolonga y profundiza, más que no finaliza, el compromiso del tribunal con el objeto de disputa; (6) el PLLS no está controlado por las partes que lo inician, sino que el tribunal va más allá de lo que demandan las partes para hallar una solución; (7) el juez toma una parte más activa en la estructura del litigio, calibrando la conveniencia de distintas soluciones.

8 Creo poder afirmar que este comportamiento por parte de algún abogado de oficio sería tachado cuanto menos de atípico —si no directamente de *uncooperative*— por los demás profesionales del área. Este constituiría el camino directo a los problemas laborales. Si alguien quiere apelar su caso —vía teóricamente abierta según la ley— no tiene más remedio que acudir a abogados privados, puesto que ello no forma parte de la práctica habitual de los abogados de oficio.

administrativas que en principio debían depender —y así lo siguen proclamando— de este poder.

El calendario está sobrecargado y también lo están los abogados. Para hacerse una idea de ello basta observar que, durante los tres primeros meses de 1990, Clarissa Gould (abogado del condado) llevó el 100% de los 778 casos previstos.<sup>9</sup> Félix Cat —antes de la necesaria ampliación de su sección de la Oficina de Abogados de Oficio—, el 52.2%, y el juez Marlborough, el 96.0%. Además, el análisis indica una proporción muchísimo más alta de admisiones que no de bajas en el circuito creado con la tutela.

Esta situación no es nueva y, en parte, había sido ya predicha de antemano por algunos observadores.<sup>10</sup> Lo que resulta nuevo es que el efecto de deshielo del sistema judicial haya sido producido mediante un ensimismamiento *de la propia administración judicial* cuyos efectos de crecimiento a largo plazo resultan cuanto menos inciertos.

Tras algunos de años de trabajo de campo en Metropoli —otra gran ciudad del Sur de California—, una investigadora de UCLA concluía con algunas recomendaciones prácticas para tratar de preservar los derechos de aquellos sometidos a tutela. Entre ellas, *e. g.*, el frecuente relevo de los jueces encargados de este proceso de *LPS Conservatorship* para evitar la rutina de las soluciones.<sup>11</sup>

9 Excepto para los casos más discutidos, de los que era informada por los agentes del *Counselor in Mental Health* o por los propios abogados defensores, el abogado del Condado tenía noticia por primera vez de los casos comunes en la propia Corte, en el momento de la vista. Mrs. Clarissa estaba flanqueada en su puesto por el representante de la oficina anterior —con la lista de casos del día— y por el representante del *Public Conservator Office*. El abogado del Condado se encontraba en una situación similar a la del juez: no conocía los casos directamente y sus representados le iban proporcionando el patrón de “recomendaciones” para cada caso y —cuando convenía— las características del mismo que podían ser aducidas en el interrogatorio.

10 Friedman, Lawrence M., *e. g.*, escribía en *The Journal of Social Issues*, v.27 n.2 (1971): “(...) el derecho de acudir a los tribunales no tiene límite teórico. Pero hay sólo unos cuantos jueces, y abogados, y tribunales. De cuántos de ellos sea posible disponer depende de cierto número de factores; uno de ellos es la demanda esperada para el uso de los tribunales. Los tribunales están saturados; esto afecta materialmente a la realidad del derecho de utilizar los tribunales. Pero el público litigante, en el transcurso de los años, ha ajustado el nivel de oferta de tribunales más o menos al nivel de una demanda tolerable. Esta lenta interacción podría verse completamente interrumpida si el número de gente que usara los tribunales creciera abrupta y rápidamente. Esto produciría una situación revolucionaria, incluso si nadie pidiera nada más que un día en la corte, un derecho reiteradamente considerado como legalmente garantizado. Los derechos del bienestar, incluidos los derechos a las pensiones, pueden crear una situación similar”. [Friedman, “*Idea of Right as a Social and Legal Concept*”: pp. 194-95].

11 Vid. Warren, Carol, *The Court of Last Resort: Mental Illness and the Law.*, University of Chicago Press, 1982.



Bien, este es justamente el caso en Buen Tiempo, donde el juez —al contrario que los agentes administrativos— permanece solamente un año en el cargo. Con el resultado anteriormente señalado.

En realidad, creo que el tema no está en el comportamiento de los jueces o de los abogados. Los problemas de Salud Mental son médicos y sociales: el juez, ante la incertidumbre de los criterios de decisión sustantivos, tiende a asumir el punto de vista de la administración judicial que se ha desarrollado al efecto y desde cuya perspectiva, la preocupación es “dinero, dinero, dinero”.<sup>12</sup> ¿de cuántas camas se dispone? ¿cómo negociar con los responsables de la “implementación” de los programas de tutela a nivel de la Ciudad, del Condado, del Estado? ¿cómo distribuir los fondos sanitarios federales?

Si es cierto que, en contra de lo que cabría esperar con el recorte de los programas sociales, el sistema del LPS está creciendo *en lugar de disminuir*, uno tiene la tentación de seguir recomendando más jueces y más abogados. Pero nada garantiza que este crecimiento asegure la mejora del proceso de decisión en relación a cada caso individual. Para hacerlo sería necesario mejorar *las condiciones organizativas que prestan autonomía a los decisores reales: los agentes de las oficinas administrativas y su incardinación en el mercado sanitario de las clínicas, centros familiares y demás casas de rehabilitación (tanto privadas como públicas) que reciben el dinero público de los “LPS Programs”*.

El análisis indica que solamente en un 10.2% de los casos previstos el médico presta juramento. El paciente lo hace en un 9.7%. No hay ningún otro testimonio del comportamiento del enfermo, excepto el del médico y el preceptivo informe confidencial, en un 98.6%. Nunca se produce una confrontación entre el testimonio del médico que solicita la tutela y el de otro psiquiatra o psicólogo. Nunca se cuestiona seriamente la efectividad de la medicación psicotrópica habitual. Las vistas nunca duran más de treinta minutos.<sup>13</sup>

En este estado de cosas, visto desde el interior de la organización existente, mis propias recomendaciones en el Informe<sup>14</sup> que escribí para el

12 Entrevista con el *Counselor in Mental Health*, octubre 1990.

13 No hay estimación de tiempo por parte del defensor en el 86.5% de los casos; en el 1.3% la estimación es de 5 minutos; en el 1.0%, de 10 minutos; en el 3.7%, de 15 minutos; en el 4.9%, de 20%; en el 1.1%, de 25 minutos; en el 1.3%, de 30 minutos. No hay ninguna estimación que vaya más allá.

14 *Legal Decision-Making in LPS Conservatorship Cases (1990)*. I. Confidential Report. II Graphics., Buen Tiempo, December 1991.

mejor funcionamiento de este tipo de calendario se centraron en la necesidad de profundizar en la vía de la cooperación entre los profesionales del área, entre otras cosas, para ahorrar tiempo dedicable al 10% de los casos realmente conflictivos que requerirían el modo de funcionamiento normal de los tribunales de justicia americanos. Concretamente: (1) variar la distribución del tiempo y funciones de los profesionales implicados en el tratamiento procesal de la cadena de tutelados LPS;<sup>15</sup> (2) elaborar procedimientos distintos para *tipos* de enfermedades mentales distintas; (3) seguir solicitando la reforma de la ley para el establecimiento de tutores permanentes en los casos irreversibles;<sup>16</sup> (4) introducir el actual conocimiento médico de las enfermedades mentales no como testimonio en un proceso formalmente uniforme para cualquier tipo de enfermedad, sino en el diseño de estatutos jurídicos menos gravosos en tiempo y dinero; (5) simplificar sustancialmente los trámites administrativos.

Pero, vistos desde el exterior, los fenómenos de la sobrelegalización y desjuridificación vienen a confirmar la desvinculación existente entre la política local de los condados y la política a nivel estatal en California. Resultan ya habituales las declaraciones en este sentido de las comisiones parlamentarias encargadas del estudio de programas sociales, para quienes las “dimensiones desconocidas de la tutela” y la “ausencia de regulación

15 En las actuales condiciones, los abogados defensores, por ejemplo, con la lista de casos que les proporciona el *Mental Health Counselor Office* están obligados a entrevistarse con cada uno de los pacientes en centros esparcidos por toda el área de Buen Tiempo. Aunque existe una distribución zonal interna entre ellos, muchas veces no logran contactar con el paciente asignado. O bien, muchas veces, se encuentran con que el paciente sufre del síndrome de Alzheimer o de psicosis profunda y ni tan siquiera puede comunicarse con el mundo exterior.

16 Hace algunos años ya que existen informes de Comisiones Parlamentarias para el establecimiento del denominado “*Irreversible Dementia Conservatorship*”: “En California —se recomendaba para la legislatura de 1988— hay un número de problemas importantes con el actual sistema de tutela. Normalmente, se requiere que todos los pacientes afectados de demencia situados en establecimientos de seguridad especializados [*skilled nursing facilities*] tengan una tutela *Lanterman-Petris-Short (LPS)*. Este tipo de tutela fue desarrollada para atender las necesidades especiales de pacientes psiquiátricos agudos. Sin embargo, la mayoría de los pacientes afectados de demencia no son casos psiquiátricos, y la adquisición de este tipo de tutela es difícil, consume demasiado tiempo y resulta inapropiado. Los pacientes con una Tutela LPS deben ser anualmente reestablecidos por un tribunal de justicia. Si el paciente no tiene familiares que puedan facilitarles el proceso, el centro de internamiento debe asumir esta responsabilidad. El centro debe arreglar el transporte y dedicar al menos dos miembros de su personal para acompañar al paciente a la audiencia. El centro no recibe ningún reembolso adicional para los gastos de transporte o necesidades de personal adicionales. El proceso total puede llevar cinco horas. Para los enfermos afectados de demencia crónica [*chronically ill patients*], este proceso es agotador y puede conducir a manifestaciones de comportamiento inadecuadas”. California Legislature. Senate Subcommittee on Aging. Hearing on “California Alzheimer’s Disease Task Force Report”. Monday, December 7, 1987. Capitola, California, pp. 169-170.

a nivel estatal” constituyen un muro de ambigüedad que sedimenta el control interno poco transparente de los poderes locales.

“*Para resumir nuestro informe* —concluía en septiembre de 1988 uno de los Subcomités del Senado— reiteramos que la tutela debería estar basada en una asignación del grado de capacidad disminuía de la persona propuesta para ser tutelada. Recomendamos que esta legislatura cree un banco de datos sobre la tutela para permitir el análisis del gobierno del Estado para entender las dimensiones actuales de la tutela en California y para proyectar mejor futuras líneas y necesidades. Recomendamos también que los tutores, tanto públicos como privados, sean certificados y, las agencias de gestión de los casos, licenciadas. El objetivo de toda legislación estatal acerca de la tutela debería asegurar, en la mayor medida posible, que la delegación de autoridad por parte de los tribunales a un tutor sea el último recurso como respuesta a las necesidades o problemas de una persona determinada”<sup>17</sup>.

En efecto, desde la promulgación de la *LPS Act*, no ha dejado de ser una preocupación el hecho de que la “protección” de los individuos no esconde el carácter *involuntario* de esta “protección”. Muchas son las voces que han reclamado que el tratamiento psiquiátrico en contra de la voluntad del paciente no es en realidad tratamiento, sino otra forma de internamiento o —en la tradición anglosajona— *civil commitment*. Aún simpatizando con ello, no voy a entrar aquí en esta cuestión. No es necesario para darse cuenta de que el aparato administrativo creado al efecto de garantizar, en una segunda vuelta de tuerca (dada la “involuntariedad”), la protección judicial de los derechos ha acabado por detraer *la función de garantía a la decisión del juez e, inversamente, ha acabado también por mimetizar y asumir en sus nuevas funciones de control las formas tradicionales del proceso*.

Así ya no es el juez, sino su “administración delegada” (los agentes del *Counselor Office*) quien lleva a cabo los denominados *res-hearings*<sup>18</sup> en el interior de los centros hospitalarios. Es también esta administración la que

<sup>17</sup> California State Legislature. Senate Subcommittee on Aging. Senator Henry J. Mello, Chairman. *Hearing on “Conservatorship of the Elderly: Recommendation for Reform”*, Seaside, California, September 29, 1988.

<sup>18</sup> Este tipo de juicio se produce cuando algún enfermo se niega, por alguna razón, a tomar la medicación prescrita. En este caso, son estos agentes los que ejercen la función judicial dirigiendo una vista en la cual las dos partes son, respectivamente, el médico y el enfermo.

controla los pasos burocráticos de la asignación y reestablecimiento de la tutela, y quien guarda los archivos personalizados de los tutelados.

En la ley (1969) y en el vigente *Welfare and Institutions Code*, la figura del *Counselor* es simplemente la del agente oficial dependiente del juez que efectúa las investigaciones confidenciales para determinar la necesidad de la tutela. Al menos en Buen Tiempo, hoy por hoy, esta figura se ha convertido en el responsable de una oficina de catorce personas —con despachos, sala de visitas, sala de reuniones...— dependiente de la administración del condado y situada en un edificio totalmente independiente del complejo del palacio de justicia.

El artículo 5.64 de la primera versión del *Rules and Procedures Manual for LPS Mental Health Matters* (1984),<sup>19</sup> reza: “Tal como se usa en la Sección 5352 del *Welfare and Institutions Code*, el término ‘oficial al cargo de la investigación de tutela’ [*‘officer providing conservatorship investigation’*], se refiere a la dirección de los servicios de salud mental del Tribunal Superior, también conocido como consejero de salud mental y director de la oficina del consejero de salud mental o su designado”.

Esta autolegitimación se produce en un momento en que el control de la complejidad del sistema requiere la reflexión por escrito de los procedimientos y eslabones burocráticos intermedios de la cadena de asignación de tutor. Y, efectivamente, las “Reglas” constituyen el reflejo de la propia experiencia práctica de los profesionales del área. De ahí que la sobrelegitimación venga regida por un principio que voy a denominar “sobreorganización”, es decir, la minuciosa predeterminación tanto de las funciones, articulación interna y actividades de los equipos de profesionales implicados, como de los pasos burocráticos a seguir para la iniciación y trámites del proceso de tutela (incluidos el tamaño, contenido y presentación de todos los documentos y formularios).

En la sobreorganización administrativa los sujetos naturales del proceso de decisión —es decir, el juez (decisor) y el paciente (objeto de decisión)— ya no tienen un papel central en la actividad, sino que este papel recae en

19 Estas reglas han sido revisadas y adoptadas casi en su totalidad por el reglamento interno de los tribunales de Buen Tiempo. *Local Rules. Division IV. Probate and Lanterman-Petris-Short (LPS)*, Superior Court of the State of California for the County of Buen Tiempo. Efectivas desde el 1 de julio de 1991. Las diferencias entre la primera versión mimeografiada de 1984 y la integrada en las reglas locales publicadas en 1991 son de detalle, debido a la sistematización de esta tutela especial con otros tipos de tutela [*guardianship*] contenidos en el *Probate Code*. Nótese que resulta interesante su comparación, sobre todo, por la distancia que va de la puesta por escrito de las prácticas asentadas a la configuración de las mismas como “reglamento procesal” asumido por los tribunales.

los *agentes mediadores*: secretarios, asistentes sociales, tutores, agentes administrativos, y abogados. El juez es siempre designado con la perífrasis “Juez Supervisor” [*Supervising Judge*]. Y nótese la redacción del artículo 5.91, en la que el paciente no es quien toma la decisión de estipular el reestablecimiento del tutor sino que, siguiendo la práctica habitual, se deja al juicio del abogado este extremo: “Si el abogado del tutelado determina [determines] que el tutelado no se opone al reestablecimiento del tutor, y que no existe razón favorable para que éste acuda a la sesión del tribunal, entonces el abogado rellenará una declaración de consentimiento al reestablecimiento del tutor, especificando las razones que justifiquen su ausencia en la vista”. Al menos en este campo del derecho, para explicar lo que está sucediendo en Buen Tiempo, es necesario examinar las características de la coordinación de esta administración judicial con las políticas de las oficinas administrativas de los “gerentes” [*Board of Managers*] de la ciudad y del condado. Pero el lector comprenderá que esto ya es otra cuestión. Creo que para entender lo que he pretendido mostrar aquí —el modo judicial de decidir la asignación y reestablecimiento de la tutela para enfermos mentales— basta con lo expuesto en el presente artículo.

La red administrativa del condado *directamente* relacionada con la Corte Superior en cuestión, encargada de la normal circulación y funcionamiento de los casos, consta de las siguientes unidades: *Public Defenders Office*; *Public Conservator Office*; *Office of County Counsel*; *Office of Counselor in Mental Health for the Superior Court*; *Forensic Psychiatric Evaluation Unit*. Las tres primeras son claramente organismos administrativos del Condado; las dos segundas son organismos administrativos mixtos: agencias oficiales del condado, dependientes de la autoridad del juez, y financiados por un complejo sistema mixto entre el dinero público anexo a la *LPS Act* y el presupuesto del condado.

## DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS

Jorge Alberto CABRERA MEDAGLIA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Biodiversidad: ¿herencia común de la humanidad?* III. *Los derechos de los agricultores en la era de la biotecnología*. IV. *El GATT y la OMPI*. V. *La OPOV y la OMPI*. VI. *La FAO y la Convención de Biodiversidad*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha considerado a la tierra, el agua y el aire como los recursos naturales básicos con que cuenta nuestro planeta. No obstante, recientemente se ha puesto en evidencia la falsedad de la distinción, en el tanto omite referirse a un cuarto elemento de crucial importancia: el genético, constituido por el material hereditario que cada ser viviente posee.<sup>1</sup> La trascendencia de este nuevo recurso en las relaciones económicas y políticas actuales es incalculable, en virtud de que el mismo configura el insumo o materia prima de la tecnología del siglo XXI: la biotecnología. Los datos y ejemplos del aprovechamiento del germoplasma para la industria biotecnológica, en especial para los sectores, alimenticio, farmacéutico, agroquímico y de semillas son múltiples y aleccionadores.

Más de un 25 por ciento de las drogas farmacéuticas contienen ingredientes activos extraídos de plantas. Según datos de la Organización Mundial para la Salud el porcentaje asciende a un 60 por ciento. En el campo de la medicina contra el cáncer, las cifras aumentan considerablemente.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Rodríguez, Silvia, "Papel de la ética en la patentización de la biodiversidad", *Revista Praxis*, Heredia, Universidad Nacional, núm. 43-44, octubre de 1992, p. 70.

<sup>2</sup> Cfr. Science, *Combining the Earth for cures to cancer*, *AIDS*, News and Comment, 28 de agosto de 1987, p. 969.

Adicionalmente, los ingredientes activos del 15% de las drogas farmacéuticas son derivados de microorganismos o de animales vertebrados.<sup>3</sup> En términos económicos el mercado de plantas medicinales alcanzará para el año 2000 un valor de \$ 47 billones de dólares.<sup>4</sup> Los ejemplos concretos son sintomáticos: gran parte del proceso quirúrgico depende de un relajador muscular que fue aislado de una liana del Amazonas. El esteroide digestin, ingrediente principal de las pastillas contraconceptivas, es extraído de un ñame silvestre nativo de México y Guatemala. De la “rosa Periwinkle”, una flor de Madagascar, se obtiene vincristina y vinblastina, sustancias utilizadas efectivamente contra la enfermedad de Hodkin y contra la leucemia juvenil, cuya venta depara beneficios por \$160 millones de dólares. De la “rawolfia”, una planta del Asia, se extrae el tranquilizante reserpina, percibiéndose ganancias por un monto de \$260 millones al año.<sup>5</sup>

Una eficaz droga (taxol) anticáncer ha sido producida a partir de ciertos árboles milenarios ubicados en el Pacífico Noroeste, cuya síntesis se espera tomaría algunos años. Una papa de Bolivia adaptada en Estados Unidos puede representar igualmente, una fortuna.<sup>6</sup> Pero no sólo las plantas y la vegetación presentan interés para las empresas, también el conocimiento tradicional de los campesinos y de los indígenas, su labor histórica en el mejoramiento de los cultivos y las semillas, constituyen una valiosa materia prima. El conocimiento de los curanderos, de los Shamanes o *medicine men* es invaluable —como luego veremos con mayor detalle— por ello, los científicos occidentales, buscan cada vez en la jungla por más milagros, mismos que han encontrado.<sup>7</sup> De esta manera, la Monsanto ha iniciado pruebas de laboratorio con el “Uruchnumi” una más de las tantas especies de plantas recolectadas de los Jibaros del Perú.<sup>8</sup>

La Merck explora los usos de un anticoagulante utilizado por la población de los Wau-Wau del Brasil. Como lo ha expresado con toda claridad un funcionario occidental: “aunque ustedes tienen un PH.D y los otros

3 Cfr. Kloppenburg, Jack Jr. y González Vega, Tirso, “Prohibido cazar! Explotación científica, los derechos indígenas, y la biodiversidad universal”, ponencia presentada al Encuentro Internacional, Biotecnología, Recursos Genéticos y el Futuro de la Agricultura en lo Andes, julio-agosto de 1992, p. 4.

4 Cfr. Rafi, Hungoo, *Arrogance and the gene revolution. Farmer's rights in the age of biotechnology*, reporte especial, sin más datos de identificación.

5 *Op. cit. supra*, nota 3, pp. 4 y 5.

6 Rafi, *op. cit. supra*, nota 4, p. 7.

7 Aschenbach, Joy, “Medicine men, Westerners search for jungle miracles”, en *Wisconsin State Journal*, 3 de abril de 1989.

8 Kloppenburg y González, *op. cit. supra*, nota 3, p. 6.

Si bien las empresas cada día prefieren el patentamiento al sistema de la UPOV, la lucha por acercar este último al primero se efectúa. De esta manera en la revisión anterior del Convenio sobre Variedades Vegetales, en marzo de 1991 pero que aún no se encuentra en vigencia, ha limitado el libre uso de variedades protegidas y puede tener efectos restrictivos sobre las prácticas agrícolas de difusión.<sup>41</sup>

Las consecuencias de esta incesante búsqueda de DPI han llegado incluso a los Centros Internacionales de Investigación Agrícola, miembros del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola (GC). Estos centros, ubicados en diferentes partes del mundo, han estado colectando material genético proveniente de países del Tercer Mundo, de forma que han creado un banco de genes de un incalculable valor. El dueño de los mismos: ninguno y todos. El libre acceso a estos —inclusive para países que no los habían aportado, vía países desarrollados— fue la tónica dominante, una política denominada de puertas abiertas (*Open Door's Policy*) en beneficio especialmente de los agricultores de naciones en desarrollo. Las variedades mejoradas como consecuencia de la investigación en ellos realizada eran igualmente compartidas y los resultados de éstas puestas a disposición de la mayor cantidad posible de personas mediante las publicaciones. Hoy soplan otros aires. Se habla de otorgar patentes y derechos de obtención vegetal sobre los resultados, con las evidentes repercusiones que ello traerá consigo para el libre intercambio de recursos genéticos (retraso en las publicaciones, quizá recorte de donaciones ante las supuestas regalías por percibir, etcétera). Los argumentos brindados para justificar esta postura no convencen y parecen tener como punto de apoyo una nueva tendencia que los relaciona con las universidades y con los laboratorios de las empresas transnacionales.<sup>42</sup>

El ICRISAT, Instituto Internacional de Investigación en Cultivos para los Trópicos Semi Áridos de la India y el CIMMYT, Centro Internacional para el Mejoramiento del Maíz y del Trigo de México, han comenzado, aparentemente, a implementar esta política. Los centros, creados para ayudar a resolver los problemas de cultivos agrícolas, proveedores de

<sup>41</sup> Monitor, *op. cit. supra*, nota 27, 1992, p. 14.

<sup>42</sup> Cfr. sobre toda esta problemática Grain, "Patentando vida en los Centros Internacionales", *Revelaciones*, núm. 3, octubre de 1991; Komen, John, "CGIAR statement on genetic resources and intellectual property", *Monitor. Biotecnology and development*, Amsterdam, núm. 11, junio de 1992, también léase del mismo autor *IBPGR and genetic resources*, en el número 4, de septiembre de 1990, de la revista citada anteriormente.



resultados de investigación todo con el fin de paliar la crítica situación alimentaria de los países en desarrollo, han escuchado el llamado que la biotecnología ha hecho a sus puertas y han decidido abrir. No obstante, conocen los complejos problemas que a nivel práctico y jurídico, es aceptado, esta decisión traerá consigo.

## VI. LA FAO Y LA CONVENCIÓN DE BIODIVERSIDAD

Las tendencias que con respecto a los DPI hemos reseñado líneas atrás poseen un denominador en común: desconocen los derechos de los pueblos indígenas y campesinos y los derechos de los dueños del material genético, rehúsan compartir los beneficios derivados del desarrollo biotecnológico. Al mismo tiempo incrementan los títulos de propiedad sobre las invenciones de este género, incluyendo la materia viva.

Sin embargo, tendencia contraria no se ha hecho esperar, la FAO con la labor indicada en las resoluciones 8/83 y 5/89,<sup>43</sup> el Diálogo Internacional de Recursos Fitogenéticos de Keystone, la UNESCO, y en especial la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y su Convención sobre Biodiversidad han intentado revertir las anteriores manifestaciones.

La creciente preocupación por la pérdida de la biodiversidad mundial condujo a la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN— a emprender una iniciativa tendiente a lograr la aprobación de un Convenio que facilite su conservación. El proceso fue avanzado en el Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), y enfocado hacia la Cumbre de Río de Janeiro. Luego de más de dos años de intensas negociaciones se obtuvo un resultado relativamente fructífero: la Convención sobre Biodiversidad. Las discusiones anteriores a su conclusión fueron difíciles y mostraron siempre un claro matiz Norte-Sur. El texto final que se presentó a Río, acabado en mayo de 1992 en Nairobi, no debe ser subestimado en su importancia.

El preámbulo de éste reafirma el valor de los recursos genéticos y el derecho soberano de cada Estado sobre su diversidad biológica. La Convención tiene entre sus objetivos: "...la conservación de la diversidad

<sup>43</sup> Sobre la labor de la FAO véase además, "FAO: global action on plant genetic resources and biotechnology", *Monitor. Biotechnology and Development*, Amsterdam, núm. 8, septiembre de 1991.

biológica, el uso sostenible de sus componentes y el justo y equitativo reparto de los beneficios producidos por la utilización de los recursos genéticos, incluido el acceso apropiado a esos recursos y la transferencia de adecuada tecnología...”

Para nuestros efectos, las principales disposiciones del Convenio son las siguientes:

Artículo 3. Determina el derecho soberano de cada nación para explotar sus recursos genéticos de conformidad con sus políticas ambientales.

El artículo 69 establece importantes parámetros para la conservación y utilización de biodiversidad.

El artículo 15. Acceso a los recursos genéticos. Establece el derecho soberano de cada Estado sobre sus recursos naturales y la autoridad para determinar el acceso a los mismos, sujeto a lo que dispongan las legislaciones nacionales.

No obstante, debe evitarse que las partes impongan restricciones contra los objetivos de la Convención.

Otros supuestos relevantes contemplados por este artículo son:

— El acceso será recíprocamente acordado.

— El acceso debe basarse en el consentimiento previo de las Partes Contratantes, salvo que se disponga otra cosa.

— Cada parte contratante tomará las medidas legislativas apropiadas para lograr compartir los beneficios obtenidos a partir de la utilización comercial de los recursos genéticos con la Parte Contratante que ha provisto tales recursos.

— La forma de compartir estos beneficios será mutuamente acordada.

El artículo 16, sobre el acceso a la transferencia de tecnología, determina que una de las partes esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la Convención es la transferencia de tecnología, incluida la biotecnología, entre las Partes, inclusive la transferencia en términos más favorables y preferenciales para los países en desarrollo. Además reconoce la existencia de una tecnología tradicional e indígena. Aspecto que también se contempla en el Principio 22 de la Declaración de Río.

En el artículo 19, Desarrollo de la biotecnología y distribución de sus beneficios, se reconoce que “Cada Parte Contratante tomará las medidas legislativas, administrativas o las medidas políticas apropiadas para proveer la efectiva participación en las actividades de investigación biotecnológica especialmente para los países en desarrollo que proveen los recursos gené-

ticos para la investigación”. Adicionalmente, refiere esta norma que cada parte puede tomar las medidas adecuadas para facilitar el acceso, sobre una base justa para las Partes Contratantes Países en Desarrollo, a los resultados y beneficios que provienen de biotecnología basada en los recursos genéticos aportados por tales partes. El acceso será realizado en términos mutuamente acordados.

Otras disposiciones, fundamentalmente relacionadas con el aspecto financiero, son de relevancia a nuestros efectos, no obstante, omitiremos hacer mayores referencias al respecto. Lo que si queremos dejar claro es que muchas e importantes variables quedaron fuera de la Convención en virtud del lógico proceso de negociación.<sup>44</sup>

Esta somera reflexión sobre tan complejo y trascendental acuerdo internacional, es suficiente por si misma para indicar la profunda divergencia que representa esta cosmovisión del problema: se habla de compartir los beneficios derivados de la biotecnología, de transferencia de tecnología, de concesiones en términos más favorables, del derecho soberano de cada nación sobre sus recursos genéticos, etcétera. Este último punto es de crucial importancia y constituye un giro radical: la noción de recursos genéticos como “herencia común de la humanidad” que permeó siempre el acceso al germoplasma, es sustituido por un “nuevo concepto”, ya reconocido por la Declaración de Estocolmo de 1972, principio 22, el del “Derecho soberano de los Estados”, sobre su diversidad biológica, una nueva estrategia,<sup>45</sup> que define el inicio de una etapa en el tratamiento de esta temática.

La convención es firmada por 153 países. Muchos de ellos naciones desarrolladas que habían rehusado apoyar la Resolución 5/83 de la FAO Sin embargo, el gobierno de los Estados Unidos, pese a las múltiples presiones de la comunidad internacional, no la firmó. Para justificar tal actitud esgrimieron varias razones:

— La Convención posee defectos técnicos, ambigüedades y da pie a interpretaciones divergentes de muchos de sus términos: por ejemplo que significa país de origen de un recurso, que implica el tomar las medidas adecuadas para asegurar compartir las ventajas de la biotecnología, acaso esto conlleva a permitir establecer licencias no voluntarias o de utilidad pública sobre las patentes, etcétera.

<sup>44</sup> Además, *La Agenda 21* contiene una sección relativa a la biodiversidad y una sobre la biotecnología.

<sup>45</sup> Kloppenburg y Lee, *op. cit. supra*, nota 10, p. 31.

— Traería consigo la pérdida de empleos para Estados Unidos, agravando aún más la recesión económica de esa nación.

— La Convención era inadecuada en lo tocante al tema de los DPI, especialmente, los relativos a la biotecnología y contrariaba obligaciones adquiridas por Estados Unidos en materia de DPI.

En el fondo pueden detectarse dos tipos de argumentos reales:

*Primero*, el reconocimiento de la necesidad de pagar un precio justo por el acceso a los recursos genéticos no era adecuado para las industrias biotecnológicas, semilleras y de fármacos, cuyas prácticas en ese sentido se habían construido sobre la base del acceso gratuito. Estas temían que las disposiciones de la Convención envalentonaran a ciertos países en desarrollo y estos condicionaran el acceso al germoplasma, situación que ya se había comenzado a presentar.

*Segundo*, las negociaciones del GATT, así como de otros foros de comercio, que negocian DPI, no serían beneficiadas por la firma de la Convención que tiende a dirigir sus objetivos hacia otra dirección. De tal forma que, el papel de las industrias biotecnológicas en la negativa a firmar la Convención fue decisivo. Estas empresas, temieron que la Convención restringiera los DPI, menoscabara la competitividad de Estados Unidos al forzarlos a transferir tecnología a los países en desarrollo y sentara al fin y al cabo un mal precedente en las negociaciones del GATT y de otros foros de Comercio.<sup>46</sup> Al final, las presiones de estas empresas y la visión del Poder Ejecutivo de ese país conllevaron la falta de firma del acuerdo en mención. Quizá muchos de los augurios de estas compañías resultan infundados a la luz de la versión final de la Convención.

Nuestro país firmó dicha Convención. Pero no se ha detenido allí. Mientras se negociaba en Brasil, los presidentes de Centroamérica firmaban la Convención Centroamérica sobre Biodiversidad. La misma contempla disposiciones relevantes en tanto afirma el derecho soberano de cada nación sobre sus recursos genéticos, la necesidad de compensar a los campesinos y pueblos indígenas, etcétera y configura, por tanto, una iniciativa más que se dirige en la dirección de la FAO, de la UNCED, que al fin y al cabo no hacen más que consagrar una aspiración muy justa, pero hasta hoy en día desatendida.

<sup>46</sup> "Biotech industry played role in U.S. refusal sign Bioconvention", *Diversity*, Reporte especial de la Cumbre de la Tierra, vol. 8, núm. 2, 1992, además de este mismo diario véase Raeburn, Paul, *The Convention on Biological Diversity: Landmark Earth Summit Pact opens uncertain new era for use and exchange of genetic resources*, y Pistorias, Robin, *was the US' refusal to Biotechnology and development*, Amsterdam, núm. 12, septiembre de 1992.

## VI. CONCLUSIONES

El potencial de los recursos genéticos en la era de la biotecnología es impresionante. Su acceso, por tanto constituye un tema de conflicto y controversia cargado de alegatos de justicia y compensación económica. Sobre el mismo, se plantean posiciones divergentes ubicables dentro del ámbito Norte-Sur. Actualmente, se debe proceder a reconocer una justa compensación a los países de donde se extrae la biodiversidad. El acceso, sus condiciones y formalidades debe ser determinado por cada nación en ejercicio de su soberanía nacional, para lo cual pueden esbozarse varias modalidades:

— Pago de una cantidad de dinero por la realización de labores de recolección de diversidad biológica.

— Pago de royalties o porcentajes sobre las ganancias obtenidas por la comercialización de productos o procesos derivados a partir de los recursos genéticos colectados en una nación.

— Transferencia en términos no comerciales, es decir más favorables, de tecnología y de los resultados obtenidos a partir de la diversidad genética.

— Capacitación científica, etcétera.

Adicionalmente, cada país debe tomar las medidas adecuadas para compensar a los pueblos campesinos por sus conocimientos, es decir para distribuir internamente los beneficios obtenidos de las negociaciones con las empresas.

Por ello, respecto a los sistemas informales de innovación ante la ausencia de una regulación expresa y conveniente, podrían pensarse en varias alternativas:

— Enmendar las convenciones internacionales para incluir los derechos de los agricultores.

— Crear una nueva convención exclusivamente para tutelarlos.

— Desarrollar un sistema alternativo de reconocimiento y compensación económica para los innovadores informales.<sup>47</sup>

— Incorporar en las negociaciones sobre DPI efectuadas en foros de libre comercio el reconocimiento de estos derechos.

En todo caso, las legislaciones nacionales, deben empezar a regular dos aspectos cruciales de esta problemática: la propiedad, formas de disposición

<sup>47</sup> Rafi, *op. cit. supra*, nota 18, p. 6.

y distribución de beneficios provenientes de los recursos genéticos y la protección jurídica de la biotecnología, en particular de la materia viva.

Precisamente, nuestro país avanza por esos senderos. La reciente Ley de Conservación de la Vida Silvestre ha intentado efectuarlo. A estos efectos son relevantes los antecedentes que brinda el proceso de aprobación de la ley, fundamentalmente su redacción anterior a la consulta de la misma a la Sala Constitucional, así como los artículos 3, 4, y 50 de la ley ya aprobada. Mucho podría comentarse sobre ellos, especialmente sobre la precisión técnica y constitucionalidad de los mismos, principalmente del artículo 3, no obstante, tan crucial tema no puede ser tratado en estas conclusiones con la profundidad debida. Únicamente, pretendemos realizar algunas aseveraciones sobre el contenido del artículo 50 de la ley, dice el mismo:

Todas las actividades de investigación y desarrollo que se realicen con el fin de obtener nuevas variedades vegetales, híbridos, fármacos o cualquier otro producto que se obtenga de las especies silvestres, de sus partes, productos y subproductos, deberán contar con la autorización correspondiente de la Dirección de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, la que podrá rechazar cualquier solicitud contraria al interés público. Le corresponde a este Ministerio fiscalizar la ejecución de estas actividades, para lo cual podrá hacer uso del conocimiento de las nuevas simientes así producidas para desarrollar programas de interés nacional.

Esta norma contiene una disposición similar, en cierta medida, a la Resolución 8/83 de la FAO. Presenta una seria limitación a la industria biotecnológica, limitación que se encuentra en seria discrepancia con las negociaciones que Costa Rica deberá afrontar sobre el DPI en los foros de comercio, ya sea el GATT o la Iniciativa para las Américas, por lo que alguna de las dos corrientes ha de prevalecer.<sup>48</sup>

Téngase presente que "...si los propósitos del GATT y de la OMPI tienen éxito, las únicas formas de innovación humana... que no serán patentables serán aquellas de los innovadores informales. Tiempo después, comida, medicina y aspectos de seguridad nacional serán sujetos de monopolios

<sup>48</sup> De todas formas, nuestro país no otorga patentes biotecnológicas a tenor de lo dispuesto en la Ley de Patentes, artículo 1.3, de las restricciones existentes al patentamiento de productos y procesos farmacéuticos, químicos y alimenticios, artículos 2. 6.8 y 20 y por la falta de aplicabilidad de las normas que sobre variedades protegidas se encuentran en la Ley de Semillas No. 6289 de 1978 y su reglamento.

exclusivos sólo el germoplasma mejorado será considerado (por el Norte) muy importante o muy conveniente para ser patentado".<sup>49</sup> Este artículo ha pretendido solamente sentar las bases para la discusión de una temática cuya actualidad sólo es superada por su importancia, sin perseguir agotar una problemática de ricos matices. Sólo queremos indicar que la misma no constituye un mero ejercicio académico o una cuestión meramente teórica. Por el contrario, configura un asunto de notable interés práctico. Valga la ilustración de esta afirmación con dos ejemplos concretos. El primero el conocido convenio firmado entre la empresa transnacional farmacéutica *Merck Sharp and Dohme* con el Instituto Nacional de Biodiversidad —INBIO, organización costarricense—, mediante el cual el segundo le asegura el acceso a la biodiversidad costarricense, incluida la existencia en parques nacionales, al primero a cambio de ciertos beneficios económicos, en lo que se conocen, US 1.000.000, participación (*royalties*) en las eventuales ganancias que depare la biodiversidad recolectada, capacitación científica, etcétera. Para algunos este convenio representa un modelo y un ejemplo de la manera de obtener una compensación por el acceso al germoplasma, para otros no es más que un mal negocio y una indebida disposición, por parte de un sujeto privado de bienes que no le pertenecen. Más allá de la controversia, lo cierto es que nuestro país ha sentido con inquietante fuerza, la realidad práctica que envuelve a la discusión que hemos esbozado a través de este artículo.

El segundo de los ejemplos es igualmente relevante aunque menos publicitado. A partir de un recurso genético existente en nuestra nación —el cartílago de tiburón— se ha obtenido un producto de utilidad contra el cáncer, cuya venta en los Estados Unidos se efectúa en \$60, aproximadamente 8000 colones, por cada 300 pastillas. No obstante, cabe preguntarse que beneficios recibe Costa Rica, lugar de origen del tiburón referido (Rodríguez 1992: 77-78). Posteriormente, se ha publicado que una industria costarricense estaba comercializando sus propias pastillas cuyo precio era de 700 colones un frasco de 30. Lo anterior sirve para reseñar la cotidianeidad que la cuestión que analizamos posee, que la aleja de ser una discusión abstracta.

Por último, citaremos algunas palabras que escribiera el extraordinario poeta Kahlil Gibrán: "Tus niños no son tus niños. Tus niños no son tus niños, ellos son hijos e hijas de la vida que corre por ellos. Ellos vienen a través de tí, pero no de tí. Y si bien están contigo no pertenecen a tí". El Profeta.

<sup>49</sup> Rafi, *op. cit. supra*, nota 18, p. 7.

## EPISTEMOLOGÍA E HISTORIA EN LA CONCEPCIÓN NEOKANTIANA

Carlos MALLORQUÍN<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** This article questions the use and viability of epistemological postulates in general to evaluate specific theoretical discourses. It does this analyzing certain propositions by W. Rickert and H. Dilthey as to how to construct the object of History. Given that this paper questions the practice of seeing theoretical discourses as products of epistemological postulates, and that epistemological discourses *per se* are implicitly or explicitly impossible to realize, theoretical discourses should be evaluated examining the consistency and relations of the concepts there by posited. In other words, no matter what epistemological sign an author is supposed to be following, the evaluation negative or otherwise should depart from the examination of the internal postulates and the concepts that make the discourse in question possible or impossible for that matter. On the other hand, a negative judgement that can be given to the epistemological sign, because of its assumptions, cannot, and should not be transferred on to its allegedly products.

**RESUMEN:** Este ensayo cuestiona el uso y la viabilidad de los postulados epistemológicos para evaluar discursos teóricos específicos, través del análisis de ciertas proposiciones de W. Rickert y H. Dilthey de cómo construir el objeto de la historia. Dado que ese artículo cuestiona la práctica de ver los discursos teóricos como producto de postulados epistemológicos y también de que el discurso epistemológico *per se* es imposible de realizar implícita como explícitamente, los discursos teóricos deben evaluarse examinando la consistencia y relaciones de los

1 Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.



conceptos planteados. En otras palabras, no importa qué signo epistemológico un supuesto autor siguió, la evaluación negativa u otra debe partir de un examen de los conceptos y postulados internos que hacen posible o imposible el discurso en cuestión. El juicio negativo que pudiera darse al discurso epistemológico, dados sus supuestos, no pueden ni deben transferirse a sus supuestos productos.

El siguiente ensayo cuestiona tanto la concepción de que el discurso debe evaluarse por medio de supuestos epistemológicos, así como la idea de que su evolución y su transformación obedece y pueda ser explicada a partir de dichos supuestos. Ejemplificaremos esto haciendo una referencia especial a la concepción neokantiana de la historia a través de los postulados de W. Dilthey y H. Rickert. Si bien no se tocará las relaciones entre sus obras y las de M. Weber, sí cabe advertir que los insoslayables problemas conceptuales y críticas que a continuación señalaremos para aquellos teóricos, pueden ser extendidos también a Weber.

En primera instancia, realizaré una descripción de las características generales de toda epistemología para demostrar su circularidad y dogmatismo. La crítica que se hace a los antes mencionados teóricos sólo en parte toma como parámetro el hecho de que su punto de partida —debido a sus concepciones epistemológicas— es insostenible. Es el inexorable “esencialismo” de su concepción histórico/sociológica la que demuestra sus insuperables problemas teóricos. Con ello también se busca aclarar que en dicho enfoque los problemas teóricos de la construcción del “objeto” de la historia no se evaporan si hacemos a un lado las formas de validación epistemológica de los discursos. Por otra parte, la noción de que los discursos son productos de alguna epistemología y por tanto, deben ser evaluados por sus postulados debe ser descartada. Esto quiere decir que las formas de constitución y validación del discurso, y en este caso la construcción del objeto de la historia, debe buscar sus soluciones y condiciones de existencia en los conceptos que construye discursivamente, y no como producto de una correlación sujeto/objeto, como lo supone el discurso “epistemológico”.

Se esboza la concepción positivista del conocimiento para destacar el contexto discursivo y trasfondo contra el cual se desarrollan los argumentos neokantianos. Posteriormente pasaremos a delimitar la problemática teórica que organiza los esquemas de Dilthey y Rickert, para finalmente pasar a la descripción de sus principales tesis con las que se construye un espacio u objeto para la “historia”.

Como veremos a continuación, el “objeto” de la historia teóricamente construido y que subyace en esta corriente hace de la tarea historiográfica —o sociológica— una actividad esencialmente especulativa.<sup>2</sup> Sus supuestos tanto explícitos como implícitos, a partir de sus propios postulados, engendraron problemas teóricos insuperables en la concepción del objeto teórico y en las acciones sociales postuladas; por consiguiente, tanto éstas u otras corrientes similares que parten del acto “creativo” del ser humano para establecer el objeto de la “historia”, y que además proponen escribir la historia a través de simples “descripciones de la realidad” e “interpretaciones”, sin antes haber especificado las condiciones de existencia teóricas/conceptuales de dichas “descripciones”, están predeterminadas a naufragar, o a imponerse como simples dogmas.

A grandes rasgos podemos decir que toda epistemología parte de la distinción y diferenciación entre una “realidad” y una entidad encargada de organizar y representar aquella, es decir, obedece a una relación de extracción y apropiación entre un “sujeto” (aquí caben toda una serie de categorías, “comunidad científica”, “sujeto trascendental”, “problemática científica”), y un objeto dado de antemano o préexistente (“realidad”, “fenómenos”, objeto concreto). Dadas las características abstractas generales antes delineadas, la crítica puede tomar una forma general. Las variaciones particulares de los presupuestos epistemológicos no afectan la descripción antes realizada.

En algunas ocasiones, este proceso se presenta como un acto de representación, entre un sujeto y un objeto preconstituidos (el empirismo por ejemplo), en otras, el sujeto epistemológico está conformado por categorías que hacen posible ordenar la realidad/objeto —por ejemplo la “kantiana”. Por su parte, la concepción racionalista supone un sujeto con la aptitud adecuada para realizar “abstracciones” que a su vez implica que la estructura subyacente de la realidad posee un orden y una lógica que será representada por los conceptos (Bachelard o Althusser). Sin embargo, todas estas formas de describir el origen del conocimiento postulan principios que deben aceptarse como fundamentales —y por tanto sagrados—,

2 El problema no radica simplemente en el fenómeno de la “especulación” *per se*, sino en el hecho de que no se establecen las condiciones teóricas de existencia que la hacen posible. Recuérdese el postulado de T. Parsons, por medio de Weber, de que no todas las acciones o conductas humanas son posibles de interpretarse o “entenderse”; para ello es necesario que estas acciones tengan algún “significado” para los involucrados. Lo que precisamente está en juego es el significado que cada uno puede imputar a sus acciones y la interpretación que de allí pueda deducirse por parte del observador.

son su punto de partida; es así que se postula y se describe la manera en que toma lugar el proceso del conocimiento, un proceso que se realiza a través de un mecanismo de representación/correlación entre el discurso y la realidad, sujeto-objeto. Si bien estos presupuestos son dogmáticos (de hecho son su “sosten”), el discurso aparece como el producto de dicha correlación. Estas teorías del conocimiento o epistemologías, no pueden poner en tela de juicio las condiciones de existencia del proceso del conocimiento implicado, de hecho, éstas no son productos de “conocimientos”, sino su punto de partida.

El empirismo privilegia y requiere la preeminencia incuestionable de un sujeto con cualidades sensoriales y de juicio específicas. La “experiencia” es el sustento de la validez y la evaluación y, por lo tanto, la justificación del saber o conocimiento. Este emana y se realiza a partir de los términos y proposiciones que deben designar lo que es dado a la “experiencia” de los sujetos humanos, los hechos de “observación”. (Existen sin embargo ciertas posturas “positivistas” que distinguen entre un lenguaje teórico abstracto y otro a-teórico). Por su parte, la postura kantiana, funciona con dos órdenes privilegiados, por un lado, tenemos las categorías, y por otro, la “experiencia”, que es ordenada por aquellas, ambos niveles y punto de partida son incuestionables, no son producto de un proceso del conocimiento o “metodología”; no obstante, las condiciones de existencia de dicho proceso del conocimiento, sus principios de partida, no pueden fundamentarse bajo sus propios términos.

En la concepción racionalista, el orden conceptual y el de la estructura de la “realidad” presuponen una relación homóloga, y son los conceptos los indicados para descifrar y describir el movimiento así como la forma de la realidad. En consecuencia, esta explicación no sólo presupone una adecuación *a priori* entre el sujeto y objeto, sino además la existencia o por lo menos en potencia de “objetos” externos al sujeto y al discurso. Lo real puede ser reproducido discursivamente vía su conceptualización mediante un proceso de abstracción; así van apareciendo las diferencias entre el “objeto del pensamiento” y el “objeto real”.

Por lo tanto las epistemologías en general presuponen una estructura sujeto-objeto, y cierto mecanismo de correlacionarlos. Ello supone la existencia de entidades capaces de realizar dicha tarea. Ambas entidades se preexisten y se suponen independientes entre sí, por lo menos inicialmente; nuevamente, no son productos de un conocimiento específico, son supues-

tos de antemano, son las condiciones de existencia que hacen posible plantear el proceso del conocimiento como una especie de representación / correlación, y así dar validez y justificación a cierto “saber”.

Las variantes dentro del esquema general de la epistemología suponen diversos ámbitos de lo cognoscible y de lo existente. Para algunas, sólo existe aquello que puede designarse y ser descrito por ciertos términos, así funciona el positivismo. En otras, como en la kantiana, las “cosas en sí”, la estructura “real” de las cosas no es accesible al conocimiento, por lo cual la facultad de la mente y sus categorías *a priori* sólo ordenan las estructuras externas de las cosas.

La existencia de ciertos ordenes privilegiados —incuestionables y sagrados— en cada una de las teorías del conocimiento, hace factible la emergencia de postulados que intentan sustentar la validez y prerrogativas para evaluar otros discursos que habrían privilegiado diferentes principios “epistemológicos”. De esta forma, estos discursos “errantes” pasan a formar parte del basurero histórico. Desde el punto de partida “empirista”, los términos o conceptos no “observables” serán desplazados por inoperantes, como algo sin validez o sin significado, o solamente “formales”.

Otro efecto —y defecto— correlativo de plantear que el desarrollo y origen del conocimiento es producto de una correlación entre un sujeto y objeto, es aquel que posibilita presumir la existencia de “objetos” potenciales independientes del discurso, que a su vez hace de éstos el ámbito legislativo para medir y evaluar los discursos con base a lo que supuestamente se conoce de estos “objetos”. Esto no significa negar la existencia de “algo” externo al discurso, y sí privilegiar el análisis de los conceptos con los cuales se intenta su descripción; así la tarea de evaluación pasa por analizar los “objetos” como entidades eminentemente discursivas y por tanto las relaciones entre sí de los conceptos con los que se especifican. En otras palabras, una entidad “extradiscursiva” no puede ser la medida de una discursiva, porque las “representaciones” se dan en última instancia “discursivamente”.

Por otra parte, las cualidades atribuidas al sujeto del conocimiento no pueden ser objeto de este, el sujeto no puede ser investigado porque este presupone las condiciones que hace posible semejante investigación: la “experiencia” y “juicio” funcionan como medios de representación, estos a su vez no pueden ponerse en tela de juicio a costo de interrumpir el acto

“epistemológico”. En otras palabras, las epistemologías no teorizan las condiciones de existencia de su punto de partida.

Ante la ausencia de un meta-discurso que pueda enjuiciar a todos los discursos, y entidades extradiscursivas que funcionen como principios legislativos sobre la validez de ciertos discursos, cabe volver a plantear que cada discurso y los “objetos” que llegue a especificar, deben analizarse a partir de lo supuestos y conceptos del discurso en cuestión.

La crítica a la epistemología como la correlación/representación de la estructura sujeto-objeto impone la desaparición de niveles conceptuales privilegiados en los discursos. Asimismo al negar que los “objetos” sean algo independientes del discurso y que se hallan constituidos apropiadamente para que sean representados a través del discurso, no quiere decir que no existan y mucho menos de que no haya saber o conocimiento, sino simplemente de que no existe razón alguna —ante de la teorización en cuestión— para presuponer que los objetos externos al discurso tengan una estructura adecuada para ser representados por el discurso; en otras palabras, se rechaza al modelo de la “correlación/representación” de la epistemología y la forma como ésta postula dicho mecanismo, con lo cual se evade a la epistemología y su forma de conceptualizar el saber. No se niega la existencia de “objetos” externos, se rechaza la noción presupuesta en las epistemologías en general de que estos tienen las cualidades, así como las formas apropiadas para ser representadas por el discurso. Al desplazar el principio teológico que supone que los objetos están creados para el hombre y su conocimiento, se descubren insospechables ámbitos para el análisis y la construcción conceptual.

Finalmente cada epistemología presume ciertos supuestos “ontológicos”. Impone cierta forma de concebir la causalidad de los “objetos” al suponerlos externos al discurso. La manera de relacionarlos es conceptualizada de diversas formas, dependiendo de los supuestos de cada epistemología; en la concepción empirista solo se puede aceptar la existencia de objetos observables, por lo que la causalidad se concebirá de manera mecánica, siendo la causalidad externa nada más que la existencia recurrente y regular entre los objetos, y que será contrastado vía la experiencia. Para la concepción racionalista, como el mundo se presume ordenado de manera racional, y siendo los conceptos la esencia de lo real, el mismo orden y relación entre los conceptos hace explícita la forma en que los objetos se relacionan entre sí. La causalidad entonces sólo puede denominarse como

“expresiva”, esto es, porque entre los fenómenos, su forma de aparición y su esencia existe una relación que se expresa en los conceptos. Esta relación y causalidad se articula de manera teórica, y que en última instancia implica un análisis entre los mismos “objetos”. Las formas conceptuales nos dirán las formas de aparición y funcionamiento de los objetos (esencias subyacentes), y como se correlacionan (causalidad).

Además 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, o sea la distinción discurso-realidad y su supuesta relación de “representación” impuesta por la “epistemología” como criterio de validez.

A partir de la crítica antes realizada debe reconocerse la inexistencia de protocolos (coherentes) *generales* para la práctica científica por una parte, y por otra, una ausencia de garantías extra-científicas (es decir filosóficas), de que todo lo que los discursos de las ciencias sociales producen es un conocimiento válido.

Segunda consecuencia: el saber no puede ser concebido como producto de una relación de abstracción/correlación entre el conocimiento por un lado y el mundo por el otro. Por lo mismo ya no cabe la distinción y la “correlación” entre un objeto “real” afuera del “conocimiento” y un objeto constituido dentro de éste. Los problemas del conocimiento como lo postula la epistemología y sus criterios de validez no son pertinentes.<sup>3</sup>

Avancemos entonces diciendo que la “historiografía positivista” asume que sus discursos substantivos, aparentemente escritos bajo su “método”, son el producto de una práctica elaborada por los historiadores a partir de ciertas reglas y de una conceptualización análoga a la que utiliza las “ciencias naturales”; con ello se expone una forma de validación, y una añoranza por una “cientificidad” concebida bajo el modelo de la mecánica dominante a fines del siglo pasado.

Un problema que se presenta inmediatamente es el de definir o describir el “método positivista”, porque, independientemente de su delimitación, encontramos que los discursos escritos bajo este signo no podrían ni validar

3 Véase para el argumento anterior Hindess, B., Hirst, P., *Mode of Production and Social Formation*; Londres, Macmillan Press Ltd., 1977; Hindess, B., *Philosophy and Methodology in the Social Sciences*; Londres, Harvester Press Ltd., 1977; Rorty, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*; U.S.A., Princeton University Press, 1980; Rorty, R., *Consequences of Pragmatism*; U.S.A., University of Minnesota Press, 1989.

o evaluarse por medio de los principios postulados en tal “método”. Cuando percibimos que estos discursos manifiestan una serie de categorías y conceptos no “comprobables” y que por lo tanto no tendrían por qué aparecer en el corpus discursivo, surge la explicación de que ello se debe a la incompetencia o lapsus del investigador en el uso del “método”; pero en última instancia, esta estrategia vuelve a introducir por la ventana un “metadiscurso” para evaluar los “procedimientos” en cuestión. Sin embargo cabría otro tipo de explicación: los discursos (sus objetos, conceptos, así como sus insospechadas categorías) al no tener una lógica predeterminada por algún método o epistemología fijado de antemano, recibirían una explicación como productos de los problemas teóricos del discurso en cuestión: la forma de construir sus objetos teóricos, mediante ciertos conceptos y no resultado de la ineptitud del “investigador”.

Ahora bien, si aceptamos explicar los discursos y sus “anomalías” recurriendo a elementos externos al discurso, es decir: productos de una mala utilización del “método” o debido a la incapacidad del investigador, ya sea por los lapsus o mal humor que sufría, entonces queda desplazada la causalidad original planteada en torno a la explicación sobre cómo se produce y evoluciona el discurso: ya no es consecuencia de un método, lo cual deja el proceso de conocimiento —el método— sin determinación alguna. Para dar cuenta de sus “productos” y “anomalías”, se pasa al recurso arbitrario de incorporar elementos explicativos extraños y externos al “método”, anulando las especificaciones teóricas propuestas inicialmente como determinantes del discurso: el “método”.

Esta crítica puede dar sustento a la idea de que este “problema” sólo surge con el “positivismo”, de tal forma que su solución se encuentre bajo otro signo epistemológico. Sin embargo, como ya se ha mencionado, es el discurso epistemológico en general el que es insostenible, y no sólo los supuestos implícitos del “positivismo” y su método.

Si la afirmación del positivismo se tomara en el estricto sentido que pregonan sus postulados (“excluir” lo metafísico, comprobarse a través de “variables” y su “causalidad”, y la “observación”) no funcionarían, y ello como hemos visto no se debe a las aptitudes de algún investigador, sino a la inoperancia de sus propios presupuestos. En primera instancia supone que el discurso y el lenguaje son una especie de cámara fotográfica de algo externo a ella, pero que paradójicamente requieren de cierto control para

que no se independice de la “realidad”. La aparición de entidades extrañas (lo “metafísico”) en el discurso, —no comprobables en la “realidad”— no tendrían cabida o validez bajo sus propios principios legislativos sobre lo que constituye el régimen de verdad sobre lo real u “objetivo”.

Dados los supuestos empiristas del positivismo y su método, ello supone que los objetos del saber existen y se ofrecen a la experiencia, al mismo tiempo que se suponen constituidos antes del proceso cognoscitivo; sólo es necesario “aplicar” cierto “método” para poder comprender y describir este o aquél objeto o lo real. Será el método el que guiará la acción cognoscitiva, la ciencia es un proceso en el cual se estudia de manera metódica los objetos de la experiencia. En otras palabras, el método es autosuficiente e independiente de los objetos del análisis, pero además, es la experiencia la que tiene el privilegio de materializar este proyecto. No obstante, es imposible sostener un proyecto que toma como su punto de partida la idea de que el objeto del conocimiento está dado previamente e independiente de los conceptos teóricos, como muy a pesar suyo se percató Durkheim.<sup>4</sup>

Como el positivismo parte de cierto escepticismo, sostiene que únicamente los objetos de la experiencia pueden existir o conocerse, lo dado a la experiencia es el único objeto posible de investigación, es el sujeto con capacidades de percepción lo que fundamenta este proyecto epistemológico, facilitando con ello la distinción entre lo real y la apariencia en nociones positivistas más elaboradas. Pero de todas maneras el saber se reduce a la representación verídica de un objeto externo —dado de antemano— por parte de un investigador, donde toda actividad teórica previa es desechada, por lo que el “conocimiento”, el saber, se halla fuera del discurso, en lo “real”. Paradójicamente, el saber no es una construcción, debe “descubrirse”.

Si por lo anteriormente dicho este proceso del “conocimiento” o método es imposible, debemos a su vez desechar una idea que generalmente se deduce a partir de esta crítica: los productos y discursos son declarados faltos de rigor o improcedentes por haber estado escritos bajo ese signo epistemológico. Sin embargo, ello supondría precisamente lo que aquí se está intentando descartar: que el discurso —su evolución, y transformaciones resultado de un método previamente especificado, independiente de los problemas que intenta construir—.

4 Véase: Mallorquín, Carlos, “Diferenciación entre teoría, método y técnica”, *Crítica Jurídica*, núm. 11, México, UNAM, 1993.



Según Collingwood, el “positivismo” consiste en: “...primero descubrir los hechos; segundo; establecer leyes. Los hechos son inmediatamente descubiertos por la percepción sensible. Las leyes son establecidas por medio de la generalización de estos hechos a través de la inducción”.<sup>5</sup>

Señalemos entonces que se requería una especie de “observación controlada”, pero de todas formas puede destacarse un problema que dicha perspectiva no considera: de que los “hechos” y/o los “datos” tienen condiciones de existencia muy específicos, es decir, teóricas, y que por lo tanto no existe investigación, ni ordenamiento y producción de datos/hechos/eventos sin “prenociones”;<sup>6</sup> los datos son productos constituidos dentro de cierto aparato conceptual, del cual una serie de categorías y técnicas son puestas en acción para organizar y fabricar los “datos”.<sup>7</sup>

Toda la problemática epistemológica implica el modelo de representación y correlación entre un sujeto y un objeto dado de antemano, y nos hemos referido a la circularidad y dogmatismo, así como de las consecuencias que de ella se derivan cuando pasa a ocupar el papel legislativo sobre lo que debe verse como la “verdad”. Por lo tanto, cuando analicemos la perspectiva neokantiana, antes de una crítica a sus supuestos “epistemológicos”, cabe examinar la forma en que construye su objeto teórico y los problemas que de allí se derivan. Si esto es posible, cabe recordar que en torno a Rickert y Dilthey no se puede presumir de cierta “unidad” discursiva por el simple hecho de haber escrito bajo cierta postura “epistemológica”. A su vez, la denominación de “historiografía neokantiana” tiene la función analítica de delimitar algunas de las consecuencias teóricas adversas que emergen en todo tipo de discurso que supone ciertos postulados esencialistas.

Dilthey y Rickert compartían una misma problemática e interrogantes. Fue explícito su proyecto para establecer formas, criterios y un método para dar validez a los discursos en el ámbito de los estudios de la “cultura”. El imperialismo de las ciencias naturales y sus supuestos métodos científicos tuvieron que ser combatidos. Se suponía que las “ciencias naturales” eran producto y consecuencia de emplear un “método”<sup>8</sup> en particular y que este

<sup>5</sup> *The Idea of History*, New York, Oxford University Press, 1956 existe traducción por F.C.E. México, 1967, p. 126-127.

<sup>6</sup> Véase Mallorquín, Carlos, *op. cit.*, *supra*, nota 4.

<sup>7</sup> Véase: Hindess Barry, *The Use of Official Statistics in Sociology*, Londres, ed. Macmillan, 1973, puede verse también la crítica a la epistemología empirista por parte de Althusser L., *Para leer el capital*, México, ed. Siglo XXI, 1975.

no podía ser incorporado al estudio de las ciencias culturales. Surgía por lo tanto la interrogante sobre la manera de acceder al conocimiento o al saber en el ámbito “cultural” o espiritual, sin imponer ni las evaluaciones ni los “métodos” de las ciencias naturales.

Las bases del argumento para desplazar el “método” de las ciencias naturales del ámbito de las culturales partía inicialmente de una distinción metodológica, pero que esencialmente implicaba una distinción “ontológica” sobre los objetos teóricos respectivos, es decir, diferenciaba dos ámbitos: “naturaleza” y “cultura”. Esta oposición suponía tipos de saber diferentes, así como formas y procesos de acceder al conocimiento; la “naturaleza” era gobernada por leyes, que por definición eran universales y por lo tanto cabían fácilmente las generalizaciones, sus “objetos” no tenían significado o sentido alguno más que aquél que nuestra cultura les otorgaba a partir de cierta escala de valores culturales allí hegemónicos, por lo tanto, sus “objetos” estaban determinados por una causalidad externa, mecánica y predeterminada. En el ámbito de la cultura, no existía dicha causalidad o determinación, era un saber que expresaba y daba a conocer el sentido o significado cultural de los actos de la “libre” voluntad de los sujetos humanos y por lo tanto no podía predecirse; el hombre creador de la cultura y significados que le daban sentido, engendraba objetos, eventos, pero con algún sentido y significado en particular, pudiendo estos reconocerse e identificarse a través del acto de “comprensión” o “entendimiento”. Este proceso cognoscitivo implicaba un acercamiento a su objeto intentando “revivir” las vivencias y el sentido de las acciones de los protagonistas históricos en cuestión. A diferencia de los objetos del ámbito “natural”, donde la relación sujeto/objeto es externa y las relaciones entre los objetos no tienen “significado” (*meaning*) pero sí una causalidad, aquí el sujeto investigador intentaba recrear y corroborar la experiencia del pasado y presente a partir de los significados y los valores culturales entonces dominantes (más adelante veremos las diferencias entre Dilthey y Rickert al respecto).

8 Ya hemos indicado que la noción de la existencia de un “método” previo e independiente del objeto de la investigación es de difícil sustentación. Lo que por ese entonces no se problematizó fue la noción de que supuestamente la “ciencia” tiene un método y objeto unitario, idea insostenible hoy en día; puede verse una buena crítica a estas nociones en “Method, Social Science, and Social Hope” en Rorty R., *Consequences of Pragmatism, op. cit., supra*, nota 3. Y para un buen ejemplo descriptivo de cómo se construyen los conceptos en las “ciencias naturales” véase: Chalmers, Alan, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, México, ed. Siglo XXI, 1990.

Por un lado la ciencia natural —según nuestros autores— podía decirse privilegiada por lograr cierta “objetividad”, pero por otro lado, —a diferencia de las culturales— su saber estaba restringido y a la incertidumbre de no alcanzar plenamente el conocimiento real de las “cosas en sí” —Kant— con lo cual se perdía la garantía de un total conocimiento de las cosas. Sin embargo, en la ciencias culturales la manifestación de la voluntad humana, la expresión de sus acciones por medio de símbolos culturales que dan significado a la vida, garantizaban la identidad entre el sujeto y objeto, y la del ser del conocimiento y el objeto del conocimiento, ello hacía posible la existencia de un saber absoluto en ese ámbito (un saber intersubjetivo entre los seres humanos que requería una interpretación), y este saber consistía en “comprender/entender” los significados de las acciones de los humanos de libre volición. El problema sobre si este es un saber “objetivo” o no, surge precisamente como resultado de la forma en que constituye su objeto teórico; es decir, lo social es causa y efecto de diversas voluntades y significados intersubjetivos por lo que se imponía la interrogante de si dicho conocimiento podía estar libre de las “subjetividades” del investigador.

No obstante, el “hombre” como parte integrante de la naturaleza, o sea, del ámbito biológico, podía ser analizado con el método supuestamente en acción en las ciencias naturales, allí el hombre podía medirse y evaluarse bajo una óptica y como producto de una causalidad externa. Es precisamente en este tema donde Dilthey emprende su distanciamiento de la posición “neokantiana”. Si por un lado estaba de acuerdo que el “hombre” podía ser explicado como parte de la “naturaleza”, por otro, discrepaba con la escuela de “Marburgo” en el sentido de que este “hombre” no era el sujeto kantiano trascendental, que según Dilthey, era simplemente una invención metafísica.

Este sujeto suponía imponer orden al mundo a través las categorías *a priori* del pensamiento, que a su vez se presuponían innatas al sujeto humano. Dilthey, en conformidad con Rickert, aceptaba que los estudios culturales o del “espíritu” requerían para entender sus fenómenos de un proceso de “comprensión”/“entendimiento” por parte del investigador. Esto era posible y necesario —como dijimos más arriba—, porque la “mente humana” se había impregnado en el orden social, este orden presentaba las huellas de las actitudes intencionales (con cierto sentido en particular) de los seres humanos, de tal forma que sería la “interpretación”

(“comprensión”) por parte del investigador el que se encargaría de descifrar sus significados culturales, es de esta forma que se gesta el “conocimiento” sobre la acción del pasado de los hombres. Así el acto interpretativo pasaba a conformar parte del acervo del “conocimiento”, sin embargo, como decía Dilthey, para esto primero era necesario reemplazar al sujeto trascendental kantiano sin vida (*bloodless*) por uno que demostrara su historicidad.

Por consiguiente, Dilthey se tomó la tarea de construir un sujeto que supusiera capacidades de ordenamiento de la “realidad” pero no bajo categorías eternas *a priori*, en su lugar se tendrían que construir y depositar las categorías históricas que comprenden al sujeto, y estas pueden deducirse de la “vida” misma del sujeto. Cada periodo histórico del cual cada sujeto formaba parte, debía observarse como la base o fundamento del origen de las categorías. La “vida” del individuo y sus problemas recurrentes, y los significados que éste había otorgado a ésta, desarrollaban las categorías que eran inherentes a él en esa experiencia. Así, rechazaba simultáneamente la noción del sujeto como mero reflejo/espejo “tabla rasa” de un exterior dado, y el sujeto trascendental kantiano. Digamos de paso, que desde otro punto de partida, K. Mannheim<sup>9</sup> también intentó desplazar el sujeto epistemológico tradicional, sustituyéndolo por un sujeto “social”, mientras que para Dilthey lo que constituye al sujeto es su “experiencia” en la “vida” y el periodo histórico que habita y de donde emergen las categorías y significados culturales que ordenan la realidad.

Hagamos notar de paso que cuando los neokantianos hablan del sentido o “significado” cultural de aquel u otro evento/acción en cierta época histórica, estos provienen del hecho de que entre la sociabilidad de los hombres existen “valores” culturales, y son estos los que hacen posible discernir y “evaluar” la importancia diferencial entre uno u otros significados para un mismo periodo o para aquel al que pertenece el investigador.

Para Rickert, los análisis “culturales” o “históricos” de las individualidades originales demostraban su significado e importancia para su época a partir del valor cultural otorgados a esta. Estos fenómenos singulares (“acontecimientos”) a diferencia de las explicaciones en las ciencias naturales no podían tomarse como recurrentes, que no significaba la imposibilidad de generalizar. Lo que no cabía era su contemplación como

<sup>9</sup> Véase el segundo capítulo de Mannheim, K., *Ideología y Utopía*, Madrid, Aguilar, 1973.

generalizaciones gobernadas por “leyes”. Los acontecimientos en su especificidad eran alcanzados y descubiertos por el historiador por medio del repertorio de valores culturales existentes en cierta época histórica, estos valores eran los principios de selección para ordenar los “datos” o la “información”. Por lo tanto, a través de los acontecimientos significativos podíamos discernir y “revivir” y al mismo tiempo “comprender”/“entender” los procesos de la historia.

Sobre este enfoque, tanto Dilthey y Rickert estaban en total acuerdo. También compartían y asentían en el hecho de que las ciencias naturales requerían de una explicación causal, de tal forma que el proceso de “comprensión”/“entendimiento” era impertinente porque allí procedían las “explicaciones”; las leyes naturales no podían “comprenderse”, es decir, el choque de dos bolas de billar a cierto ángulo era “incomprensible”, pero podía “explicarse” en términos y razón de su velocidad y espacio.

Dilthey por su parte, se distanciaba de las tesis de Rickert en torno al origen del acontecimiento o evento significativo. Según Dilthey, esto se debe a que lo “significativo” no podía surgir de “intenciones” estructuradas por valores culturales *universales* trascendentales, y por medio de los cuales los sujetos creaban los acontecimientos particulares importantes y significativos. Para Dilthey el significado o sentido emerge de la posición del sujeto en relación a su “vida” y sus inmediaciones, sus valores culturales eran específicos al contexto de su convivencia. Asimismo en oposición a Rickert, sostenía que el supuesto de los valores culturales trascendentales como punto de partida para el análisis cultural, daba muerte de un plumazo a la investigación histórica concreta.

Según Dilthey, las categorías con las cuales creábamos los acontecimientos significativos y a través de las cuales lográbamos nuestras intenciones, así como nuestro entendimiento mutuo, necesitaba de una explicación que partía del supuesto de que ellas se originaban en la “experiencia” de la “vida” misma, no eran dadas de una vez para siempre, ellas podían evolucionar por medio y a través de la misma “experiencia”.

Afirmaba que para entender a la “experiencia”, y las categorías por las cuales la organizamos, debíamos proceder convirtiendo nuestros pensamientos en objeto a nuestras mentes, es decir, no el pensamiento organizado sino la misma experiencia como un objeto de introspección, de esta manera observaríamos que nuestras categorías son conformadas en el proceso de la vida misma, por ejemplo: “sentido”, “poder”, “desarrollo”, etcétera.

El procedimiento se lleva a cabo por lo que Dilthey denominó como “pensamiento silencioso”, y que nos presentaría a la “experiencia” de manera inmanente, como una entidad prediscursiva o prelógica que podría reconocerse. Sin embargo, Dilthey sostenía que este ámbito “prediscursivo”, una vez en su forma “racional” o discursiva, nunca sería una representación “real” de aquella “experiencia”; de manera análoga podemos decir que este proceso se asemeja a la manera en que Freud argumentaba que los sueños eran “organizados” por un proceso posterior y que nunca reflejaba ni el orden y ni el encadenamiento del sueño en sí, ni sus significados pulsionales.

Dilthey supone al sujeto humano con el don y la capacidad de “experiencia” para realizar un salto mortal y observarse a sí mismo; esto puede decirse de manera paradójica: lograr comprender la esencia “real” de la experiencia, pero sin dejar la “experiencia”. En resumen, es de esta “experiencia” que emergen y se desarrollan las categorías y significados que ordenan la vida.

Se ha señalado una posible crítica en torno a la existencia de este proceso del conocimiento en alusión al dogmatismo de las aseveraciones epistemológicas, sin embargo no es necesario ir tan lejos para destacar el misticismo que implica lograr comprender el proceso de “experiencia” al que se remite Dilthey. En este sentido podemos decir que es inconsistente inclusive con sus propias postulaciones, es decir, si se acepta la tesis de Dilthey cuando sostiene que es la experiencia la que provee nuestro conocimiento y comprensión de otros en el mundo, ¿Cómo lograr detener ese proceso de “experiencia” e intentar de manera simultánea apropiarse del proceso mismo por medio de una “experiencia” más profunda o fundamental?

Si ello es posible, entonces el pensamiento discursivo ya no corresponde propiamente dicho a un proceso de “experiencia”, sino uno que depende de condiciones de existencia donde es factible una entidad con categorías independientes de la “experiencia” de la “vida”; conclusiones contrarias a las que sostenía Dilthey.

En síntesis, el objetivo central del “joven”<sup>10</sup> Dilthey fue la construcción de un “sujeto humano”, que podría verse como un desarrollo o producto de la “vida” misma, argumentando que este “sujeto” resolverá incluso gran parte de los problemas tradicionales de la epistemología, es en este sentido

<sup>10</sup> Véase: Hodges, H. A., *The Philosophy of Wilhelm Dilthey*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1952.

que debe entenderse su afirmación de que la psicología subsanará a la epistemología.

Con una nueva psicología se posibilitaría el conocimiento de la “estructura mental” con la cual toma forma la comprensión o el entendimiento, producto a su vez de la vida misma. Esta psicología es anticonductista en el sentido de que no aceptaba ninguna hipótesis para realizar e iniciar el análisis, y el conductismo estudiaba las leyes formales del comportamiento mental, suponiendo precisamente eso; Dilthey partía más bien de la idea de que era posible lograr un análisis y conocimiento pleno de las capacidades mentales *a priori* que hacían concebible cierta ordenación del sentido y la “unidad de la vida”, pero que debía estudiarse en y a través de la experiencia misma sin recurrir a hipótesis alguna.

Esta estructura mental era esencialmente teleológica, fundamentada en acciones intencionales que toman forma en diferentes combinaciones, pero todas las acciones eran en ese sentido intencionales.

Por consiguiente, la objetivación de la mente en el mundo y su personificación estaba por doquier, tanto el orden de los árboles en los parques, como la ruinas del Imperio Romano podrían ser expresiones por excelencia de la acción intencional teleológica de la mente humana. Esta podía “comprenderse”/“entenderse” a través de sus representantes o símbolos, expresiones de la acción de la mente humana. Es así como se hace posible la historia en base a las acciones de sujetos humanos por medio de la comprensión del sentido y significado de la historia para estos. El historiador debía “entender”/“comprender” las experiencias del pasado haciendo “revivir” los actos/acontecimientos, es decir, el mismo historiador debía volver a “vivir” las experiencias de los actores cuando estos llevaron a cabo esta o aquella acción, era la experiencia interna de estos actores la que debía rescatarse.

Sin embargo, en el “viejo” Dilthey observamos un importante cambio teórico a raíz de las críticas y derrumbe de su noción de que la psicología era el sustrato básico de las ciencias culturales. Los argumentos opuestos sostenían que era imposible enterarse de la “estructura mental” por medio de la simple “experiencia”, además no podía darse cuenta de esta solamente vía la experiencia porque era imposible comprenderla globalmente ya que esta se suponía siempre en acción y proceso, su recurrente evolución no podía ser abolida de manera *a priori*; por otra parte, cabe destacar que esta misma teorización requería de una “hipótesis” que no podía decirse que se originó de la “vida” misma.

Dilthey entonces pasó a una posición más cercana a la de Rickert, ahora las expresiones de la “vida”, sus objetivaciones, el sentido, así como el significado de estas para el sujeto humano que las sufría no requería de descubrimiento o investigación, la “experiencia” de tales acciones en cuestión no suponía “revivirlas”, no eran pertinentes los sentimientos implícitos del nuevo sembradío u orden de árboles en el parque o la experiencia de ver caer la última piedra del Imperio Romano. La nueva concepción tomó como parte central de sus argumentos la idea de que el sentido de los acontecimientos y acciones debían observarse en términos del significado cultural que ellas poseían para la época y para la vida del individuo.

En suma, para Dilthey y Rickert la historia era un objeto de análisis guiada por valores culturales, que ordenaban el material y los datos/información/eventos, pero también el significado cultural que dichos eventos detentaban para la época. Una época debía describirse y comprenderse en relación a los valores culturales y significados predominantes por esa época. Ahora bien, para Rickert los valores culturales eran un fenómeno universal.

Dilthey rechazaba el aspecto trascendental de los valores culturales como aparecían en la obra de Rickert. Como hemos visto, para Dilthey, los valores culturales emergían y crecían en el contexto de la vida y su relación con la época en cuestión, podían ser: “heterogéneos, polivalentes, infinitos y perversos”. Sin embargo, Dilthey no se percató que él también partía de cierto valor cultural fundacional primario y “universal”: la “vida” misma; ya que es sólo a partir de esta noción que puede originarse el sentido o significado.

Habiéndose tachado de relativista a Dilthey, por sostener que los hombres viven bajo una gran variedad de valores culturales, éste fue obligado a replicar que el proceso para evaluar a cada uno de los valores culturales, y saber cuáles eran mejores o peores o más dignos de significado y cuáles se pueden decir haber gobernado toda la historia era un problema para la filosofía de la historia, problema sin lugar alguno en los análisis históricos empíricos.

La interpretación de una época emana y toma forma de los “valores” culturales, su sentido y significado se realizaba por medio del proceso de “comprensión”/“entendimiento”. En última instancia esta óptica reduce todo el campo de la historia a las acciones intencionales (“creativas”) de los individuos: en Dilthey prácticamente cualquier fenómeno podía perso-



nificar la expresión y manifestación de la acción de la mente humana, y por lo tanto, en cualquier sitio podían encontrarse los significados de la acción humana, de esta manera el “objeto” de la historia era prácticamente ilimitado en términos de tiempo, lugar y geografía: las posibilidades para la especulación eran mucho más amplias de lo que incluso el “realismo mágico” latinoamericano supuso. Tanto leyes, libros, y árboles en el parque cabían como emanaciones de la acción humana, o personificaciones de la objetivación de la mente humana, todas “expresiones” de ella, así era imposible delimitar las fronteras del campo de la ciencias culturales. Por consiguiente, debido a que la historia investiga el “pasado” y lo que este representa en cuanto al significado y personificaciones de las acciones de la mente humana, la “historia” se convertía en la realización de una esencia inmanente, que se reflejaba por doquier y se originaba únicamente en el sujeto humano. A diferencia de Hegel, no era la realización de la “Razón”, porque ello hubiera implicado suponer la existencia de una escala evolutiva de valores culturales jerárquicamente ordenados, lo cual destruiría tanto el relativismo total de Dilthey ante la inexistencia de valores culturales superados y/o decadentes, así como su concepción de que las acciones humanas son esencialmente individuales sin una lógica más allá que la constituida por la propia vida.

En cuanto a Rickert, también la especulación era inherente a la forma de hacer historia. Es a partir de la idea de que un acontecimiento histórico es significativo, siempre y cuando estuviese articulado a algún valor cultural, que Rickert constituye los “objetos” de la historia, por lo tanto estos podían ser innumerables e ilimitados, porque en última instancia cualquier “objeto” podía ser apropiado y descubierto por algún valor cultural dado, otorgándole significado y sentido, por otro parte incluso los objetos u “hombres” que renieguen de ciertos “valores” culturales podían ser “entendidos” en términos del significado que estos tenían para ellos. Así bajo los “estudios culturales”, todo tipo de fenómeno podía ser significativo con referencia a cierto “valor” cultural, dejando campo abierto a todo tipo de especulaciones. Las consecuencias especulativas de ésta óptica quedaron claramente plasmadas en los intentos de M. Weber de resolver este dilema, proponiendo un análisis “interpretativo” por un lado, sumándole uno “causal” por otro, haciendo posible con ello hablar de “relativismo” incluso en el ámbito de la causalidad.

Por último cabe destacar que la crítica aquí adoptada a la forma en que los neokantianos construyen su “objeto” de la historia no debe llevar a la conclusión de que entonces todos sus análisis específicos históricos también son una serie de “especulaciones”; eso supondría precisamente lo que se ha intentado poner en tela de juicio al inicio del ensayo: que el discurso es producto de un “método” o “autor” predeterminado que juega el papel de correlacionar y representar un ámbito de lo “real” vía el de las “ideas” o discurso. Hemos visto que diversas epistemologías plantean bajo diferentes principios semejante tarea de “validación”. Sin embargo, si los textos son productos de una serie de problemas y conceptos, son estos los que determinarán la lógica y curso del discurso y por lo cual estos tendrían que analizarse a partir de la información y datos que destacan en su argumentación; un raciocinio como el que aparece en el libro de *La ética protestante del capitalismo* de Max Weber no debe valorarse como la personificación del “método” interpretativo, y de allí pasar a deducir sus postulados “insostenibles”. El texto evidencia suficiente información y argumentos para postular las causalidades y determinaciones allí establecidas; el planteamiento que intenta explicar la pertinencia de cierto “espíritu” y sus consecuencias para el surgimiento de una economía mercantil/capitalista debe evaluarse a partir de sus puntos de partida, sin tener que recurrir a aquello que se denomina como el “método” interpretativo o de “comprensión”.

Por consiguiente el discurso no puede observarse y menos aún evaluarse por la supuesta pertinencia o emanación de cierto método, porque las “anomalías” o “inconsistencias” que indudablemente se encontrarían en los discursos no podrían explicarse más que recurriendo a la tesis de que el discurso o el autor no utilizó debidamente cierto método (o sus presupuestos epistemológicos), pero esta estrategia dejaría indeterminado y por lo tanto sin explicación la evolución del discurso, contradiciendo sus propias tesis en cuanto a la emanación y lógica del discurso (como resultado de un método) de tal forma que siempre tendría que recurrir a una explicación “externa” y *a posteriori* del discurso y sus “objetos”.

Lo anterior no significa que la postulación de cierto “principio” o signo epistemológico, bajo el cual supuestamente debió haberse escrito un texto, no tenga consecuencias para el discurso en cuestión; pero incluso aquí las consecuencias deben extraerse a raíz del análisis y no pueden deducirse *a priori*. Digamos por ejemplo que el discurso que se presenta como “positivista” tendrá que obviar explicaciones o descripciones no “observables”.

Pero ya se ha señalado que ningún proyecto epistemológico puede sustentar y menos explicar sus puntos de partida sin su afirmación dogmática y menos aun mantenerse bajo la lógica de sus supuestos, por ello tarde que temprano aparecieron en la física los “protones” y “cuarks” que imposibilitan navegar acariciar la “realidad”.

Cabe entonces separar el problema de la evaluación<sup>11</sup> y consistencia del discurso, de aquel que corresponde a su evolución y mutación en otro. Por un lado tenemos: A) El orden lógico de los conceptos y sus relaciones entre sí —a veces jerárquicas— para la especificación de su saber y sus objetos; es decir, ello supone un análisis y problema “interno” del discurso, por otro, B) la generación, transformación y producción del discurso.

Por lo general, las tareas descritas como “A” y “B”, son analizadas como producto de cierto “método” o “pensamiento de un científico”, tanto en los conceptos que hacían posible la obra como las razones que proponían como el sustento del desarrollo y transformación del discurso y de la investigación, cuando de hecho estamos hablando dos aspectos que deben tomarse de manera separada.

Los problemas de la evaluación de los conceptos que hace posible una investigación del orden especificado como (A) impone observar y buscar la “sincronía” implícita y explícita entre los conceptos. Sin embargo el problema de cómo se genera y evoluciona y se transforma el discurso (B) no tiene por qué confundirse con el anterior aspecto; existen muchas limitantes conceptuales en todos los discursos, y que son precisamente estas las que hacen posible las inconsistencias, y su superación se logra únicamente a través de una reelaboración conceptual —discursiva—, de tal forma que esto no tiene nada que ver con la comprobación de si el discurso es o no una “representación” verídica o no de algún fenómeno “extradiscursivo”. En otras palabras, en última instancia la propia distinción “discurso”-“realidad”, “ideas”-“realidad”, “sujeto”-“objeto” es tan “metafísica” como cualquier otra porque esta tarea se elabora “discursivamente”; dónde inicia, y dónde termina la “realidad” es un debate esencialmente discursivo, “teórico”.

Finalmente concebir que puede existir discurso alguno sin inconsistencias y problemas por desarrollar, es suponer no sólo la coherencia y *racionalidad* del clásico sujeto epistemológico, sino además de que

<sup>11</sup> Véase: Hindess, B., *Philosophy and Methodology in the Social Sciences*, op. cit. supra, nota 3; Rorty, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*, op. cit.

el discurso es algo finito, posibilidad que sólo las epistemologías plantean, planteamiento por el cual se niega “veracidad” a discursos con “objetos” irreconciliables entre sí debido a sus diferentes puntos de partida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, L., *Para leer el capital*, México, Siglo XXI, 1985.
- ANTONI, C., “From History to Sociology: The Transition in German”, *Historical Thinking*, Londres, Merlin Press, 1962.
- COLLINWOOD, R. G., *The Idea of History*, New York, Oxford University Press, 1956, existe traducción por FCE.
- DILTHEY, W., *Pattern and Meaning In History*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1954.
- HINDESS, B., *The Use of official Statistics in Sociology: a critique of positivism and ethnomethodology*, Londres, Macmillan, 1973.
- , *Philosophy And Methodology In the Social Sciences*, Harvester Press Ltd., 1977.
- HINDESS, B., y HIRST, P., *Mode of Production and Social Formation*, Londres, Macmillan Press Ltd, 1977.
- HODGES, H. A., *The Philosophy of Wilhelm Dilthey*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1952.
- MANDELBAUM, M., *The Problem of Historical Knowledge*, Nueva York, Harper Torch Books, 1964.
- MANNHEIM, K., *Ideología y Utopía*, Madrid, Aguilar, 1973.
- RICKERT, H., *Science And History: a Critique of Positivist Epistemology*, Nueva York, Van Nostrand, 1962.
- RICKMAN, H. P. (comp.), *Dilthey W. Selected Writings*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1975
- RORTY, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, 1980.
- , *Consequences of Pragmatism*, University of Minnesota Press, 1989.

## EXPLORACIÓN DE SUPUESTOS Y CRITERIOS DE RACIONALIDAD EN LA TEORÍA SOCIAL EMPÍRICA Y NORMATIVA

Claudio E. MARTYNIUK<sup>1</sup>

**1. El infalible e influyente sir Karl Popper<sup>2</sup> gusta afirmar la imposibilidad de predecir por métodos racionales el crecimiento futuro de nuestros conocimientos científicos. También postula que no podemos predecir el curso futuro de la historia humana y que resulta —por lo menos hasta su refutación— imposible una ciencia social equiparable a la física teórica, ya que**

El término sociedad abarca, claro está, todas las relaciones sociales, inclusive las personales...Por muchas razones es enteramente imposible controlar todas o 'casi todas' estas relaciones; aunque sólo sea porque con todo nuevo control de relaciones sociales creamos un sinnúmero de nuevas relaciones sociales que controlar. En resumen, la imposibilidad es una imposibilidad lógica (El intento lleva a una regresión infinita: la posición es la misma en el caso de un intento de estudiar la totalidad de la sociedad que tendría que incluir este estudio).<sup>3</sup>

Además, considera que el factor personal o humano continuará siendo el factor irracional, el elemento incierto y voluble *por excelencia* en la mayoría, o todas, las teorías sociales y en las instituciones y la vida social. Cualquier intento de control sólo podrá triunfar sometiendo la incertidumbre a través de un tipo de encierro dictatorial —teórico o práctico— que produce la disolución de la diferencia personal.

1 Universidad de Buenos Aires.

2 *La miseria del historicismo*, Buenos Aires, Alianza, 1992.

3 *Ibidem*, pp. 93,94. Resulta curioso que esta posición sea la opuesta a la sostenida por Popper en relación al conocimiento del mundo subatómico. Ver, p. e., *Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1963, esp. "Tres concepciones del conocimiento humano".

2. La imagen fragmentaria y sórdida del universo social y personal quizá guarda vínculo con la genealógica disputa metodológica entre la posición individualista y el enfoque estructuralista.

Así podemos recordar como para Marx, en economía no resulta apropiado referirse en términos motivacionales, y sí lo es hablar de limitación de la voluntad personal de los individuos. En cambio, para el individualismo —por ejemplo el de la escuela austríaca— la motivación del acto económico se encuentra en el eje de sus construcciones teóricas. Dejemos que un marxista lo exprese:

En efecto, mientras que Marx considera el movimiento social regido por leyes que no es que sean independientes de la voluntad, de la consciencia y de las intenciones humanas, sino que, por el contrario, determinan su voluntad, su consciencia y sus intenciones (*Capital*, LI, p. XVI, FCE: p. XXII), Böhm-Bawerk hace de la consciencia personal del “sujeto económico” el punto de partida de su análisis.<sup>4</sup> En otras palabras: Marx examina las leyes que dirigen los resultados de las voluntades individuales, sin examinar esas mismas voluntades en sí mismas; examina las leyes que rigen los fenómenos sociales, haciendo abstracción de su relación con los fenómenos que tienen su origen en la consciencia individual.<sup>5</sup>

Este enfoque se opone al método “singularista”, nominalista, y encuentra origen en una visión de la sociedad *como* una unidad real, *como* un sistema, *como* una unidad viviente, *como* un ser vivo, que para sus críticos se convierte en un universal de la teoría social, rápidamente hipostasiado.

Así enfrentada la encrucijada, la intervención del individualismo cuestiona la pertinencia de cierto objetivismo supra-subjetivo. Pero tal problematización no clausura la discusión, ya que se mantienen interrogantes como este: ¿cómo pasar del nivel de lo individual a la consideración de lo social y cómo enriquecer una reconstrucción rigurosa, pero formal, abstracta y reduccionista?

3. Quizás esta problemática se encuentre en el corazón del enfrentamiento de programas paradigmáticos en las ciencias sociales desde hace un siglo, impulsando al teórico social a formular consideraciones previas *a su trabajo* de corte metodológico y epistemológico.

El alto grado de autorreflexividad de la práctica teórica en el campo social no encuentra detenimiento, centralmente en la economía y en la

4 Bujárin, Nikolai, *Economía política del rentista*, Barcelona, Laia, 1974, p. 52.

5 *Ibidem*, p. 57.

sociología. Pero la conmoción de los supuestos dogmáticos y acrílicos, sumada a las limitaciones de las representaciones formalistas, ha expandido la necesidad de la lente epistemológica al campo jurídico con una fuerza inédita desde la obra kelseniana. Quizá pueda entenderse como indicio de un proceso de revisión o desplazamiento de las formas de representación consagradas.

Por ejemplo, la obra de Ronald Dworkin<sup>6</sup> —con independencia de sus méritos intrínsecos— ha sido la ocasión —en el momento del impacto en la comunidad de científicos y filósofos sociales de la obra de autores de la talla de Rawls y Habermas— de la emergencia del debate con el formalismo jurídico de corte analítico desde una perspectiva epistemológica que posiciona al neopositivismo en un lugar a criticar similar al que éste destinó al ius naturalismo. A pesar de ello, todavía la productividad y riqueza explicativa de este *bien intencionado* programa dista mucho de constituirse en un modelo calificable de dominante, pero ha conseguido agudizar la discusión de presupuestos y distinciones que dominaban el universo purificado del discurso racional de lo jurídico.

Si el referido cuestionamiento encuentra origen en la tradición individualista, desde otras perspectivas que abordan el conocimiento jurídico desde *una* teoría de la sociedad<sup>7</sup> o desde una visión crítica<sup>8</sup> y/o genealógica-deconstructivista,<sup>9</sup> se han brindado imágenes problematizadoras y antirreduccionistas del derecho, en un linaje no ajeno al funcionalismo y al estructuralismo.

4. La diferenciación y complejidad de la conducta humana en la modernidad ha permitido la diferenciación de una serie de ciencias de la acción. De ellas, Niklas Luhmann nos brinda la siguiente descripción:

La ética y el derecho natural se disgregan en varias ciencias que asumen su sucesión y que representan un sentido, respectivamente distinto de racionalidad. Las ciencias empíricas, que tratan de explicar la facticidad de la determinación de los fines y averiguar sus consecuencias pensadas y no pensadas, esto es: la psicología y la sociología, se separan de las ciencias que, abstrayendo de la realidad su idea de

6 En especial los trabajos reunidos en *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, 1984.

7 Ver, p. e., Luhmann, Niklas, "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho", en *1960-1985. Corrientes y problemas en filosofía del derecho, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, Universidad de Granada, 1985.

8 Ver, p. e., de Marí, Enrique E., Cárcova, Carlos María, Ruiz, Alicia y Entelman, Ricardo, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

9 Ver, p. e., Foucault, Michel de, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1976.

la acción, continúan ocupándose del carácter correcto de la acción. Las ciencias económicas siguen aferradas al esquema de fin/medios e intentan construir modelos racionales de la elección de medios para la obtención de determinados fines que gocen de la validez más general posible (por ejemplo, la maximalización de las ganancias). Otras ciencias —sobre todo la ciencia del Derecho, que se puede apoyar en el derecho positivo y permitir por ello, en cualquier caso, asignar a la estructura fin/medios de la acción la significación de un 'supuesto de hecho'— pretenden alcanzar su juicio sobre lo correcto de la acción valiéndose para ello de la interpretación de normas o de valores.<sup>10</sup>

Así, las ciencias económicas se han caracterizado por despreocuparse de los motivos que —de manera causal-empírica— generan los procesos de establecimiento de fines<sup>11</sup> y por desentenderse de la problemática de los estudios motivacionales y cognitivos propios de la biología, la psicología o la sociología. En el caso de los estudios jurídicos, la autonomía y escisión teórica es legitimada mediante tesis formalistas que se reducen a reconstruir lógicamente el mundo normativo y a limitar lo que se puede decir válidamente sobre el derecho.

5. Si por momentos se ha renunciado a la comprensión de la acción —por considerar a la libertad humana como fuente de un carácter enigmático e incalculable, que hace del significado de la conducta algo inexplicable, irracional—, lo cierto es que ello sumado a la fragmentación del saber social, ha permitido que el esquema fin/medios fuera constituido en forma privilegiada de representación, tornándose inmune a la crítica —excepto para los no vacunados fenomenalistas y hermenéuticos, genealogistas y filósofos negativos—. Por ello se transformó también en la visualización paradigmática del proceso decisorio racional, máxime cuando los fines transformaron su evidencia indiscutible en una infabilidad absoluta.

Max Weber —un teórico justamente relacionado con la obra kelseniana—<sup>12</sup> se pregunta por el alcance de la interpretatividad abordando la problemática de la irracionalidad en las ciencias sociales de la siguiente forma:

<sup>10</sup> *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 23.

<sup>11</sup> Ver, p. e., la crítica del profesor indio Amartya Sen en "Los tontos racionales: una crítica de los fundamentos conductistas de la teoría económica", en Hahn, Frank y Hollis, Martin (comps.), *Filosofía y teoría económica*, México, FCE, 1986.

<sup>12</sup> Ver "Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años 20 y 30", en Hans Kelsen, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI, 1982.



En el análisis del comportamiento humano, nuestra exigencia de explicación causal puede satisfacerse de modos *cuantitativamente* diversos, es decir de modos que dan una entonación cualitativamente diferente al concepto de irracionalidad. Para los fines de su interpretación podemos proponernos, al menos en principio, no sólo el 'concebirlo' como 'posible', en el sentido de hacerlo coherente con nuestro saber nomológico, sino también 'comprenderlo' (*verstehen*); es decir, reconstruir un 'motivo' o un complejo de motivos concretos 'reproducibles en la experiencia interior', y a partir de ello imputarlo con grados de precisión diversos según el material de que dispongamos. En otras palabras: puesto que se le puede dar una interpretación dotada de sentido —hasta donde alcance la interpretabilidad—, la acción individual es, en principio, específicamente menos 'irracional' que los procesos naturales individuales.<sup>13</sup>

**Weber exige superar el nivel empírico-observacional, para lograr interpretar el sentido de la acción:**

Podemos suponer, incluso, que se logre de algún modo la más rigurosa demostración empírico-estadística del hecho de que en una determinada situación todos los hombres que están implicados en ella hayan reaccionado invariablemente del mismo modo y en el mismo grado, y que continuarán reaccionando así cada vez que dicha situación sea recreada en sentido experimental, hasta el punto de que la reacción puede ser 'calculada' en el sentido más literal del término. Pues bien, esto, en sí mismo, no hace avanzar un solo paso la 'interpretación', puesto que el haberlo demostrado, de por sí, no nos pone aún en situación de poder 'comprender' el 'porqué' ocurre esta reacción y por qué siempre es del mismo tipo. Y no estaremos en situación de poder comprenderlo mientras que no se nos dé la posibilidad de 'reconstruir' 'internamente' sus motivaciones en nuestra imaginación: sin ello la demostración empírico-estadística de la regularidad de la reacción, por muy amplia que se la pueda concebir, no conseguirá satisfacer los criterios a los que hace referencia la cualidad del conocimiento que nosotros esperamos de la historia y de las 'ciencias' del 'espíritu' que están, en este aspecto, ligadas a ella.<sup>14</sup>

Pero cuidado, esta posición va acompañada de un explícito rechazo a todo psicologismo, dado que los esquemas teleológicos no contienen *ni un ápice* de psicología, por ser construcciones conceptuales típico-ideales, racionalizaciones de la realidad empírica a la cual se les aplica. De esta forma, haciendo de la interpretación comprensible una forma de conside-

<sup>13</sup> "Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía" (1903/6). *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*. Madrid, Tecnos. 1992. p. 80.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 83.

ración causal-legal, se opone a una visión romántico-irracional de la personalidad y de los fenómenos sociales.

6. El individualismo como método analítico postula a la acción colectiva como integrada de acciones individuales. Así la estructura y el cambio de los fenómenos sociales sólo son explicables en términos de los objetivos, propiedades y creencias de los individuos, sin recurrir a criterios internalistas —o por lo menos, tratando de evitarlos—. Y en general, de ese individuo-unidad también se postula la capacidad de ordenar transitivamente sus preferencias. Los enunciados complejos, para su validez, deben admitir la reducción a las acciones llevadas a cabo por los individuos.

Desde un lugar prioritariamente normativo —y sólo secundariamente descriptivo, sin perjuicio de admitir la pertinencia de un enfoque causal en el nivel de la interacción social—, un difuso campo que podríamos llamar filosofía social normativa ha producido resultados impactantes en el análisis de las decisiones tomadas por los sujetos intencionales, incorporando una racionalidad estratégica a un sofisticado modelo formal.

Específicamente, en el ámbito de la economía, la conformación de una teoría pura, que escindida de una teoría general de la sociedad —y sería sobreabundante remarcar las analogías con el programa kelseniano—, ha producido un *homo economicus* racional, dotado de consistencia interna en sus elecciones, que persigue la maximización del propio interés, y un estado social descrito como óptimo en el sentido de Pareto si y sólo si no se puede aumentar la utilidad de un sujeto sin reducir la utilidad de otro.

En ese camino el distinguido con el Premio Nobel de Economía 1972, Kenneth J. Arrow, ha puesto de manifiesto en un teorema que lleva su nombre, la imposibilidad de construir un orden de preferencia social consistente, completo y transitivo, a partir de las preferencias individuales.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Podría hacerse sobre la base de convertir el ordenamiento de un individuo en nuestro ordenamiento social, pero se estaría violando la condición de no dictadura, que junto a las del óptimo paretiano e independencia de las opciones improcedentes, se encuentran en el corazón del sistema. Ver Arrow, K., “Los valores y la toma de decisiones colectivas”, en *Filosofía y teoría económica*, op. cit. supra, nota 10. Asimismo, Gordon Tullock ha criticado la prueba de Arrow, por no tener sentido si se aplica a métodos de votación distintos de las comparaciones por parejas propias de la paradoja del votante o de Condorcet. Ver Buchman, James y Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, Planeta, 1993, p. 384. La paradoja es la siguiente: “Hay tres opciones,  $x$ ,  $y$  y  $z$ , entre las cuales se debe escoger. Un tercio de los votantes prefieren  $x$  a  $y$  e  $y$  a  $z$ , un tercio prefiere  $y$  a  $z$  y  $z$  a  $x$ , y un tercio prefiere  $z$  a  $x$  y  $x$  a  $y$ . Entonces  $x$  se preferirá a  $y$  por una mayoría,  $y$  a  $z$  por una mayoría, y  $z$  a  $x$  por una mayoría” (Arrow, op. cit. supra, nota 10, p. 241).

Lo realmente llamativo ha sido la productividad desencadenada por el proceso de formalización y logicización, que frente a cada límite y frontera infranqueable, reacciona generando nuevos universos teóricos de una potencialidad siempre creciente. Así, por ejemplo, de los teoremas de la limitación de los sistemas axiomáticos desarrollados en la década del treinta, se han derivado las herramientas formales recursivas, las lógicas extendidas y hasta los modelos matemáticos de los sistemas de control y gobierno.<sup>16</sup> De esta manera se ha logrado avanzar en la formalización de aspectos reconocibles en contextos tan impuros como aquellos que resultan productores de decisiones —y recuérdese, comparativamente, que la teoría kelseniana termina donde comienzan las decisiones que producen/aplican normas jurídicas—.

Igualmente los interrogantes abiertos por este recorrido teórico son —por un lado—, si por este camino normativo y reduccionista nos acercamos al comportamiento efectivo; y, si resulta fundado un criterio de racionalidad puramente instrumental, que sólo exige la correspondencia entre lo que se quiere obtener y las acciones que a ello se encamina, sin consideración intersubjetiva,<sup>17</sup> ética o motivacional distinta al egoísmo.

7. La teoría de los juegos intenta normativamente brindar criterios racionales de elección de acciones para los individuos de una sociedad. Usando un frágil —pero cortante— bisturí analítico, persigue optimizar los medios, hallando la mejor acción para las creencias, formando la mejor creencia fundada en pruebas, y acumulando una cantidad razonable de pruebas para las creencias previas.<sup>18</sup>

Las premisas básicas de la teoría de la elección racional son, primero —y a diferencia de las concepciones estructuralistas—, que las restricciones existentes no determinan por completo las acciones emprendidas por los individuos de una sociedad; y segundo —y contra cualquier teoría que

16 Ver "Paradojas, autorreferencias, incompletitudes y limitaciones en la formalización", en Martyniuk, Claudio E., *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas. Tres posiciones epistemológicas en las ciencias sociales*, Buenos Aires, Biblos, 1994.

17 Hay que tener en cuenta que el óptimo paretiano excluye de su consideración la distribución de las utilidades. Cfr. Sen Amartya, *Sobre ética y economía*, México, Alianza, 1991, p. 49.

18 Que las creencias falsas triunfen por coincidencia, y no por una reflexión consciente sobre las pruebas; o que creer a voluntad es una empresa condenada a la derrota, porque no podemos creer y al mismo tiempo creer que la creencia se adoptó por razones no cognitivas, son afirmaciones de Elster Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 16. Las mismas resultan problemáticas una vez que las entendemos en el marco de un proceso de interactivo socializador.

sostenga que los individuos se comportan así porque de esa manera han sido socializados—, que dentro del conjunto factible de acciones compatibles con todas las restricciones y/o estructuras de preferencias adquiridas —las cuales se dan por supuestas—, los individuos eligen las que creen que producirán los mejores resultados. La estrategia considera la interdependencia de las decisiones, de las elecciones y de las recompensas.<sup>19</sup>

Pero quizás no exista ninguna acción óptima. Y quizás no resulte irracional el actuar basado en preferencias incompletas. Mas por el contrario, la completitud puede ser una forma de hiperracionalidad —es decir de irracionalidad—, una creencia irracional en la omnipotencia de la razón, una “ineptitud para reconocer la ineptitud de la teoría de la elección racional para brindar preceptos o predicciones singulares”.<sup>20</sup> Pero igualmente la racionalidad preserva un estatuto preeminente tanto en las configuración y ambiciones de la teoría, como en cuanto modelo ideal predicado para que las personas encaren sus problemas. Así lo expresa quien persigue a través de esta vía hallar “microfundamentos” para la teoría marxista:

Aunque la indeterminación y la irracionalidad están muy difundidas, no afectan el privilegio normativo de la racionalidad. Ante todo, la racionalidad es privilegiada porque deseamos ser racionales. ... La comunicación y la discusión parten de la premisa tácita de que cada interlocutor cree en la racionalidad de los demás, pues de lo contrario la conversación no tendría sentido.<sup>21</sup>

8. El recorrido de estas imágenes de la racionalidad exponen la tensión presente entre las representaciones racionales reductivo-normativas, cuyo imperativo es formalizar lo informal; y aquellas que limitan el ámbito de validez de las primeras, para ampliar el campo del análisis racional introduciendo una dimensión de indeterminación resuelta por una vía pragmático-procedimental que incorpora pautas que no excluyen la consideración de factores valorativos que incluso controlan la adicción a la razón y la fijan a través de criterios procedimentales.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Elster, Jon (en “Marxismo, funcionalismo y teoría de los juegos”, artículo aparecido en *Zona Abierta*, núm. 33, octubre-diciembre de 1984, Madrid) señala la existencia de un cuarto tipo de interdependencia que no tiene cabida en la teoría de los juegos y que resume así: “...las preferencias de cada uno dependen de las acciones de todos mediante la socialización y mecanismos más odiosos, tales como el conformismo, el decir que las ‘uvas están verdes’, etcétera.” (p. 41).

<sup>20</sup> Elster, Jon, *op. cit. supra*, nota 17, p. 24.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 33. Resultan notorias las similitudes de esta posición con las sostenidas por Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, II tms., Madrid, Tecnos, 1987.

<sup>22</sup> En este aspecto es paradigmática la obra de J. Habermas, donde los criterios discursivos-procedimentales suman requisitos de universalización para legitimar decisiones en la reconstrucción racional

Herbert A. Simon ha postulado distinguir un programa que llama de *determinismo estructural* —postulante de una racionalidad sustantiva, que considera el comportamiento del actor en relación a sus metas—, de una teoría de la *racionalidad procesal*, donde el resultado depende del proceso que lo generó y los seres humanos no dejan de pensar e inventar y responder exagerada o pobremente a la nueva información, dependiendo de las circunstancias. Este último modelo supone la incapacidad de los hombres para seguir los cánones de la racionalidad sustantiva.<sup>23</sup>

Amartya Sen sostiene que hay que distinguir entre el *aspecto de bienestar* y el *aspecto de agencia* de la persona: el primero comprende los logros y las oportunidades de la persona en el contexto de su provecho personal, mientras que el segundo es más profundo al examinar los logros y las oportunidades desde el punto de vista de otros objetivos y valores, persiguiendo *un más allá* de la búsqueda del propio bienestar. Si uno es importante para la justicia distributiva y para evaluar la situación en la que se encuentra en términos de provecho personal, el otro “adopta una visión más amplia de la persona, en la que se incluye la valoración de las diversas cosas que querrían que ocurrieran, y la capacidad de concebir y alcanzar tales objetivos”.<sup>24</sup>

De esta forma se advierte una tendencia a repuntar el paradigma individualista en lo referente a su criterio de racionalidad. De esta manera, las razones de la razón instrumental son abordadas sin el temor a las impurezas e indeterminaciones. Por este camino se persigue un saber social de mayor integración y también de mayor *integridad*.

Ya no se suponen observadores que, como el demonio de Laplace, toman decisiones observando todo lo que está ante él. Así, para H. A. Simon en el modelo de “la racionalidad limitada no se tienen que hacer elecciones que sean infinitamente profundas en el tiempo, que abarquen la serie total de valores humanos, y en las que cada problema se interrelacione con todos los del mundo”,<sup>25</sup> y agrega, comparando modelos de racionalidad, que

de las mismas. La expresión *adicción a la razón* se toma de Elster, J., *op. cit. supra*, nota 17, p. 103. Estas posiciones recuerdan a los partidarios de la interpretación mayoritaria de la física cuántica, que ven en el principio de incertidumbre una relación de indeterminación insuperable. Otros —como el mismo Einstein— pensarán —como los que se esfuerzan en formalizar y construir nuevos modelos— que se podrán hallar las razones de la incertidumbre...

23 Herbert A., Simon, “De la Racionalidad sustantiva a la procesal”, en *op. cit. supra*, nota 10.

24 Sen, A., *op. cit. supra*, nota 16, p. 76.

25 *Naturaleza y límites de la razón humana*, México, FCE, 1989, p. 31.

En el modelo olímpico, todos los problemas se encuentran permanente y simultáneamente en la agenda (hasta que son resueltos). En contraste, dentro del modelo conductual, la elección de los problemas para la agenda es asunto de importancia capital y la emoción puede desempeñar un gran papel en esa elección.<sup>26</sup>

Y no debiera sorprender que estas conclusiones sean el resultado de una fecunda lectura del procedimiento judicial decisorio, donde Simon advierte la existencia de un interesante criterio de racionalidad de tipo procedimental-adverso, que caracteriza de la siguiente forma:

El criterio básico de la justicia, que seguramente aspira a satisfacer antes que a perfeccionar, es que se sigan procedimientos específicos. El supuesto implícito es que se sigan estos procedimientos, entonces, a la larga y en cierto sentido, las decisiones alcanzadas serán tolerables, o incluso deseables. De aquí que en las instituciones legales nos inclinemos a evaluar los resultados no tan directamente como en función de la rectitud procesal. Los procedimientos opuestos son como los mercados en el hecho de que reducen la información que deben tener los participantes. De este modo, proporcionan un mecanismo sumamente útil a los sistemas en los cuales la información es ampliamente distribuida y donde los diversos componentes del sistema tienen metas diferentes. Se supone que cada participante de un procedimiento opuesto entiende completamente sus intereses y las consideraciones objetivas que se relacionan con ellos. No necesita entender los intereses o situaciones de los otros participantes. Cada uno aboga por su propia causa, y al hacerlo contribuye al fondo común de conocimiento y comprensión.<sup>27</sup>

Pero claro —en cierto sentido— el interés y la decisión individual, implican la participación de toda una sociedad, y así lo ha entendido el mismo Kenneth Arrow al sostener que la partición de una acción social en una secuencia de componentes individuales no es un dato, sino que resulta de una política social y —por tanto— de aplicar valores sociales:

Presumiblemente hay un sentido real en el que puedo decir que estoy escribiendo este ensayo, que no lo escribe nadie más. Pero aun aquí, la acción está llena de interconexiones sociales. Estoy aquí en una conferencia arreglada por otros, usando palabras que forman parte de la cultura, expresando ideas que utilizan un amplio conjunto de conceptos de otros, y que incorporan mi educación. En realidad, estoy usando mi propia capacidad en algún punto de este proceso. Pero ¿cómo distinguimos lógica-

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 115.

mente entre las capacidades que definen de algún modo la persona y las que son el resultado de las acciones externas de una sociedad?<sup>28</sup>

Es llamativo —y cercano al de las posiciones opuestas— el alto nivel de problematicidad de la tesis del individualismo metodológico cuando se enfrenta a su fundamentación.<sup>29</sup>

9. Un arma siempre a mano —pero siempre inasible— ha sido buscar un criterio exterior de explicación.

El pensamiento se dirige a un exterior de la conciencia del sujeto. Y ese viajero explorador de regiones ocultas e impensadas encuentra a su regreso trabadas las puertas de la aduana hasta tanto cumpla con el impuesto a la “explicación-racional”.

Fines sin agentes intencionales o estructuras supra-subjetivas o funciones latentes: son todas formas tradicionalmente predicadas por las ciencias sociales en su objetivo de domesticación teórica de los fenómenos complejos.

Sería ingenuo discutir el interés científico de dichos criterios sin introducirnos en la atmósfera impura de los criterios de demarcación, de verdad y —recursiva y autorreferencialmente— en el propio ámbito social de la sociología de la ciencia. Pero hacerlo, excedería los límites de este trabajo.

Hay que reconocer —sin embargo— un gran ámbito de pertinencia y productividad de las críticas que preservan el contenido diferencial del discurso científico. Por ejemplo, resulta difícil no coincidir con Elster

28 Arrow, K. J., *op. cit. supra*, nota 10, p. 228

29 Este recorrido de Arrow donde asume la interdependencia de la humanidad, recuerda las tesis sostenidas por el creador de la teoría de los juegos, John von Neuman, al elaborar una teoría de la medida donde divide el mundo en tres partes: I, II, III. El sistema observado en la realidad es I; II el instrumento de medida y III el observador real. Sostiene que cualquier punto desde el que se trace la línea entre II y III es arbitrario. El observador incluye el ego abstracto de una persona o conciencia; los ojos; el sistema nervioso y el cerebro; además de algún equipo de laboratorio. El simple conocimiento por parte del observador de I y II cambia el estado del sistema observado. Asimismo, si la toma de conciencia de un observador influye en el acontecimiento físico que observa, surge la pregunta de si un segundo observador que toma conciencia del mismo acontecimiento físico estará de acuerdo en sus observaciones con el primero. Para lograr el acuerdo intersubjetivo, von Neuman ofrece sólo la posibilidad de que el segundo observador pueda considerar al primero como instrumento de medida y por medio del adecuado uso de este instrumento humano de medida llegar a resultados para los sistemas I y II que estén de acuerdo con los del primer observador. Pero carece del mecanismo necesario para lograr el acuerdo entre los dos observadores, cada uno de los cuales posee una conciencia independiente. Ver Heims, Steve J., *John von Neuman y Norbert Wiener*, Barcelona, Salvat, 1986; y Martyniuk, Claudio E., “La revolución de la física cuántica”, en *op. cit. supra*, nota 15.

cuando se opone a aquellos que consideran atinado extender el lenguaje del actor a una entidad supraindividual<sup>30</sup> y dice:

En vez de argumentar que la sociedad se debe entender según el modelo del actor unitario, se podría argumentar que debemos entender al individuo según el modelo de la entidad política fragmentaria. Primero, hay problemas intrapersonales de suma de preferencias; segundo, hay autoengaño y otras formas de fragmentación cognitiva; tercero, hay debilidad de voluntad y otros obstáculos para la ejecución de las decisiones. Los individuos, al igual que las unidades políticas, a menudo ignoran lo que quieren; o ignoran qué quieren; o no logran hacer lo que decidieron hacer. Sin embargo, creo que la analogía falla en un aspecto crucial: los individuos, al contrario de las unidades políticas, tienen un centro organizador —al que denominamos voluntad o yo— que constantemente intenta integrar las partes fragmentadas. Las sociedades, en cambio, no tienen centro.<sup>31</sup>

Lo que sí no encuentro legítimo es colocar en una misma caja a todas las teorías que comportan la utilización de categorías o criterios funcionalistas o estructuralistas y archivarlas en el armario que lleva la etiqueta “sin interés científico”.

Así, resulta un lugar común admitir explicaciones funcionalistas en las ciencias biológicas, donde los efectos mantienen y legitiman sus causas, por imperativos adaptativos y reproductivos. Sin embargo, la extensión de este criterio a otras disciplinas no se encuentra validado por validadores como el propio Elster, fundado en la inexistencia de analogías entre los procesos de selección natural y la capacidad de acción estratégica de los seres humanos.<sup>32</sup>

Este es un punto complejo. Y si nos situamos en la tradición teórica sistémica, para introducirnos a la teoría de la autopoiesis de Francisco Varela y Humberto Maturana, encontraremos desarrollos, extensiones y

<sup>30</sup> Ya Kelsen había formulado una crítica similar a la técnica de este tipo de hipóstasis en su trabajo “El concepto de Estado y la psicología social”, de 1922, reproducido en *Conjetural*, Buenos Aires, 1987.

<sup>31</sup> Elster, Jon, *op. cit. supra*, nota 18, p. 152. Para este autor, una de las dificultades que hacen a la imposibilidad de establecer siquiera metafóricamente este tipo de identidades, se encuentra en el hecho de que un agente cuenta con mecanismos de autosujeción o de desvío de ciertas acciones, acudiendo a un marco legal que le resulta exterior. Pero la sociedad no tiene afuera. En cambio, para Luhmann —que sí coincide en pensar que la sociedad no tiene centro y que tampoco existe un elemento último determinante, al mismo tiempo que se esfuerza por apartarse y apartar a la teoría de la autoproducción y autorreferencia de cualquier filosofía del sujeto— sí existe un afuera del sistema social, dado por su ambiente o, mundo: un reservorio disparador de inagotables sentidos. Sobre Luhmann, ver *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, *op. cit.*

<sup>32</sup> Elster, Jon, *op. cit. supra*, nota 18, p. 39.



explicaciones, que desde el fenómeno viviente, se introducen en el dominio de la interacción conductual humana.<sup>33</sup> Justamente, Niklas Luhmann parte de dicha base para levantar una sugestiva re-construcción teórica del universo social.<sup>34</sup>

10. Estas visiones de los puntos de apoyo para el estudio de la acción social permiten introducir reflexiones que, si bien no resultan suficientes para calmar el lamento producido por la inexistencia de alternativas totalmente fecundas en la explicación de las experiencias colectivas, consiguen orientar el microscopio-telescópico, desplazándolo de los datos y criterios considerados inmovibles a aquello con que la teoría consigue producir sus visiones y establecer sus medidas de racionalidad.

<sup>33</sup> Ver de los citados biólogos chilenos *El árbol del conocimiento*, Santiago, OEA, 1984.

<sup>34</sup> Ver, p. e., *Sistemas sociales*, México, Alianza, 1991, especialmente capítulo 1, "Sistema y función".

## LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ: 1980-1994

Jorge LORA CAM<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Genocidio contrainsurgente y cultura oligárquica etnocida.* III. *La táctica de los malos.* IV. *La táctica de los buenos.* V. *Alán García y los comandos genocidas.* VI. *El aspirante a samurai: el exterminio como norma.* VII. *La perpetuación de las fuerzas armadas en el poder.*

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos decenios, la guerra y la violación de los derechos humanos se recrudecieron debido a los sucesivos gobiernos antidemocráticos. Actualmente la administración de Fujimori y sus aliados estadounidenses y latinoamericanos han legitimado a través de los medios de comunicación bajo su control, el golpismo militar, el expansionismo, la dominación por intereses estratégicos, el profundo atraso y la brutal miseria.

En América Latina se cometen los crímenes más horribles en nombre de la democracia e incluso de los propios derechos humanos. En un Estudio de 30,000 profesores en 1,750 pueblos del Perú, publicado por un periódico, leemos: “sufre desnutrición crónica el 48% de los niños que viven en Perú”; “unos quince millones de peruanos, de los 22 millones de habitantes del país de acuerdo con el censo de 1993, viven en la pobreza y, de éstos, unos siete millones en la pobreza total”.<sup>2</sup> Lo anterior representa sólo un dato más de las consecuencias del capitalismo cuartomundista y del neoliberalismo. Si esto no es violencia, ¿cómo podríamos calificar esta lacerante realidad?

<sup>1</sup> Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>2</sup> *El Universal*, 4 de junio de 1994.

El movimiento de masas iniciado por “Sendero Luminoso” interrumpió con una violencia creciente la continuidad del sistema de legitimidad del poder y la respuesta fue brutal. Cuando la organización insurgente, durante 1991-92, conseguía un fuerte apoyo popular, las fuerzas armadas recurrieron al autogolpe militar y a los métodos más oprobiosos y salvajes de terrorismo. Era la oposición a un proyecto que, en su discurso, la organización insurgente mencionada propone una democracia popular basada en la dignidad humana, eliminación de las relaciones de explotación y poder semif feudales, erradicación del etnocidio, segregación y desigualdades materiales e institucionales, acabar con la opresión nacional, satisfacer las necesidades sociales y lograr igualdad de oportunidades vitales. La racionalidad crítica occidental difícilmente entenderá la relegación en este proyecto de la autodeterminación individual, del despliegue multilateral de la sociedad civil, de los derechos humanos como sistema legal bajo control social, del pluralismo, de la libre actividad política y cultural. Para hacerlo es necesario conocer la realidad histórico-social y étnico-nacional, lo cual implica dificultades filológicas, incluso para los intelectuales nativos.

La revolución (considerada superación de las trabas al desarrollo integral “autónomo”; progreso socialista receptor de las tradiciones técnicas y éticas del pasado prehispánico y de occidente), se vio empañada por la ideología de la renovación absoluta, de eliminación del pasado y de todo defensor del mismo. El mundo era visto por esta tendencia como “negro o blanco”, sin considerar los matices de alteridad.

Sin embargo, hay quienes dejando al margen el análisis de la posibilidad de legitimidad de la revolución, sólo se apoyan en la información televisiva y de agencias de prensa controladas por el poder capitalista mundial. Es tan grande la arrogancia etnocentrista que a comunidades sometidas al yugo de la explotación, miseria y tiranía, se les niega el uso de la violencia política. De allí que teóricos de los derechos humanos, como Joaquín Herrera, sostengan que “la colonización, el imperialismo, el caudillaje, la miseria, la explotación, la falta de desarrollo en todos sus aspectos constituyen factores que relativizan tanto la recepción de los derechos humanos como productos universales en los países del Tercer Mundo, como cierran toda perspectiva para encontrar la huella de los mismos en las propias tradiciones y formas de vida”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 120.

De manera permanente se lleva al cabo una táctica contrainsurgente que tiene como fin el silenciamiento sobre los procesos revolucionarios, ésta en general es exitosa debido al descuido de su legitimación por parte de las organizaciones insurgentes. Un ejemplo de lo anterior, es el ocultamiento de la lucha armada en Ecuador protagonizada por el partido maoísta Puka Inti (Sol Rojo) quien había comunicado el inicio de su actividad guerrillera en 1991, en la Universidad de Guayaquil y desde entonces se responsabilizó de decenas de acciones contra el régimen y sistema políticos, y en la prensa sólo se publica la desaparición de esta organización en 1994.<sup>4</sup> ¿Cuántos sabíamos de este proceso y cuántos más creen conocer suficientemente a “Sendero Luminoso”?

Además, algunos consideran que la guerra popular en Perú ha terminado, que los guerrilleros se rinden y claman por el diálogo, sin embargo, en un periódico canadiense leemos: “Sendero Luminoso ha demostrado ser una fortaleza inesperada...Sendero Luminoso les está ganando de nuevo...”. Después de hacer un parangón entre Fujimori y Pinochet y denunciar que las masivas violaciones a los derechos humanos son cotidianas, expresa: “Significativamente, el gobierno peruano amplió el estado de emergencia en otros tres departamentos y en 13 provincias de otros cuatro departamentos durante febrero”.<sup>5</sup> El experto Gordon McCormick (director de Programas Especiales y Conflictos de Baja Intensidad en la Escuela de Posgrado de la Marina de Estados Unidos), en un estudio reciente dice que, después de la captura de Guzmán, “Sendero Luminoso mostró tener una organización efectiva, especialmente al interior del Perú... Algunos miembros están incluso operando abiertamente a una milla de la capital”.<sup>6</sup>

Interpretar la situación implica un conocimiento exhaustivo de las circunstancias y del contexto; pero también de las concepciones del mundo y los intereses que intervienen. Ello provocará una tensión entre la reflexión teórica y el compromiso social en el momento de dar significado a las objetivaciones en un país donde la comunicación sobre la guerra ha desaparecido o ha sufrido tales distorsiones que pocos podrían reconocer la realidad cotidiana del discurso falsificador. Apenas hemos comenzado esta reflexión y ya nos encontramos con un obstáculo en el análisis que está

4 *El Universal*, México, 3 de junio de 1994.

5 *Toronto Global and Mail*, servicio de prensa del 13 de febrero de 1994.

6 Boletín de emergencia del CIE núm. 45, Londres, 1 de abril de 1994.

vinculado con la violación de los derechos humanos: la censura y la manipulación de la información.

Una consideración elemental nos conduce a pensar que en la medida en que el Estado busca preservar el sistema y reproducir las relaciones que lo sustentan, los derechos humanos o derechos fundamentales por definición únicamente pueden ser violados por las autoridades, pues tal situación sólo ocurre cuando la fuerza del Estado se usa ilegalmente en contra de los ciudadanos. En efecto, estos derechos aluden, desde una perspectiva liberal, a la esencia mínima fundamental de la naturaleza humana y por lo tanto limitan al Estado en relación al proceso de reproducción social. No obstante, como objetivaciones indeterminadas y por su carácter universalizante los derechos humanos deben ser tratados en su especificidad en una situación de guerra, sólo si son aceptadas las reglas y normas de la democracia como problema del poder y del proceso de vida, y en ese contexto si las situaciones conflictivas son reguladas. Pero, ¿qué ocurre cuando nos enfrentamos a fuerzas insurgentes contra la antidemocracia y que nos proponen una democracia radical, una democracia popular?

La Constitución francesa de 1791 hace referencia a la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Esta última ha dejado de ser mencionada por el liberalismo contemporáneo, mientras las demás, desde su intrínseca contradicción, han devenido en derechos de unos pocos o en abstractos principios proclamados por los gobernantes. La división de poderes y la Constitución no se han convertido en instrumentos de protección ciudadana contra el Estado y son suprimidas instituciones y legislaciones si representan obstáculos para su violenta intervención.

En realidad, históricamente, no sólo las atribuciones del Estado han sido ilimitadas sino que al garantizar la propiedad; la libertad, igualdad y dignidad quedan a expensas de la pertenencia a clases sociales y etnias bastante diferenciadas donde unas gozan y otras carecen de las mismas. El Estado es producto de las contradicciones irreconciliables de la sociedad donde la dignidad humana, como lo señala Marx, queda disuelta en el valor de cambio. La igualdad política formal esconde las relaciones de explotación capitalista y precapitalista y la desigualdad esencial que comporta.

De acuerdo con lo anterior, la violación de derechos no es generalizada en Perú. El Estado, en resguardo del sistema y las clases dominantes, afecta a los sectores populares con cada vez mayor virulencia en función de las dimensiones de la violencia que amenaza la estabilidad del sistema.

En la concepción de Marx, el Estado reconoce al hombre independiente unido a los demás por el vínculo de la propiedad privada y de la inconsciente necesidad natural; reconoce al esclavo de la lucha por su existencia y de las necesidades propias y ajenas, en tanto le son de utilidad al sistema. El reconocimiento de la libertad es la admisión del individuo egoísta y burgués, y no libera al hombre de la propiedad, ni de la lucha por la existencia, o de la religión. Más bien, la libertad religiosa, de la propiedad y de buscar los medios de existencia lo someten al desenfrenado movimiento de los elementos materiales y espirituales de la existencia burguesa.

La violación permanente de la libertad por la institucionalización de la propiedad y la violación de los derechos por parte del Estado muestran en el Perú la arbitrariedad del ejercicio del poder. La reivindicación del irrenunciable e irremplazable derecho a la oposición ha devenido en la configuración de un Estado terrorista y etnocida. Las elecciones (con tres procesos continuos después del autogolpe de abril de 1992) más allá de su carácter representativo e instrumento de dominio político, son procesos coactivos y compulsivos que sólo pretenden legitimar el autogolpe y complacer con una justificación el consentimiento de los Estados Unidos. No expresan un ápice de soberanía popular y menos posibilitan que en el futuro poselectoral el pueblo participe en las decisiones fundamentales, más bien preparan la institucionalidad para la guerra final, potenciando la atomización, el egoísmo y la pasividad política.

Como parte de esta reconstitución estatal, el poder judicial queda subordinado a las fuerzas armadas y las leyes emanadas del parlamento y el ejecutivo son parte de la división del trabajo contrainsurgente y su carácter queda determinado por el neoliberalismo y el ansia de estabilidad política.

En tiempos normales el carácter del Estado queda oculto. Desde el momento que las relaciones sociales fundamentales del capitalismo aparecen desligadas de toda coacción, es difícil reconocer en ellas a su aspecto coactivo monopolizado por el Estado. Este suele ser captado en sus objetivaciones como derecho e institucionalidad. Además, tienden a aparecer como plenitud de Estado y, en tanto son el momento de las objetivaciones de una relación social que se ha perdido de vista, también como una fuerza extraña a los sujetos sociales y movida por una racionalidad que le es ajena.

Si éste es un rasgo que muestra la naturaleza del Estado capitalista, podríamos quizás extrañarnos de las medidas antiinstitucionales y anti-jurídicas ejecutadas por las fuerzas armadas peruanas y su representante

Fujimori ante un pequeño grupo de insurgentes “desalmados”, después de una década de experiencia contrainsurgente. Pero qué podríamos pensar cuando esas medidas trascienden las fronteras internas y llegan a afectar la juridicidad e institucionalidad internacionales, cuando se pretende anular el derecho al exilio y al refugio en otro país, desconocer el Pacto de San José respecto a la prohibición de la pena de muerte e incluso después de violar los acuerdos de Ginebra y los derechos humanos proclamados por Naciones Unidas, intentar invitar a este organismo a intervenir en la guerra interna de Perú.

Durante la guerra interna que vive Perú desde hace catorce años, el Estado desató una embestida propagandística sin precedentes en América Latina, que se puede comparar con la realizada por Estados Unidos cuando llevó a cabo las invasiones a Granada y Panamá y posteriormente en la guerra contra Irak. Las mentiras y tergiversaciones en el caso peruano llegaron a tal extremo que analistas y estrategias contrainsurgentes como Gorriti se ven obligados a “restarle a la estrategia la oscuridad sumada de la ignorancia”,<sup>7</sup> proponiéndose escribir tres volúmenes para esclarecer la forma real en que se han presentado los personajes, organizaciones e instituciones en el proceso de guerra, para poder derrotar a “Sendero Luminoso” y esconder la violación a los derechos humanos por parte de las fuerzas armadas. Si bien la desinformación y el engaño fueron eficaces en el desarrollo de la conciencia popular y de un sector de los intelectuales; una estrategia antisubversiva basada en la participación de las masas, de los intelectuales, y del sistema político estaba condenada al fracaso.

Aunque las fuerzas armadas aparecen como la principal garantía coactiva del sistema y son parte de un conjunto de aspectos de la violencia que originariamente van asociados con el Estado, en el plano político pueden actuar con cierta autonomía de las partes en conflicto para así ejercer la coerción física en toda su dimensión antihumana. En Perú esta situación se desarrolla en momentos en que se proyectaba el desenvolvimiento del equilibrio estratégico por parte del Partido Comunista del Perú “Sendero Luminoso” La respuesta de las fuerzas armadas fue declarar una guerra abierta de clases de profundo contenido étnico, para frenar y evitar una ofensiva cuyos resultados parecen impredecibles. Sin embargo, las fuerzas armadas necesitan demostrar su legitimidad a la población peruana y al

<sup>7</sup> Gorriti, Gustavo, *Sendero, breve historia de la guerra milenaria en el Perú*, vol. 1, Lima, Apoyo, 1990, p. 16.

mundo, lo que los obliga a nombrar un nuevo poder judicial sometido al gobierno de facto para ofrecer legalidad a una irracional barbarie, perdiendo de esta manera, totalmente su escasa independencia, preservada por la corrupción en la que estaba inmersa. Las responsabilidades de ambos poderes son compartidas y los derechos humanos, contrariamente a todo principio liberal, cada vez son más desprotegidos, a pesar de la participación de los jueces.

Roberto Bergalli considera que: “El desarrollo histórico de una cuestión judicial latinoamericana por sus especificaciones propias a formaciones sociales dependientes en lo económico han hecho del derecho, de los discursos jurídicos y de sus organizaciones judiciales instrumentos idóneos para profundizar la dominación y hegemonía política”.<sup>8</sup> Con la intención de hacer frente a la guerra popular, las fuerzas armadas le han dado a Fujimori todas las facultades legales y extralegales; le otorgaron autoridad sobre todos los poderes públicos, acabando con los nacientes e incipientes gobiernos regionales, buscando ocupar “legalmente” mediante elecciones (sin participación del sistema político) el parlamento y los municipios. Esta concentración del poder en el ejecutivo y la subordinación de todas las instituciones a éste traerá como consecuencia mayor violación de los derechos humanos.

El régimen y el sistema políticos, por lo general consensualmente débiles, quedan tan envilecidos como los seguidores de la dictadura. La legalidad de las autoridades públicas serán el disfraz de la dictadura militar. El ejecutivo controlará constitucionalmente el poder judicial, así como los actos y leyes del legislativo.

Esta nueva juridicidad que amenaza al pueblo peruano es una necesidad para enfrentar la guerra popular ante las trabas encontradas en la Constitución de 1979. Belaunde (1980-85) trató de eludir la Constitución con la “guerra sucia” y el genocidio abierto en los años 1983-84 y Alan García (1986-90) con los escuadrones paramilitares apristas durante 1978-79 y las rondas campesinas promoviendo una guerra de masas contra masas.

No obstante, lo anterior no nos remite a pensar en las bondades de la Constitución, las leyes y los mecanismos de defensa de las libertades básicas antes de 1979 (en particular desde 1933, cuando leyes e instrumentos eran sumamente precarios y no se utilizaban). La Corte Suprema tuvo

<sup>8</sup> Bergalli, Roberto, “La quiebra de los mitos”. *Nueva Sociedad*, núm. 112, marzo-abril de 1991, p. 164.



un sometimiento consuetudinario al poder establecido. La Constitución de 1979, formalmente vigente hasta 1993, contiene un sistema de represión de las libertades más refinado: se legaliza el estado de “emergencia” y el de “sitio”, pudiendo ser permanentes. En el primer caso, el presidente tiene la facultad de autorizar que el control político-social pase a manos de las fuerzas armadas y en el segundo, puede suspender las garantías constitucionales de modo indefinido. Además, el poder judicial y el propio tribunal de garantías constitucionales (constituido para contrarrestar y controlar a los poderes del Estado) quedan sometidos —como antes— al Poder Ejecutivo.

Todas estas ventajas jurídicas quedaron empequeñecidas ante la agudización del conflicto militar y la ocupación de cada vez más espacios sociales e institucionales por el Partido Comunista del Perú, en particular en Los Andes y en la capital. El gobierno de Fujimori optó por el autogolpe en complicidad con las fuerzas armadas y por eliminar el aparato judicial e institucional en nombre del “orden” y de la “democracia” y, a pesar de que todo el ordenamiento jurídico legalizaba los intereses del gran capital y la consecuente represión, plantea la reforma de la Constitución.

El Parlamento y la sociedad organizada, de alguna manera, significaban un obstáculo al gran capital al oponerse a la política neoliberal. En tiempos de reconstrucción del capitalismo mundial (acelerado por las nuevas tecnologías, los cambios productivos y sus expresiones mercantiles y financieras) la política neoliberal significa una desestructuración de las viejas relaciones y de sus instituciones, una ruptura y remodelación del viejo pacto social. En Perú las de por sí débiles formas de mediación política (con sus reglas que no se cumplen y donde las negociaciones son impositivas), han sido canceladas para reestructurarse en la búsqueda de un absolutismo militarista que no repara en desatar una guerra abierta de clases con tal de lograr su objetivo: evitar que el Partido Comunista del Perú logre su tan ansiada ofensiva estratégica, (requisito además, de la reactivación y reestructuración del capitalismo vía mayor endeudamiento). Lo anterior redundaba en una mayor violación de los derechos humanos y civiles, acompañado de la generalización de la pobreza, de la mendicidad y de la conversión de extensos sectores en población inútil con el objeto de abaratar aun más la fuerza de trabajo. La competencia y el individualismo se apoderan del sistema y también se convierten en mecanismo contrainsurgente, debido a la propia dinámica de la política económica y el tipo de capitalismo que se

instaura. El mercado enmascara todas las relaciones de explotación y dominación, pues mercancías y ciudadanos se equiparan.

Es cotidiana la violación por parte del Estado de los derechos a la vida, libertad y a la seguridad personal...y a la "protección ciudadana". Hablar de los derechos de bienestar parece perder sentido en sociedades donde la desigualdad económica es abismal y creciente, la pobreza absoluta y el desempleo abarca a la mayoría de la población. En un país en crisis prolongada la permanente crisis fiscal impide que los hombres obtengan los medios necesarios para llevar una vida digna, donde haya educación, salud, vivienda y trabajo para todos.

En el capitalismo y menos aún en el imperialismo se pueden resguardar los derechos humanos. Los regímenes políticos de una u otra forma crean las condiciones favorables al capital y particularmente al centro de acumulación internacional de este continente: Los Estados Unidos de Norteamérica. En este contexto, siendo las fuerzas armadas un elemento central del dominio, se constituyen en condición inevitable de violación de los derechos humanos, sobre todo si consideramos su naturaleza parasitaria, mercenaria y corrupta (en Bolivia, Brasil, Argentina, Venezuela y Perú ya se habla de crisis de corrupción en esta institución).

En Perú, con un 75% de la población en "estado de emergencia", desde hace tiempo no existen las libertades de prensa, reunión, palabra, conciencia, asociación e igualdad ciudadana. Más aún, en la zona de guerra popular han desaparecido las mínimas instituciones democrático-burguesas y la legislación de emergencia es la que rige la vida social. El Estado de permanente excepción otorgó centralidad a las fuerzas armadas en el ejercicio del poder. En todo el país han crecido los aparatos de inteligencia y represión, a tal punto que los ministerios del Interior y Defensa se han convertido en los ejes del poder estatal y centro de vigilancia civil y militar, con influencia decisiva en las políticas gubernamentales.

Bajo los conceptos de "terrorismo" o "narcoterrorismo", las nuevas leyes niegan todos los derechos sociales, civiles y políticos a la población, si así lo requiere la "seguridad" del Estado. El asesinato, tortura, genocidio, persecución, desapariciones, bombardeo a poblaciones, exterminio de "pueblos senderistas" se convierten en una práctica cotidiana. Las bandas paramilitares aseguran mayor eficiencia. El ejército regular puede por decreto supremo promulgado por Fujimori (núm.171), actuar con total impunidad y evitar la intervención de los poderes judicial y legislativo ante

la violación de los derechos humanos. En efecto, desde la navidad de 1990 el personal de las fuerzas armadas y policiales en las zonas en estado de emergencia se encuentra comprendido dentro de la jurisdicción del fuero militar, ya que sus acciones y actividades las realizan en “acto de servicio” y sus identidades tienen carácter reservado: es la oficialización de la “guerra sucia”. Fujimori y el ex capitán Montesinos, vinculado a la CIA, y los 120 oficiales que lo acompañan deciden el futuro del país. Desataron una “cacería” humana inédita en la historia del país y llegaron a castigar con la pérdida de la nacionalidad a quienes en el extranjero apoyan la guerra popular.

La lucha por la independencia, democracia y soberanía popular y la libre determinación, intenta ser sofocada por el terror estatal y la intervención imperialista. La asistencia militar norteamericana y de otras potencias o de sus mediadores incrementa la violación de los derechos humanos.

Debido a las sanciones económicas por parte de Estados Unidos se abren las compuertas de la guerra a la “narcoguerrilla” para que contribuya a sostener un Estado en bancarota. El resultado son miles de muertos y desaparecidos; presos y torturados; jóvenes, mujeres, y niños víctimas de la represión; familias destruidas; etnias diezmadas; comunidades campesinas arrasadas, y pueblos devastados.

El neoliberalismo pretende que la ilimitada soberanía de la libertad económica sea compatible con las libertades individuales. No obstante, éstas no pueden ser respetadas debido a la propia lógica del mercado que se basa en una profunda desigualdad humana. El hombre aislado, abstracto, no existe. En Perú la opresión y miseria de los desempleados, campesinos y obreros son los gérmenes permanentes de la violencia estructural, que difícilmente podrá ser encubierta con la supuesta libertad para participar en el mercado y en el sufragio electoral.

Cinco años de neoliberalismo, más otros tantos de heterodoxia, no han modificado los parámetros estructurales de la dinámica de la acumulación ni han acabado con el avance guerrillero. En estos años los excesos del poder público no han tenido límites dentro del Estado, pues estamos frente a una estructura política cuya historia y fundamentos materiales se desenvuelven subsumidos en la violencia colonial, étnica y clasista. El Estado moderno, la democracia y los derechos humanos apenas tienen historia. El ejercicio del poder rompe con la formalidad constitucional del estado del derecho para quedar regido por la violencia, por la politicidad tradicional y la doctrina de seguridad nacional.

Las estructuras autoritarias de larga duración<sup>9</sup> están presentes en las fuerzas armadas y en la oligarquía (el etnocidio en la patria de los criollos), revitalizadas aún más por la guerra y extendidas al régimen y sistemas políticos.

Los partidos y el escenario democrático liberales se ven inscritos en un conflicto que los obliga a reestructurarse y a colocar la fuerza como la forma más adecuada de hacer política. La militarización de los métodos y los estilos de hacer política cuenta con viejas raíces ocultas en las profundidades de la historia.

En los últimos años, como consecuencia del neoliberalismo y las políticas de ajuste, la violencia recrudece en las ciudades y en el sector industrial; “esta violencia le es actualmente tanto más necesaria al capital; cuanto que la situación financiera de las empresas se ve con frecuencia deteriorada por la aparición de la crisis o porque el Estado impone limitaciones a las importaciones o exige que en compensación se desarrollen las exportaciones. La competitividad se convierte en una coerción más fuerte, la necesidad de reducir los costos se torna más urgente, la tentación de aumentar la rotación de la fuerza de trabajo mediante un desgaste aun más prematuro se hace mayor”.<sup>10</sup>

Las relaciones de producción imperantes son la garantía de la vigencia de la violencia y por lo tanto quienes se oponen a aquéllas se les suspenden derechos o, como la expresa Hinkelammert:

Una fuerza inaudita de agresividad resulta del hecho de que los máximos valores de la humanidad se transforman en motivos para su violación. Los valores se invierten y alimentan una máquina de matar. Como todo el género humano está en juego, ningún derecho humano debe ser respetado. La violación de los derechos humanos se transforma en imperativo categórico en la razón práctica.<sup>11</sup>

Esta operación de inversión recurre a la ilegitimación de los movimientos armados acusándolos de terroristas, criminales, polpotianos, dogmáticos, narcoterroristas, etcétera. Las declaratorias de: “estado de excepción”, “estado de emergencia”, y los “toques de queda” evidencian la decisión

<sup>9</sup> Torres Rivas, Edelberto, “Centroamérica: la transición autoritaria hacia la democracia”, *Crítica Jurídica*, núm. 9, Puebla, 1988, p. 101.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>11</sup> Hinkelammert, Franz, “Democracia, estructura económico social y formación de un sentido común legitimador”, *La transición difícil*, México, Siglo XXI, 1986, 9.386.

de violar los derechos humanos. Asimismo, la represión expresada en masacres, desapariciones, torturas, asesinatos, persecuciones, conducen a la aparición de débiles movimientos de defensa de los derechos humanos. Estos reivindican la inviolabilidad de la vida humana, agregan y agrupan otros derechos a su alrededor y relativizan la incuestionabilidad de los derechos derivados de las relaciones sociales de producción para oponerse a la miseria, la crisis, el desempleo, y la exclusión en general.

Las organizaciones de defensa de los derechos humanos han conseguido credibilidad y legitimidad por realizar análisis independientes y llevar al cabo acciones contra crímenes y ataques a la humanidad; sin embargo, esta autonomía decrece con el Nuevo Orden Mundial. Americas Watch congratuló a Fujimori por la captura de A. Guzmán. En 1991, Amnesty International (AI), en Yokohama, Japón, asumió una decisión de “gran alcance” para enfatizar la condena de las violaciones a los derechos humanos realizadas tanto por gobiernos como por grupos insurgentes. De ahí que no llame la atención que Peter Archard, presidente de la delegación de AI, quien visitó Perú para analizar in situ los derechos humanos, no fue a las prisiones pero sí declaró que “Sendero Luminoso” comete más violaciones y asesinatos injustificados que las fuerzas “del orden”. Esto lo sostuvo después de la tercera masacre de prisioneros ordenada por Fujimori (como más adelante veremos) y luego de que la propia AI informara al mundo que las fuerzas armadas del Perú habían asesinado prisioneros políticos y a campesinos sospechosos de apoyar a los revolucionarios. Como colofón, en el informe anual sobre derechos humanos del Departamento de Estado señala que “la principal fuente de violación de derechos humanos en el Perú son las actividades terroristas de Sendero Luminoso”.

Abimael Guzmán y el Partido Comunista del Perú fueron acusados de 24,517 muertos en 12 años de guerra, no obstante de éstos 11,872 son presuntos subversivos que obviamente no fueron asesinados por dicha organización. Entre ellos hay miles de civiles presumiblemente masacrados en base a la lógica del jefe antisubversivo general Cisneros: “es necesario matar a 10 campesinos si entre ellos hay un guerrillero” y los supuestos 400 combatientes asesinados en las cárceles. La categoría “civiles” engloba a los encontrados en fosas comunes, botaderos de cadáveres mutilados, etcétera. Estas atrocidades fueron documentadas por la prensa peruana, por Simón Strong en su libro *Shining Path*, la Comisión Bernaldes del Parlamento y las múltiples comisiones de derechos humanos que aparecen en

informes como los de AI. En esta categoría también se encuentran las víctimas de los bombardeos de pueblos, ametrallamiento con helicópteros artillados y aviones de caza y los “escuadrones de la muerte”. Por último, no hay que olvidar a los campesinos miembros de las patrullas de autodefensa y rondas, obligados a participar como “carne de cañón” y organizar aldeas estratégicas. Pero también se involucra a una minoría ínfima de funcionarios, informantes, narcotraficantes y miembros del abusivo poder neogamonal, ejecutados por la guerrilla por negarse a sus advertencias.

Guzmán también ha sido acusado de traición debido a que la guerra contra “Sendero Luminoso” costó 20,000 millones de dólares. En realidad lo que preocupa al gobierno es la deuda externa de 25,000 millones de dólares contraída en los últimos 25 años con bancos, organismos financieros y gobiernos de Estados Unidos y Europa, para sostener una economía adicta a la importación. Los gastos militares en buena medida son sufragados por el país del Norte, quien otorga fondos, entrenamiento, consulta e incluso dirección a la contrainsurgencia.

Desde 1986 Estados Unidos inició una intervención a gran escala en Los Andes, a partir de la construcción de bases militares y la modernización de la infraestructura militar en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. En 1987, la revista *Latin American Regional Report* informaba sobre un programa de entrenamiento para oficiales peruanos en Carolina del Norte. En el mismo año la revista *Military Review* explicaba que las maniobras militares conjuntas de Estados Unidos y Bolivia preparaban las intervenciones regionales. En 1989 el *New York Times* sostuvo que los satélites espías norteamericanos proveían fotos de alta resolución de las bases de apoyo senderistas y que la Agencia de Seguridad Nacional escuchaba todas las comunicaciones radiales en Los Andes. En septiembre de ese año un portavoz del pentágono reconoció que tenían tres equipos de entrenamiento militar en el Perú, dos en Colombia y dos en Bolivia. Hasta entonces, 800 policías y soldados peruanos habían sido entrenados por los “Boinas verdes”, quienes además entraron en combate directo, rociando desde helicópteros el veneno spike y quemando pueblos (*Revista Penthouse*, de julio de 1992).

Los acuerdos intervencionistas aumentan, ejemplo de ello es el de San Antonio, cuyo objetivo fue construir centros de adiestramiento militar. La ayuda económica y militar de los gobiernos de Estados Unidos para algunos

países de América Latina se hace más fluida. Durante el autogolpe militar de abril de 1992, Bernard Aronson estaba en Lima y casualmente comenzó un programa de mejoramiento de los servicios de espionaje. La revista norteamericana *Newsweek* informa que Antonio Ketin Vidal, jefe de la policía secreta que capturó a Guzmán, recibió entrenamiento en el país del Norte y que la Dirección Contra el Terrorismo recibió capacitación referente a seguimiento computarizado de personas por parte de la CIA.

Las fuerzas armadas y el gobierno *de facto* no reconocen que entre 1980-90 fueron eliminados aproximadamente 3,000 efectivos militares. La reacción contra ello fue el bombardeo de pueblos, la utilización de bandas paramilitares, el genocidio de prisioneros de guerra, la tortura, el encarcelamiento, los fusilamientos, asesinatos de periodistas, y las fosas comunes.

Mientras tanto, el pueblo va descubriendo nuevas formas de hacer política. Es una posibilidad para no ser segregado en un medio donde las fuerzas sociales fuertemente marcadas por lo étnico se polarizan recurriendo a la violencia para imponer sus intereses. Los revolucionarios buscarán la destrucción de un sistema y de una clase dominante incapaces de organizar una sociedad capitalista, de construir estructuras de mediación y representación de las mayorías, de recomponer el sistema político a través del sufragio, de renovar las clases políticas y la fuerzas armadas y de crear una mitología democratista.

La democracia popular propuesta por el Partido Comunista del Perú, único proyecto nacional según Henri Favre,<sup>12</sup> enfrenta estas nuevas realidades. "Sendero Luminoso" considera que formula respuestas solidarias, afirma derechos y libertades, buscando representar a las mayorías, mostrando soluciones y develando a través de la violencia los ocultos mecanismos de la dominación.

## II. GENOCIDIO CONTRAINSURGENTE Y CULTURA OLIGÁRQUICA ETNOCIDA

Nelson Manrique subraya un aspecto crucial para entender la "guerra sucia" cuando establece una semejanza entre las fuerzas armadas de Perú y el ejército de ocupación chileno, que provocó una tenaz resistencia guerrillera. Los militares actúan como un auténtico ejército de ocupación,

12 Henry Favre, director del CNRS, conferencia en la UNAM, 2 de junio de 1992.

lo que es explicable por el abismo ideológico entre indios y no indios fundados en la diferencia étnica, contextualizando un profundo racismo.

Las enseñanzas de las escuelas norteamericanas, que identifican a cualquier enemigo como agresor externo, se adaptan coherentemente al Perú, en la medida que no ha sido resuelto el problema de la integración política y nacional y el campesinado indígena tiene una ciudadanía de segundo orden.<sup>13</sup> Las fuerzas armadas son el pilar del Estado oligárquico y la etnocida república de blancos, con definido comportamiento colonialista. Al mismo tiempo, representan la mediación imperialista para integrar el país al mercado y al sistema capitalista mundial. Esto es lo que explica el arrasamiento de comunidades campesinas para cortar líneas de apoyo a los rebeldes, el allanamiento de domicilios, incendios y robos al campesinado indígena. De igual manera, los crímenes en dependencias policiales, en las calles y en los penales, la tortura y los crueles castigos e interrogatorios; desapariciones sin dejar posibilidad de intervención al Ministerio Público y órganos judiciales jurisdiccionales; arrestos arbitrarios y allanamiento de domicilios; sometimiento del poder judicial para dejar al indígena sin recurso de amparo.

Las secuelas de esta política contrainsurgente genocida y etnocida, conocida militarmente como “guerra sucia”, son funestas: prostitución, bandolerismo, enfrentamiento entre comunidades y entre distintas poblaciones étnicas; agudización de las oposiciones costa-sierra y mestizos-indígenas. No obstante, la guerra revolucionaria se acrecienta con el odio del pueblo a un Estado que cada día le muestra más su carácter etnocida y antipopular.

Las relaciones capitalistas fueron instauradas en un medio poscolonial a través de la violencia para continuar la tradición mercantilista de ejercer su dominio en un espacio no preparado para ello. La agresión a las relaciones comunitarias y de solidaridad desatan la violencia. Los primeros rasgos del Estado moderno y la intervención pública nacen violentos precisamente porque su lugar y función son difundir las relaciones mercantiles.

La penetración capitalista tiene como precondition y base de apoyo la violencia.<sup>14</sup> El Estado aparece como exterior a la población nativa y mestiza, y como un elemento agresor de las relaciones comunitarias, principalmente en el campo. La modernización significará reconcentración del suelo,

13 Manrique, Nelson, “Guerra sucia, etnocidio y racismo”, *Quehacer*, núm. 39, pp. 66-69.

14 Salama, Pierre, y Mathias, Gilberto, *El Estado sobredesarrollado*, Era, 1986, p. 108.



expulsión de comuneros y parcelarios de sus tierras y ficticia salarización. En la minería y en la industria surge la posibilidad de desgastar prematuramente la fuerza de trabajo, expulsarla y después recurrir al vivero de desempleados y subempleados que en nuestros días forman parte del sector informal, traduciendo la violencia del funcionamiento del capital en economías de escaso desarrollo industrial.

De este modo la violencia se va convirtiendo en un elemento constitutivo de la sociedad y de la organización del poder. Las relaciones sociales de producción precapitalistas y capitalistas, o su combinación, son las que jerarquizan el derecho e incluso los valores éticos. Este es el criterio que limita las decisiones presuntamente mayoritarias, transponiendo los conflictos étnicos y clasistas.

La naturaleza burguesa y al mismo tiempo servil y racista de una sociedad con extensas áreas semif feudales es el fondo estructural que determina la negación de los derechos socioeconómicos elementales del hombre. Al patriarcalismo, a la subordinación personal, a la discriminación étnica y genocida, y al neogamonalismo como sistema global de opresión precapitalista, se agrega la ausencia casi total de los derechos burgueses. Las condiciones de sometimiento en que se desarrolló la vida del pueblo peruano y la convivencia colectiva bajo la explotación capitalista se ven profundizadas por la crisis de la deuda y el sometimiento a la globalización y al nuevo orden mundial a través del neoliberalismo. El libre desarrollo de los pueblos aparece como una lejana ilusión, y más aún el progreso multilateral y armónico del individuo. La única forma de asegurar las condiciones materiales del ejercicio de los derechos económicos y sociales es la supresión de la propiedad privada monopolista y de la explotación.

En un informe especial suscrito por Marcial Rubio Correa<sup>15</sup> se establecen los elementos centrales de la llamada Doctrina Peruana de Seguridad Nacional, recreada por el Centro de Altos Estudios Militares, a partir de fuentes norteamericanas, francesas y argentinas:

1. El Estado es definido como la forma superior y más moderna de organización política de la sociedad: “Es un pueblo que, en un territorio, obedece a un gobierno cuya tarea es realizar el bien común”. Este “bien común” es identificado como progreso que sirve a la realización de la persona humana. De este modo, para los militares el Estado no es una

<sup>15</sup> Rubio Correa, Marcial, “Las Fuerzas Armadas, la política y la doctrina de contrainsurgencia”, *Quehacer*, Lima.

relación social históricamente determinada, ni un organismo de poder y dominación con un definido carácter de clase.

2. Los fines del Estado son el bienestar general y la seguridad integral. La última finalidad se logra a través de la defensa nacional que garantiza la integridad del patrimonio estatal y la plena autonomía en el campo interno y libre de subordinación respecto al externo. Estos fines se obtienen recurriendo al poder nacional y al potencial nacional, que integra los recursos materiales y espirituales, activos o latentes, disponibles por el Estado-Nación. El bienestar equivaldría al desarrollismo.

3. Las fuerzas armadas reclaman un lugar en la elaboración de la política nacional, desde el momento en que fijan los objetivos nacionales y el proyecto nacional, pues la correcta interrelación defensa-desarrollo depende de la seguridad nacional. Según el Centro de Altos Estudios Militares, estos tres componentes otorgan a las fuerzas armadas el monopolio de la soberanía y de dirección política sobre el conjunto del país. Estas deciden si aceptan compartir la dirección estatal con algún partido. Su poder está asentado en las armas; el monopolio sobre las mismas posibilitan su intervención en el poder económico y político, a través de múltiples mecanismos legitimados por la Constitución, como el Consejo de Defensa Nacional y la autonomía ministerial. De este modo su poder es refrendado y consentido.

Las fuerzas armadas no se detienen a reflexionar en la débil institucionalidad, en la escasa ciudadanía, en la democracia o el sistema político: Representan el poder y deciden en última instancia el futuro de los países. Su ideología es producto de la cultura oligárquica.

Las actividades contrainsurgentes comienzan a organizarse durante 1962-63 con la reforma agraria en los valles de la Convención y Lares, y la construcción del cuartel antisubversivo de Mazamari (48 Comandancia de la Guardia Civil) como lugar de entrenamiento policial, por los “Boinas Verdes” de Estados Unidos. En las ciudades se crean las unidades de servicios especiales.

El “cursillismo anticomunista” y contrainsurgente, constituido como moderno ejército colonial primero en el gobierno del general Juan Velasco Alvarado y después con su sucesor el general Morales Bermudez, tuvo una influencia decisiva en la dirección de las fuerzas armadas.

Los coroneles y generales Fernández Maldonado, Richter Prada, Danquart Parodi, Enrique Gallegos, Artola, Rodríguez Figueroa, La Torre,

Graham, Arca Betancuart, Cruzátegui, entre otros, quienes lograron cercar y aislar a Velasco Alvarado y a la “joven oficialidad más radical”, estaban estrechamente articulados al “cursillismo argentino” y la con-trainsurgencia.

Con el inicio y desarrollo de la guerra popular en 1980, el poder se divide en dos, un gobierno demoliberal y las fuerzas armadas; que cada vez administran mayores espacios concentrando un poder real y permanente.

El terrorismo de Estado militariza la sociedad y las fuerzas armadas convierten al país en un gran cuartel. Es una agresión a la salud mental de la sociedad. Como señala Enrique Guinsberg, los propósitos del terrorismo de Estado son: a) crear temor a través de amenazas, campañas publicitarias de intimidación, operativos militares espectaculares, escenificar permanentemente un clima de guerra; creando en toda la sociedad miedo colectivo, paranoia y desconfianza en el otro. Al imponer el modo de vida castrense a la sociedad, el Estado va logrando un mundo de hombres pasivos y dependientes, sin identidad e incapaces de decidir e identificados, más bien, con la imagen del superior.

La exhibición de detenciones, torturas y hasta campos de concentración psicotiza la vida cotidiana de la población. En el caso peruano se culpa a “Sendero Luminoso” de la irracionalidad, incertidumbre en el futuro e incluso de la crisis y todos los problemas del país. Los rebeldes aparecen deshumanizados. Los cambios psicosociales se expresan en pérdida de espontaneidad, en miedo y rechazo al cambio y esperanzas en otro terreno, el de la recuperación económica. Se quiebra la solidaridad, se suprimen formas de participación social como la sindical y se exacerbaban enfermedades psicosociales como el alcoholismo, la drogadicción y la delincuencia.<sup>16</sup>

Veamos cómo evolucionó la imposición del terrorismo de Estado. Para Fernández Salvatecci,<sup>17</sup> tres son las fases de la “guerra sucia”: 1. Liquidar las contradicciones entre la “guerra sucia” y las libertades políticas. 2. Estructurar una organización regional para el acosamiento en círculos y operaciones “rastrillo”, y 3. Arrollamiento del enemigo, previa aglomeración campesina en aldeas estratégicas. Este tipo de guerra puede adoptar diversas formas.

16 Guinsberg, Enrique, “Salud mental, paz y terrorismo de Estado”, *Nueva Sociedad*.

17 Fernández Salvatecci, José, *Terrorismo y guerra sucia en el Perú*, Lima, FS, 1986.

### III. LA TÁCTICA DE LOS MALOS

La “guerra sucia” da comienzo con el envío de efectivos militares a Ayacucho el 23 de diciembre de 1982, y la primera fase se anuncia con la masacre de ocho periodistas en el caserío de Ucharaccay a manos de los sinchis.<sup>18</sup> Es el primer experimento de manipulación de las masas campesinas contra las guerrillas.

En el lapso comprendido entre 1980-82 las fuerzas policiales fueron derrotadas en sus tres grandes operativos. La primera acción de las fuerzas armadas, conocida como “cerco y aniquilamiento”, fue una campaña de exterminio implementada durante 1983 que comprendía: terror estatal selectivo y masivo, masacre de pueblos, enfrentamiento entre comunidades, control de la población, guerra psicológica, desaparición de civiles y presos, desinformación y acciones políticas como la apertura electoral. Este manualesco trayecto genocida estuvo totalmente a cargo del general Noel. Es el periodo en que ocurren las primeras desapariciones de detenidos.

Después de dos años de la masacre, el *Diario de Marka* descubrió e informó la verdad de los sucesos de Ucharaccay, acusando directamente al teniente Ulloa, al sargento Máximo Chávez y a ocho soldados, quienes bajo órdenes del jefe de Servicio de Inteligencia Nacional, comandante Armando Mellet, buscaron silenciar y ahuyentar de las zonas de “guerra sucia” al periodismo. En diciembre de 1984 Mario Vargas Llosa fue acusado de encubrimiento por el pronunciamiento de la Federación Latinoamericana de Periodistas. No obstante, para ese momento ya habían desaparecido diez de diecisiete acusados. Se cuenta, entre otros, con el testimonio de Juana Argumedo, quien fue torturada, violada y amenazada de muerte por elementos del gobierno. Los crímenes continuaron. En marzo de 1985 un periodista defensor de los derechos humanos, Fredy Valladares, fue asesinado en Ayacucho. Finalmente, en marzo de 1988, el general Clemente Noel y el presidente Belaúnde fueron acusados por el abogado de los deudos como responsable del asesinato de los ocho periodistas. A pesar de todo, el caso quedó archivado.

Los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos, más independientes que los nacionales, desde principios de 1983 denunciaron las prácticas de “guerra sucia”. Hicieron conocer al mundo las masa-

18 Declaraciones del periodista Morales, Boletín de ALASEI.

eres, ejecuciones extrajudiciales, matanzas, torturas, persecuciones, etcétera. En ese entonces el presidente Belaúnde dijo que los mencionados informes los iba a tirar a la basura; este cinismo etnogenocida propio de la cultura aristocratizante fue refutado por el ex fiscal de la nación, Álvaro Rey de Castro, quien reconoció haber recibido y procesado denuncias de matanzas y desapariciones ejecutadas por las fuerzas armadas. Mientras, Belaúnde solicitaba al Congreso la reivindicación y reimplantación de la pena de muerte para legalizar así la violación del derecho a la vida. Además impidió sistemáticamente que los defensores de los derechos humanos conocieran la realidad.

Cuando se anunció la visita de una Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el mencionado presidente se opuso e impudicamente sostuvo que Perú podía dar lecciones de derechos humanos. Ante las presiones internacionales, el grupo de trabajo de Naciones Unidas logró viajar a Perú y comprobar la certeza de sus sospechas acerca de un tenebroso genocidio andino: grandes fosas comunes y botaderos de cadáveres. En marzo de 1985, pocos meses antes de dejar la presidencia, fueron descubiertas en Ayacucho nuevas fosas comunes, y cuando las autoridades judiciales intentaron verificar su existencia resultaron tiroteadas por infantes de Marina.

#### IV. LA TÁCTICA DE LOS BUENOS

En 1984, al fracasar la anterior, se aplica la táctica de los buenos, a través de la operación "Independencia" y siguiendo los lineamientos de los asesores del ejército argentino. Se actúa en varios frentes para arrebatar a "Sendero Luminoso" el creciente apoyo de la población civil, eliminar las causas del conflicto (combinando la guerra regular e irregular), y lograr flexibilidad en sus movimientos. Las acciones se instrumentaron en los aspectos: psicológico, cívico y militar, con predominio del primero. El respaldo masivo de la población al Partido Comunista del Perú posibilitó el pronto fracaso de las mismas.

Esta nueva forma de combate a la insurgencia fue dirigida por un general muy bien seleccionado, de origen ayacuchano: Adrián Huaman Centeno. Se aplicó el manual de la Infantería norteamericana denominado *Contra Insurgency Operation FM 8-2* y el *Patern Sistem* (utilizado en Nicaragua contra el sandinismo), basado en manuales computarizados que relacionan el comportamiento de la población y las guerrillas.

Paralelamente a una supuesta política de bienestar social, aumenta la represión, y ésta no es posible encubrir la (suceden los crímenes del dirigente popular Oropeza, del periodista Ayala, de un grupo de evangelistas, de niños en Sunchubamba) y finalmente ante el hallazgo de fosas comunes en Huanta y treinta lugares más, decidieron cambiar de procedimiento.

Con la asesoría de un militar Argentino, conocido como "Harey", aproximadamente en mayo de 1982, el gobierno envió las fuerzas armadas y estableció un comando político-militar para las nuevas provincias de Los Andes orientales donde opera "Sendero Luminoso". En julio de 1984 se destacan más de 6,000 efectivos del ejército a las zonas de combate.

Si bien la Marina es responsable de la mayoría de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y cementerios clandestinos, esto es así porque le correspondía tal función en la división del trabajo militar. Empero, el caso de la "Masacre de Sivia", donde las fuerzas combinadas ejército-marina asesinan a 54 jóvenes es elocuente muestra de la complicidad del ejército.

Las patrullas comunales son grupos paramilitares de civiles organizados por las fuerzas armadas, que comienzan a actuar en los primeros meses de 1983, bajo la asesoría de expertos guatemaltecos. Primero se destacaban comunidades rivales de aquellas receptivas a la propaganda guerrillera y se cambiaban a las autoridades, privilegiando en los nuevos cargos a campesinos ricos, pequeños terratenientes, comerciantes y licenciados del ejército. Luego se aprovechaba esta mediación para obligarlos a combatir desarmados a la guerrilla. Si la comunidad rechazaba estas medidas era virtual objeto de genocidio.

Las comunidades también son fuente de aprovisionamiento coercitivo de alimentos, mediante saqueos que casi siempre van acompañados de violaciones a las mujeres que encuentran los militares a su paso.

En julio de 1984, ante los avances de la insurgencia, un decreto presidencial otorga amplias facultades a los militares para actuar en la lucha antisubversiva, y se establece el estado de emergencia en gran parte del país.

A pesar del cuidado en tomar esa decisión, en la navidad de 1982 eran nueve las provincias bajo el control militar; en 1984 eran 13, y en 1985 llegaban a 26.

Desde enero de 1983 se encontraron en diversos parajes campesinos asesinados, y el 22 de agosto de 1984 autoridades judiciales y forenses hallaron "por primera vez" siete fosas comunes con 89 cadáveres en el pueblo de Pucayaccu, a trescientos metros de un puesto de Infantería de

Marina. En agosto de 1985 se estimaban en 40 las fosas comunes descubiertas. Los cadáveres eran de hombres jóvenes, con muestras de haber sido torturados, mutilados, los rostros amasijados, desnudos, con las manos atadas, los ojos vendados, después de haber sido desfigurados por armas blancas, con las yemas de los dedos seccionadas, las mandíbulas arrancadas, los cráneos destrozados, las plantas de los pies rebanadas, configurando indescriptibles cuadros de horror y simbólicos mensajes al enemigo.

Las familias de muchos desaparecidos revelaron que éstos habían sido arrestados por las fuerzas armadas y que después los identificaron en fosas comunes. La comunidad de “llocheque” expresó su desacuerdo con la información del periódico *Expreso*, que atribuía las muertes a “Sendero”; asimismo los residentes de Quinua y Muyuri denunciaron que individuos enmascarados a quienes reconocieron como soldados arrestaron a numerosas personas, algunas de las cuales fueron encontradas muertas.

Las denuncias comenzaron a multiplicarse. El fiscal provincial, altos funcionarios judiciales, el director de la revista *Caretas*, organizaciones políticas, religiosos y publicaciones periódicas, hacían un coro difícil de silenciar y que pronto llegó a los organismos de defensa de los derechos humanos.

Las noticias referentes a violación de derechos humanos eran un dato cotidiano. La agencia de prensa DPA informaba: “todo parece indicar que las víctimas son ejecutadas por las fuerzas del orden... cuarenta y nueve de las víctimas de las fosas comunes desaparecieron la semana pasada presumiblemente secuestradas por policías y militares uniformados, fuertemente armados y los rostros cubiertos de pasamontañas”. Un enviado especial del periódico *La República* a las zona de emergencias describe: “ya no llama la atención (que en Ayacucho) el descubrimiento casi a diario de decenas de cadáveres en barrancas, cauces de pequeños ríos, laderas, cunetas de carreteras, en pastizales y prácticamente cualquier otro lugar”.<sup>19</sup>

Por esa época, representantes de una congregación evangélica denunciaron que seis fieles fueron sacados del templo por Infantes de Marina y asesinados a poca distancia. Sobrevivientes de la masacre infantil de Sunchubamba relatan que desconocidos con metralhas victimaron a sus amigos.

No existe ninguna duda de la intervención de otros gobiernos en las atrocidades cometidas. Consejeros norteamericanos, argentinos, ingleses,

<sup>19</sup> *La República*, Lima, 24 de agosto de 1984.

guatemaltecos, italianos servían de asesores en contra insurgencia. Infantes de Marina del Perú reconocieron en la entrevista de UPI que la mayoría de ellos recibió 60 días de instrucción en la Escuela de las Américas de Panamá. El senador Benales, de Izquierda Unida, denunció por televisión que la policía peruana estaba recibiendo asesoría de expertos argentinos.

Son numerosos los centros de reclusión (éstos aumentan al ritmo del crecimiento de las guerrillas), comandancias de las fuerzas armadas y policiales, cuarteles (cabitos en Ayacucho), centros de reclusión (estadio de Huanta, escuela primaria de Totos), campamentos militares, cárceles departamentales y provinciales, reclusorios y cárceles clandestinas. La mayoría de las víctimas son campesinos y estudiantes de habla quechua, y nadie tiene la posibilidad de reclamar por ellos en la aún vigente república oligárquica si no es con el riesgo de correr la misma o peor suerte.

Los derechos al empleo, a la salud, a la alimentación, vivienda y educación cada vez son para menos. Han sido eliminadas libertades civiles y políticas. La libertad de expresión fue suplantada por la desinformación y el falseamiento de los hechos políticos y militares; por la amenaza permanente a periodistas honestos, periódicos y revistas de la oposición y por la detención, desaparición y muerte de comunicadores (como los casos de Uchuraccay, y de Ayala Sullca).

Respecto a las libertades de creencia, los cambios estaban anunciados. Durante el gobierno de Beláunde hubo persecución ideológica de dirigentes sindicales, jueces, periodistas y sectores de la Iglesia; y en otro ámbito represión a los centros de investigación y promoción campesina. En el periodo de Alán García se utiliza la persuasión previa a la violenta coerción, ejercida por bandas paramilitares anticomunistas creadas por el APRA. Como antes, el derecho a reunión sigue conculcado por el Estado de emergencia, la suspensión de las garantías y el toque de queda. Las huelgas, manifestaciones políticas y protestas son legalmente aceptadas, y en la práctica reprimidas. La libertad de tránsito dentro y fuera del país es cada vez más restringida: ningún ciudadano o campesino indígena puede movilizarse sin ser registrado varias veces en un viaje. La libertad de participación en el proceso político quedó cercenada: el sufragio y los documentos personales se transformaron en elementos de vigilancia y control policial. Sindicalistas, parlamentarios, dirigentes campesinos y populares ven limitados sus derechos por la acción corporativa y represiva del Estado.



El respeto a la libertad de la persona y la vida es una quimera. Poblaciones enteras han sido totalmente perturbadas y sus derechos aniquilados por el genocidio, etnocidio y ecocidio de la “guerra sucia”, como señala Valqui: “Así lo prueban los vastos operativos contraaguerrilleros: cateos, cercos, rastillaje, militarización de ciudades y poblaciones, patrullaje, imposición del estado de sitio y toques de queda, bombardeo de poblaciones civiles, con aviones supersónicos y helicópteros artillados, utilización de armas químicas (napalm, fósforo...), persecuciones, detenciones, secuestros y desapariciones (como el caso bastante conocido del poeta Hildebrando Pérez), tortura...liquidación física y exterminio de campesinos y trabajadores”.<sup>20</sup>

Debemos agregar las violaciones de presas y comuneras, el desamparo de niños, los campos de concentración, degradación y crimen carcelario, asesinatos de enfermos hospitalizados (casos Wensjoe durante el gobierno de Belaúnde y los heridos en las masacres de las cárceles en el período de Alán García), saqueos e incendios de pueblos; y en los últimos años la violación y el asesinato de mujeres embarazadas y el exterminio de niños recién nacidos.

Los trastornos demográficos son gravísimos. Las fuerzas armadas han desaparecido comunidades íntegras, destruido fuerzas productivas, intensificado las migraciones de refugiados que abandonan sus parcelas y bienes; a punto tal que las amenazas de un colapso productivo son una realidad que implica una reducción de la producción agropecuaria, alteración de los sistemas productivos tradicionales y ruptura de los circuitos mercantiles.<sup>21</sup>

Urrutia describe cómo las rondas de defensa civil instrumentadas por las fuerzas armadas han deformado las comunidades, para cumplir el objetivo de destruir a otras. El sistema de autoridades tradicionales ha desaparecido y en su lugar existe un nuevo poder militar, que junto al neogamonolismo han sometido a la población campesina a una especie de “esclavitud”.<sup>22</sup>

En enero de 1985, AI tenía 1,005 casos documentales y no resueltos de desapariciones, mientras la Comisión de Derechos Humanos del Perú por la misma fecha reportaba 4,500 casos. Como sostiene Amnesty: “las desapariciones y homicidios políticos perpetrados por el Gobierno están con

20 Valqui Cachi, Camilo, “Insurgencia, contrainsurgencia en el Perú, la administración Reagan-Belaunde”, *Revista de la Universidad Autónoma de Guerrero*.

21 Urrutia, Jaime, “Ayacucho, los frutos de la guerra”, *El Zorro de abajo*, núm. 3, pp. 51-55.

22 *Ibidem*, p. 53.

frecuencia relacionados... las desapariciones enmascaran homicidios”.<sup>23</sup> Para el caso de Perú, este organismo posee informes de 420 casos de personas identificadas como detenidas y posteriormente asesinadas.

AI, acusa directamente a las fuerzas gubernamentales como responsables. Todas las fuerzas armadas, incluyendo la policía política y miembros civiles, participaron en la represión criminal. La marina envió gran parte de sus 2,000 hombres entrenados en contrainsurgencia (enero de 1983) a la jefatura político-militar de Huanta, comandada por ellos.

## V. ALÁN GARCÍA Y LOS COMANDOS GENOCIDAS

Con Alán García en la presidencia la situación cambió. Llegó a la misma con un pretendido equipo de expertos en contrainsurgencia que le permitió contar con un diseño estratégico articulado al de las fuerzas armadas. Ese proyecto de guerra total abarcaba todos los ámbitos y métodos, asociaba las formas secretas y abiertas de combate, establecía zonas prioritarias urbanas y rurales, “atacaba” la pobreza en el campo y la ciudad, creaba una economía de guerra, controlaba los medios de comunicación masivos y se subvencionaba del narcotráfico. Terminó militarizando la sociedad y el Estado y colocando el genocidio y el asesinato como los ejes de su accionar contrainsurgente.

No obstante sus precauciones y su alianza con Izquierda Unida en lo interno y con la socialdemocracia en lo exterior, a los pocos meses de asumir la presidencia se multiplicaron las denuncias de nuevas masacres en el espacio andino. Cuando García prometió aclarar el genocidio de la comunidad de Cayara, sostuvo: “debemos garantizar la legalidad de sus acciones” (aludiendo a las fuerzas armadas). Más explícito fue el vicepresidente, el aprista Luis Alberto Sánchez, quien al ser entrevistado por la periodista Sonia Goldemberg sobre la vigencia de la “guerra sucia” contestó: “tiene que ser forzosamente, tan sucio es el crimen como su represión...eso se llama ojo por ojo, diente por diente”.

El Estado llegó a ser el soporte de la eliminación selectiva de toda oposición en la sociedad civil. Intentaba acabar con las expresiones urbanas de apoyo a “Sendero Luminoso”, que reimpulsaba el trabajo en las ciudades aprovechando los espacios que abría el liberalismo.

23 *Amnisty International*, informe de 1986, p. 4.

En 1985 se aplicó una nueva táctica, “todos contra todos” y “nadie contra nadie”, poniendo el máximo esfuerzo en la participación campesina, técnica norteamericana probada en Vietnam. Se le denominó “grupos de auto defensa civil” y utilizaron para ello a los campesinos más atrasados, deshumanizándolos. De este modo se desata una ola de asaltos, saqueos, incendios, violaciones perpetradas por militares y campesinos. Tales acciones iban acompañadas de masacres colectivas y la huída masiva de la población por el terror generalizado. El fracaso era evidente y el general Mori, jefe contrainsurgente renunció.

Alán García cambió la estrategia pero continuaron las masacres, como las de Pucayacu y Acomarca en agosto de 1985; Lurigancho en octubre; Bellavista en noviembre, entre las más conocidas en ese año. El analista Raúl González (consejero contrainsurgente) recomienda al APRA que la confrontación sea en el plano político y recogiendo las banderas insurreccionales y movilizandó a la población contra el Partido Comunista del Perú. En otras palabras, sugiere desatar una guerra total privilegiando lo político.<sup>24</sup> Las recomendaciones de *Americas Watch* contra la “guerra sucia” etnocida y genocida, así como las de la Comisión Pérez Esquivel acerca del respeto a los derechos humanos y fomento de la democracia, fueron desestimadas por el régimen y privilegiaron los dictados programáticos de las fuerzas armadas y su vocero Raúl González.

En septiembre de 1985 un centenar de madres de desaparecidos de Ayacucho fueron atacadas por la policía en la Plaza de Armas de Lima. Poco después en abril de 1986, la Comisión Internacional de Juristas, presidida por el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, hizo cuarenta recomendaciones, entre ellas: poner fuera de la ley a las milicias militares, juzgar con rapidez a los acusados de terrorismo, respeto de las fuerzas armadas al acceso de la Cruz Roja Internacional y órganos de defensa de los derechos humanos a las zonas en estado de emergencia y restablecimiento de las garantías constitucionales y de las autoridades civiles a dichas zonas de terror.

La política de intimidación a la prensa continuaba, decenas de periodistas eran asesinados, desaparecidos o encarcelados. Las libertades de prensa y expresión seguían veladamente conculcadas como lo demostró la masacre de presos políticos del 18 de junio de 1986, cuando el viceministro del

24 González, Raúl, *Quehacer*, DESCO, Lima, noviembre de 1985, p. 6.

Interior “sugirió” con gran sutileza al periodismo que se retirara porque iba a correr mucha sangre.

Antes de cumplir un año en el gobierno, el 16 de junio de 1986, Alán García dijo al periodista Augusto Zimmerman: “¿qué pasaría si nos tiráramos a todos los senderistas? Nada, absolutamente nada”. El primer día del amotinamiento de los presos políticos (18 de junio de 1986), de acuerdo con varios testimonios, García expresó telefónicamente al ministro del Interior, Agustín Mantilla, “¿Qué están esperando? ¿Acaso quieren que vaya yo a matarlos personalmente?”.<sup>25</sup> Después de la masacre de los 300 presos políticos *Americas Watch* emitió en noviembre un informe donde señala que en Perú se usan tácticas de “guerra sucia”, y acusó directamente a Alán García de ser responsable de la impune masacre de los penales, de sacar de la órbita civil el caso pasándolo a la jurisdicción militar. Añade que García no tomó medidas para que se investigaran los hechos.

Los apristas utilizaron dos modalidades represivas, una surgida desde las fuerzas armadas y otra desde la sociedad civil. En el primer caso el Poder Judicial las exoneraba de responsabilidades y en el otro, el armamento y la “inteligencia” eran aportados por los órganos militares. El comando “Rodrigo Franco”, surgido en el Palacio de Gobierno y en algunas universidades capitalinas controladas por el APRA, se extendió con diversos nombres a la provincia y al campo. Este instrumento paramilitar asesinaba estudiantes, maestros, abogados, dirigentes gremiales y políticos, y finalmente, cuando fue denunciado por los organismos de defensa de derechos humanos comenzó a aniquilar a sus activistas.

En 1987 Perú ocupaba, según las Naciones Unidas, el primer lugar en el número de detenidos desaparecidos. En agosto de 1985, 35 de las 170 provincias se encontraban en estado de emergencia y allí las fuerzas armadas poseían poderes especiales para exterminar a los opositores o sospechosos de serlo.

Durante ese periodo se discutieron nuevas iniciativas de ley para acrecentar la represión en las ciudades.

El APRA y la derecha cavernaria a través de la TV, radio y prensa escrita, hicieron una apología del terror: festejaron las operaciones “rastrillo” en diferentes barrios populares para maniatar a las masas; publicaron posibles lugares de accionar de los insurgentes para que la policía se ensañara con humildes pobladores; justificaron los genocidios, como el de los penales,

<sup>25</sup> *El Diario Internacional*, núm. 2, Bélgica, noviembre de 1990, p. 5.

calificándolos de necesarios e inevitables o de “decidida acción de las fuerzas policiales”; promovieron a asesinos como el comandante Huayhuaco (un narcotraficante aprista responsable de varios crímenes en Ayacucho); y señalaron a organizaciones populares como parte del aparato del Partido Comunista del Perú.

El 28 de julio de 1988 es asesinado Manuel Febres, reconocido penalista, miembro de la Asociación de Abogados Democráticos y abogado defensor del presunto jefe guerrillero de “Sendero Luminoso”, Osman Morote Barrionuevo. Desde ese momento comienza una ola de homicidios hasta hoy impunes. Atentados, secuestros y amenazas preludian la intención de erradicar la subversión por medio del crimen. El Ministerio del Interior adquiría armamento de Corea, Estados Unidos y Polonia. Se organizaban cursos de adiestramiento a través de las fuerzas policiales y del mencionado Ministerio, bajo la dirección de su titular, Agustín Mantilla y otros miembros de la dirección del Partido Aprista, con la colaboración de jefes militares de ese partido, como los generales Fernando Reyes Roca, Raúl Jares Gago, Edgar Luque Freire y Gastelú Welsch.<sup>26</sup>

La Izquierda Unida participaba a su manera en las políticas contrainsurgentes del gobierno aprista; afincada en el Parlamento, los municipios y en organizaciones de asistencia como “Vaso de Leche”, “Comedores Populares”, “Microáreas de Desarrollo” y en las “Rondas Vecinales”, no hacía otra cosa que apuntalar un sistema que se derrumbaba.

Las Microáreas de Desarrollo (MIADES), impulsaban el trabajo gratuito de clases populares a expensas del enfrentamiento de unos sectores de masas con otros, desarrollar una ideología de la mendicidad y estabilizar el sistema político. Ofrecer nuevos recursos es prolongar la agonía de una sociedad con profundas e insalvables contradicciones.

El Programa Social de Emergencia fue signado el 5 de julio de 1989 por los empresarios (CONFIEP), la Cordinación Nacional Provisional de Comedores Populares y los centros de promoción social que aglutinaban a intelectuales de Izquierda Unida, algunos incluso con el aval de Naciones Unidas.

El gobierno cuenta con el apoyo de organismos internacionales que apoyan la función del Estado para lograr bienestar social y obras públicas, con un claro contenido antisubversivo. Los centros de promoción se con-

<sup>26</sup> Comisión Investigadora de Grupos Paramilitares, *Una lucha cívica contra la impunidad*, Lima, Manuel Piqueras Luna, octubre de 1989.

vierten en medios de corrupción de dirigentes sindicales y barriales, mientras los organismos no gubernamentales (ONG) para el desarrollo apuntalan la política de instituciones y organizaciones en manos de la izquierda para crear centros de explotación y control político.

La rebelión, el combate y la resistencia trascienden lo reivindicativo y postulan la emancipación. Década y media de inflación e hiperinflación, recesión y estancamiento fusionan la lucha reivindicativa y la política, provocando periodos de incremento genocida: 1984-85, y 1989-90, cuando las incursiones terroristas de las fuerzas armadas contra pueblos indefensos se generalizan. En efecto, los ajustes, reajustes, “paquetazos”, políticas de shock o gradualistas, son distintos mecanismos para reducir salarios y salvar las ganancias de transnacionales y la gran burguesía. El control y el congelamiento del salario es un proceso inducido, controlado, o exacerbado por el Estado, utilizando cuando es posible, la concertación social o mecanismos de compensación. Por otro lado, la escalada contrasubversiva tiene un elevado costo económico, que en 1989 se estimó en 2,500 millones de dólares entre gastos militares pliegos secretos de defensa, incentivos y mejoras salariales, nuevos y mayores pertrechos, y el adiestramiento militar y policial.

¿Qué pueden significar los programas asistenciales frente a estos enormes gastos estatales que sufragan a una oligarquía rentista y a unas fuerzas armadas parasitarias? Nada. Además, al dedicar gran parte de los gastos del Estado a sufragar la guerra contrarrevolucionaria y el subsidio a la gran burguesía y las transnacionales (motores de la economía), la élite política gubernamental tiene que recurrir al robo, la corrupción el nepotismo, la dilapidación de fondos, compras dolosas, defraudación, evasión de impuestos, para enriquecerse o iniciar su propio ciclo de acumulación familiar o partidaria, otra vez en detrimento de la satisfacción de las necesidades sociales.

Las denuncias contra funcionarios gubernamentales del Partido aprista son abundantes. Unas cuantas nos servirán de ejemplo:

1. El descubrimiento de planillas secretas de la alta burocracia en las que se encuentran 200 funcionarios de confianza con sueldos en dólares. Nace una fracción de diplomáticos apristas que rempazan a los de carrera. La burocracia se duplica.

2. Organización de fuerzas mercenarias dirigidas por el partido mencionado, utilizando el dinero de los asegurados en el Instituto Peruano de

Seguridad Social. El comando paramilitar anticomunista “Rodrigo Franco” fue creado con financiamiento estatal y de narcoapristas.

3. Las cooperaciones de desarrollo departamental y oficinas de cooperación popular se convirtieron en mayores fuentes de dilapidación de fondos que cuando gobernaba Belaúnde. En Ayacucho y Huancavelica (como en todas las zonas en estado de emergencia) compartieron con las fuerzas armadas el poder y la administración de cuantiosos fondos.

4. Legalización de la situación fiscal de empresas extranjeras a cambio de gratificaciones o armas. Destaca el consorcio italiano que opera en el proyecto Majes y el depredador convenio pesquero con el gobierno soviético.

5. Organización de mafias y negocios familiares en base a la apropiación de capitales del Estado, en empresas como Siderperú, Compañía Peruana de Vapores, Charcani V, SURMEBAN.

6. Importación a precios de mercado de alimentos (carnes y arroz) y medicinas en estado de descomposición: instrumental y equipos inservibles, como ocurrió en el Ministerio de Agricultura y en el Instituto Peruano de Seguridad Social.

7. Negociados en los convenios, proyectos, programas y operaciones internacionales con financiamiento externo (ejemplo: el conocido caso del tren eléctrico y la compra de aviones *Mirage*); lo mismo que adelantos de indemnización, compras de documentos de la deuda externa, compras y ventas fraudulentas en empresas estatales, montaje de empresas familiares o particulares.<sup>27</sup>

En fin, las gratificaciones, malversación de fondos, peculado, concusión, defraudación, apropiación ilícita, extorsión, estafa, encubrimiento, sobrefacturación, etcétera; son hechos cotidianos en el gobierno aprista que lo colocan permanentemente en la ilegalidad, lo cual sumado a la hambruna, desempleo, segregación, exclusión y muerte ilegítima al gobierno y justifican aún más la rebeldía.

Los delitos que se cometen contra el pueblo, tan frecuentes en América Latina, son tipificados como atentados a los derechos humanos, sin embargo cada vez más existe una gran indiferencia para combatirlos.

Un Estado con tal grado de descomposición, como el peruano, ¿puede garantizar los derechos humanos? Es obvio que no. Más aún si consideramos la pobreza y la debilidad estatal para sostener el interés privado:

27 La información utilizada se ha tomado de varios números de *El Diario*, 1990.

transnacionales, oligarquía y los partidos en el gobierno. El partido aprista recurrió al dinero del narcotráfico para financiar su organización y actividades una década antes de disponer de los fondos del Estado.

Las relaciones entre la alta jerarquía aprista y los jefes de la mafia tienen su precedente más evidente en los vínculos del máximo líder Víctor Raúl Haya de la Torre, a través de su secretario Idiáquez y del viejo dirigente nacional León de Vivero, con Carlos Lamberg, uno de los más grandes narcotraficantes, quien financió la campaña electoral de Villanueva del Campo a la presidencia en las elecciones de 1980. Lamberg fundó un diario PM, en el que colaboraron en forma destacada dos apristas: Owen Catillo y César López. Además, creó y financió la fundación “Víctor Raúl Haya de la Torre”, la que fue establecida en Villa Mercedes. Más tarde, el propio senador aprista Jorge Torres denunció a su colega y ministro de Relaciones Exteriores, Larco Cox, de mantener estrechas relaciones con Lamberg.

Ésta es parte de la historia de un partido asociado al narcotráfico desde tiempo atrás. En 1981, el aprista y después diputado Tambini del Valle, cuando fue presidente del Sexto Tribunal Correccional de Lima, liberó a María Tweddle, acusada de integrar una banda internacional, como lo probó la Corte Suprema. En 1982 el dirigente del comité aprista de Miraflores, César Fernández, fue descubierto tratando de introducir drogas a Miami.

Tiempo después, se desata el escándalo del “Villa Coca” por encontrarse involucrados líderes de Acción Popular y del partido aprista. El ex alférez Sullón Marulanda, guardaespaldas del narcotraficante Reynaldo Rodríguez, declaró que el ministro del Interior Agustín Mantilla (reciente secretario general del APRA) lo amenazó de muerte si llegaba a decir nombres de jercas apristas involucrados. La revista OIGA fue más allá y denunció a Mantilla por cobrar directamente a las distintas bandas como la de Marcelino Aliaga (“Machi”) y la de Eduardo Castillo (“Vampiro”).

Otra fuente de ingresos aparentemente menos directa, pero que permite establecer relaciones, es la protección a narcotraficantes, la liberación de presos y la eliminación de rastros de laboratorios. La defensa legal de narcotraficantes (por parte del ex senador de la República, Andrés Quintana, y la alcadesa por Trujillo, Miriam Pilco) asociada al ascenso de jueces, fiscales y otros magistrados, permitió a los apristas en el gobierno poner en libertad a cientos de delinquentes de la droga, mientras otros cientos de presuntos revolucionarios y miles de campesinos eran asesinados en las cárceles y fuera de ellas.



Otros servicios a los narcotraficantes (que evidencian su estrecha colusión con el APRA y también con AP), es el transporte de cocaína al exterior, a través del servicio diplomático. Ejemplo de lo anterior es el caso de Manuel Pacheco Núñez, aprista y asesor diplomático en Londres, miembro de una red internacional de narcotraficantes, y el del diputado Del Pomar, quien cobraba y trasladaba cuentas corrientes de la mafia.

Al declarar las zonas productoras de coca en estado de emergencia, más de 300,000 familias campesinas quedan a expensas de las fuerzas armadas; propensas a masacres, saqueos, violaciones, robos, extorsiones y otras habituales actividades. Hasta el hipócrita combate al narcotráfico atenta contra los derechos humanos de los cultivadores de coca.

Las fuerzas armadas siempre estuvieron tras el control del narcotráfico. Ultimamente el propio Fujimori, y el gobierno norteamericano lo sabe. El presidente ya no puede ocultar los vínculos entre un sector de dirección de la jefatura de las fuerzas armadas y las mafias de narcotraficantes. Hemos llegado a tal situación que la economía y el poder político están “narcodolarizados”, sustentados en la cocaína, dependiendo incluso la estabilidad y eficiencia contrainsurgente de ese producto.

La agresión contra los cultivadores de coca es sólo una expresión de lo que sucede en amplios sectores de la sociedad. Basta observar lo que ocurre en la vida cotidiana con la brutalidad policial: según datos del Asociación Pro Derechos Humanos, entre el 28 de julio de 1985 y el 28 de julio de 1990, las fuerzas policiales cometieron 537 delitos tipificados en el fuero civil, de los cuales 291 fueron homicidios o intentos.

La respuesta popular a esta descomposición del Estado y su creciente ilegitimidad es la protesta y la rebelión. En 1989 se iniciaron los “paros armados”, convocados por “Sendero Luminoso”, que en 1990 alcanzan a una treintena. El primero se convocó en Lima, el 20 de junio de 1989, bajo un programa de doce puntos aprobados por organizaciones populares de trabajadores como el Comité de Lucha de Obreros y Trabajadores Clasistas de la Carretera Central y de la Avenida Argentina.

En 1990 las condiciones materiales de vida de la mayoría de la población se habían deteriorado extremadamente; el Estado abandonó de hecho, en medio de la crisis, la satisfacción de las necesidades más elementales de la población: los servicios básicos (luz, agua, desagüe, transporte, etcétera), la alimentación, salud y empleo.

Las movilizaciones, saqueos, hostigamientos, enfrentamientos, sabotajes, son aspectos de la respuesta espontánea y organizada de las masas.

La lucha de masas se acrecienta y como consecuencia son violados sistemáticamente los derechos humanos. Además, organismos defensores de los mismos son atacados por el gobierno. La Comisión Andina de Justicia fue agredida con granadas el 18 de febrero 1990. Diez días después fue desaparecido Ángel Escobar Jurado, directivo de la Comisión de Derechos Humanos de Huancavelica. El comando “Rodrigo Franco” desata una ofensiva de amenazas, ataques y atentados contra los defensores de estos derechos, y el 4 de marzo colocan una poderosa bomba en el local de la sección peruana de Amnistía Internacional.

## VI. EL ASPIRANTE A SAMURAI: EL EXTERMINIO COMO NORMA

El ministro de Defensa, general Torres Asiego, durante la segunda quincena de enero de 1991, fue el encargado de difundir los lineamientos básicos de la política contrainsurgente de Fujimori, diseñada, obviamente, por los generales y sus asesores. Dicho proyecto puede sintetizarse en una meta: el exterminio etnocida de la población andina y ciudadana, “quitándole el agua al pez”. Los elementos que configuran el proyecto son:

1. Convocatoria del régimen a los partidos políticos y al parlamento a participar activamente en el combate a la subversión.
2. Levantamiento progresivo del estado de emergencia y restitución del poder de los civiles en áreas bajo seguridad militar.
3. Desarrollo de la agricultura con apoyo financiero del banco agrario y paralelamente entregar armas a las rondas campesinas.
4. Priorización de los sectores no militares en el combate civil impulsando la lucha ideológica y la educación premilitar en toda la formación escolar.
5. Reclutamiento coercitivo de los jóvenes a través del servicio militar obligatorio.
6. Organización de grupos de autodefensa, particularmente en las áreas industriales y en los centros mineros.
7. Otorgar poder al Instituto Libertad y Democracia para coordinar entre EUA, las fuerzas armadas y los organismos de desarrollo la política contrainsurgente en el Alto Huallaga y otras zonas productoras de coca.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> *La República*, 3 de febrero de 1991, Lima, Perú.

El Decreto Ley núm. 171, sancionado en diciembre de 1990, significó la oficialización de la nueva “guerra sucia”. Las acciones contrainsurgentes quedan comprendidas en el fuero militar, debido a ello la violación de los derechos humanos por parte del terror estatal es ocultada en “expedientes secretos”, protegiéndose así de la sociedad civil y la opinión pública internacional. Previendo también la respuesta del Partido Comunista del Perú, dejan en reserva las identidades de los militares implicados en tales acciones. Este Decreto Ley además, pretendía encubrir el genocidio de la década sangrienta: 1980-90.

Días después del ingreso de Fujimori a la presidencia se da inicio al exterminio de pueblos enteros. En los tres primeros meses de su gestión se contabilizan miles de víctimas debido a un infructuoso propósito de detener el avance de la guerra de movimientos que lleva adelante “Sendero Luminoso”. Los militares reactivan la guerra de masas contra masas en Uchuraccay, Ticsllas, Orcocohuasi y Vilcashuaman; se desatan espeluznantes crímenes previo descuartizamiento, extirpación de órganos, y miembros, sumergimiento de cuerpos en recipientes de agua hirviendo, mutilaciones y dinamitación de detenidos y, finalmente, entierro en fosas comunes.<sup>29</sup>

En los bombardeos de pueblos como en el Alto Huallaga se utilizan helicópteros soviéticos MI-25, cohetes de 75 pulgadas bombas napalm, ametralladoras de 12.7 mm. Esta represión se ejerce sobre las comunidades y pueblos gobernados por los comités populares abiertos. Se puede avisorar que con la entrega de armas a las comunidades rurales organizadas coercivamente en rondas campesinas, iniciada en el valle del Mantaró (ubicado en el centro andino del país) se generalizará la violencia reimpulsando los comandos paramilitares apristas o de otros grupos de derecha.

El momento exige que los asesores civiles antes encubiertos se expongan y liberen sus opciones contrainsurgentes. Los intelectuales del sistema: Gorriti, De Soto, Osterlig, Barba, García, Sánchez Albavera, Ames, Bernales, Raúl González, De Gregori, Pease, Manrique, y Ferrero, se reúnen en mesas redondas públicas y recomiendan nuevas medidas para derrotar a la subversión. En una convocatoria publicada en el diario La República, Ames, militante de Izquierda Unida, se pronunció porque los políticos asuman el reto al terrorismo y se constituya un Comité Interministerial para afrontar la organización de la población, unida bajo la consigna: “un soldado, un amigo”. Barba (APRA) se inclina por la tecnificación y

<sup>29</sup> *El Diario Internacional*, núm. 3, Bruselas, 1991.

moralización de las fuerzas armadas, el máximo uso de los medios de comunicación y viabilizar los tribunales especiales. Gorriti (revista *Caretas*) propone la reconquista de las áreas controladas por “Sendero Luminoso” (responsable —según él— del 95% de las acciones armadas), corregir los vicios institucionales y consolidar la democracia, agilizar las fuerzas armadas (dotándolo con armamento ligero y organizadas en unidades pequeñas), y finalmente, enseñar a los partidos lo que realmente significa el proyecto del Partido Comunista del Perú.

En el año nuevo de 1991 la Policía Nacional, en un desalojo en Ate-Vitarte asesinó a cuatro pobladores. En junio mueren tres estudiantes en el Callao. En sólo cinco días de junio las fuerzas armadas cometen más de 100 crímenes. Era la estrategia antisubversiva de Fujimori, sintetizada en la Directiva núm. 001 del Comando Conjunto de las fuerzas armadas, que autorizaba las ejecuciones extrajudiciales, dado a conocer en el programa televisivo *En Persona*.

La excesiva cantidad de decretos legislativos referidos a la militarización y estrangulamiento del poder civil (26 sólo en noviembre de 1991) llegó a su límite de saturación, lo que provocó un recambio: el autogolpe.

En agosto de 1991 destaca el asesinato del prestigiado y valiente periodista de *El Diario* Luis Morales Ortega. Esta política se complementa con los juicios e intimidación a periodistas, con el Decreto Ley 046 (antiterrorista) y el Decreto Ley 23321 (de desacato); con la colaboración voluntaria o coercitiva de las agencias internacionales de noticias; y el control vía interferencia telefónica; y control del abastecimiento de papel.

En los penales Miguel Castro de Lima, Cachiche en Ica y Chorrillos, entre el 6 y el 9 de mayo de 1992 se produce la tercera masacre de 100 prisioneros y los sobrevivientes son trasladados clandestinamente a diversos penales del país.

El 12 de septiembre de 1992 Abimael Guzman fue capturado en Lima. Esta detención fue resultado de una nueva estrategia antisubversiva basada en la labor de inteligencia apoyada por la CIA. Antes del juicio militar y a puerta cerrada ya se conocían los cargos que se le adjudicarían: sería encontrado culpable de traición a la patria, cualquier apelación al Tribunal confirmaría el veredicto y la sentencia sería a cadena perpetua. El juicio que se llevó es violatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 10 y 11; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9, 10, 14, y 15, de la Declaración Americana de Dere-

chos y Deberes del Hombre, artículo XXVI, de la Convención Americana Sobre Derechos de San José de Costa Rica, artículos 8, 9, y 10, del Protocolo II del adendo de 1977 de la Convención de Ginebra de 1949, y el artículo 282 de la Constitución política en ese momento vigente.

Las condiciones de vida de los presos políticos son calificadas de bárbaras, permanecen encadenados 23 horas al día y “gozan” una hora de luz solar, son sometidos a golpizas y torturas y forzados a permanecer desnudos largas jornadas. Como consecuencia de dormir sobre concreto y alimentarse con un pedazo de pan en el desayuno y sopa de arroz por las tardes, la tuberculosis y otras enfermedades se han hecho comunes. Es un lento asesinato. El derecho a ser defendido ha desaparecido.

La Comisión Investigadora Británica del Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra, organismo jurídico patrocinado por el ex Procurador General de Estados Unidos, Ramsey Clark, el 27 de septiembre de 1992 falló en favor de las acusaciones y pruebas presentadas contra Fujimori por un representante del Comité “Sol Perú”.

Con Fujimori la represión adquiere visos patológicos que culminan con la inclusión de la pena de muerte en la Constitución aprobada el 3 de agosto de 1993. En octubre de 1993 Fujimori anunció que iba a crear un Vietnam en la selva y lo está cumpliendo. Ante el nuevo impulso de la guerra de guerrillas, las fuerzas armadas han optado por el bombardeo de las comunidades y pueblos que supuestamente apoyan la guerra popular. El 29 de abril de 1994 ante el Centro de Derechos Humanos de la ONU, *The Lawyers Committee For Humans Rights*, se concluyó que Perú vive un Estado de no Derecho.

## VII. LA PERPETUACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL PODER

Las fuerzas armadas, después de más de 170 años de vida republicana continúan siendo el centro del poder estatal. Ahora el ejército es virtualmente el partido de Fujimori y como tal el soporte de su campaña por la reelección. Se especula que esta fuerza político-militar podría movilizar alrededor de 300 mil personas (un 60% constituido por los comités de Autodefensa campesina y el resto por las fuerzas armadas). Los Comités de Defensa Civil y las rondas campesinas desde 1992 tienen subordinadas sus actividades a la autoridad militar. No extrañaría, en esas circunstancias, que Fujimori logre altas votaciones en la zona de emergencia, cual Napoleón japonés en suelo peruano.

Las fuerzas armadas controlan el poder político. El Congreso Constituyente Democrático y el Poder Judicial están a su servicio. El 80% de los magistrados tienen nombramiento provisional por el ejecutivo.

Así como antes las prefecturas departamentales, las subprefecturas provinciales y los gobernadores locales eran el andamiaje de las estructuras autoritarias, desde junio de 1985 en la mitad del país, en estado de emergencia, son los Comandos Político Militares (CPM) con sus múltiples funciones, controles y prerrogativas; y en la otra mitad las Zonas Militares comparten el poder con el Ejecutivo.

Las atribuciones de los CPM son crecientes; con el Decreto Legislativo 749 éstas aumentan hasta el punto de conducir las acciones de desarrollo, subordinando a las autoridades políticas, a los organismos públicos y a los gobiernos regionales y locales. Manejan el presupuesto y los aspectos financieros de la región; nombran, fiscalizan y remueven funcionarios a su antojo.

Las fuerzas armadas controlan al Ministerio del Interior y desde allí, junto al superpoder del Servicio de Inteligencia Nacional, a la DINCOTE (policía antisubversiva). Asimismo, a través del Comando Político del Frente Interno, bajo control del Comando Conjunto de las fuerzas armadas, dirigen la política antinarcóticos, llegando a fiscalizar a la propia DEA mediante el control de aeropuertos, en especial los muchos que existen en el Alto Huallaga (primera zona productora de coca en el mundo). Una comisión especial del Congreso declaró que por lo menos 200 miembros de las fuerzas armadas son procesados por narcotráfico.

La consolidación de la permanencia y extensión del poder militar siempre tendrá justificación, mientras las fuerzas armadas sigan autoproclamándose combatientes del narcotráfico, la pobreza y la subversión. Tres consecuencias de un injusto sistema que tienden a ser parte de la vida cotidiana y que conviven con el terrorismo de Estado y la violación de los derechos humanos.

## EL PENSAMIENTO ECONÓMICO LATINOAMERICANO: ENTREVISTA A CELSO FURTADO (RÍO DE JANEIRO, 26 DE ABRIL DE 1994)

Carlos MALLORQUÍN

Conocer y entrevistar a este eminente economista brasileño era para mí una obsesión. Había estudiado a Celso Furtado en sus escritos, en sus libros, en su trayectoria, para la preparación de mi tesis doctoral en la Universidad Nacional Autónoma de México. Leerlo fue un deleite por su estilo refinado y claro. Y razonar con sus ideas fue toda una aventura por el vuelo y el rigor de su pensamiento heterodoxo. Creo que en mis investigaciones y lecturas tuve acceso a todo el material impreso relacionado con él. A pesar de ello, no pude llegar a aclarar matices diversos de sus relaciones con Raúl Prebisch y con otras figuras que fueron influyentes en la formulación de ese cuerpo de ideas que luego pasaron a denominarse cepalinas. Tampoco pude inferir los atributos y características personales de este eminente pensador, entre los más fecundos que aparecieron en el escenario económico de Latinoamérica.

Mi tesis fue formalmente aprobada con honores en la Universidad. El mérito fue del tema abordado y del claro brillo así como de la fuerza de las ideas de este eminente autor. Pero mi interés y mi curiosidad por él no terminaron allí. En lugar de disminuir habían aumentado. Quería saber qué pensaba ahora, ante la enormidad de acontecimientos nuevos que dominan el panorama continental y cuál era el balance y la apreciación de su experiencia pasada.

Fue así que le escribí pidiéndole una entrevista. Enorme atrevimiento el mío. Pero para mi sorpresa, a vuelta de correo recibí su aceptación y sin demoras fui hasta Río de Janeiro, donde actualmente reside. Allí mantuvimos, en su acogedor departamento, un rico diálogo, cuyo desarrollo transcribo a continuación.

## LOS AÑOS CINCUENTA

*¿Cómo conoció a Raúl Prebisch?*

Fue en 1948, antes de la reunión de la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL) en La Habana. Nos encontramos por casualidad en el avión que me llevaba a Chile.

*Usted se presentó y...*

El mostró conmigo mucha reserva, fue en cambio muy amable. Por esa época estaba él en una situación complicada, bajo mucha presión, y me imagino que por eso fue tan cauteloso.<sup>1</sup> Pero luego después de llegar a la CEPAL, un mes más tarde, eran ya otras circunstancias, y rápidamente nos relacionamos.

*¿Había leído por entonces algún texto de él?*

Sí, su trabajo sobre Keynes (*Introducción a Keynes*<sup>2</sup>). Era lo único que conocía de él. Pero sabía del alto respeto que hacia él se tenía en la comunidad académica mundial.

En sus textos autobiográficos señala usted que tenía consciencia de que se estaba gestando en la CEPAL una perspectiva nueva, casi con ideas revolucionarias sobre el desarrollo en América Latina. ¿Cabe preguntarle si figuras como J. Noyola, J. A. Mayobre, J. Ahumada, y el propio Prebisch compartían entonces esa apreciación?

No, creo que no. Noyola no estaba todavía en la CEPAL. Se incorpora en 1951, en la reunión de México. Ahumada tampoco estaba allá. La CEPAL entonces era un grupo muy pequeño. Y sólo contadas personas tenían una consciencia política. Que recuerde, solo Regino Boti, un “Harvard man”, cubano, tenía una posición política muy clara y definida de la situación de América Latina. A su arribo a la CEPAL, Prebisch quedó un poco aislado. Empezó como consultor temporal y no asumió ninguna dirección o cargo. Se incorporó sólo para hacer un trabajo muy específico y quedó entonces un poco aislado del resto de nosotros. Hacía su trabajo aisladamente, con intensa dedicación. Cuando presenta el trabajo yo lo leería<sup>3</sup> rápidamente, pero poco después él procedió a recoger la copia.

1 Prebisch fue exilado de la Argentina por Perón en 1948.

2 México, FCE, 1947.

3 Furtado se refiere a la primera versión del manuscrito hoy famoso: “El desarrollo económico de América Latina y algunos de sus principales problemas (1949)”, puede encontrarse en Gurrieri A. comp., *La obra de Prebisch en la Cepal*, México, (ed. F.C.E., 1982 dos volúmenes).



*¿Por qué?*

Bueno, creo que había cambiado un poco de ideas. Pienso que Prebisch por primera vez estaba estudiando América Latina en su conjunto. Antes había trabajado en Venezuela, en México y en Argentina, naturalmente, pero no era todavía un latinoamericanista. La primera versión de su trabajo era todavía muy monetarista, me di cuenta inmediatamente por que leí esa primera versión; luego vienen las críticas y el debate que realizamos al respecto. Luego, aconteció un hecho singular y seguramente muy importante. Fue la aparición del trabajo de H. Singer,<sup>4</sup> sobre los términos del intercambio, que permitía pensar globalmente sobre los problemas de los países subdesarrollados, o sobre los términos del intercambio a escala mundial entre los productos primarios y los productos industrializados, que se traduce en los términos del intercambio globales. Singer tomó así como hipótesis central la relación entre los países desarrollados y países no desarrollados. Digamos que era una descripción del imperialismo con otro nombre. Nosotros podíamos darnos cuenta que la economía mundial era dominada por los precios internacionales, que reflejaban una relación de poder. No era simplemente un mercado en el sentido tradicional. Prebisch leyó el texto de Singer y seguramente tuvo un gran impacto sobre él. Porque después de recoger la primera versión, trabajó intensamente en una segunda versión e introdujo una cita de Singer y los datos sobre el sistema de intercambio. Yo había leído también el texto de Singer, y estaba muy interesado en el tema. No había todavía en el departamento, una escuela de pensamiento de la CEPAL. Estaba Prebisch, y otras personas, como yo y Regino, que también teníamos una intensa preocupación política. Eramos un grupo de economistas todavía muy pequeño, ocho o diez personas donde aun no había una visión de conjunto respecto de América Latina. No debe olvidarse que América Latina es una invención reciente. Había el Panamericanismo que era una cosa de Washington, un sistema para encubrir la dominación de América Latina por Estados Unidos. Pero la idea de un sistema económico de América Latina, con problemas comunes, etcétera, va ser una cosa de la posguerra.

4 En revistas académicas aparece con el siguiente título: "The Distribution of Gains between Investing and Borrowing Countries" (1950); es citado en el texto de Prebisch con su título y claves institucionales: "Post War Price Relations in Trade between Under-developed and Industrialized Countries", E/CN.1/Sub.3/W.5 .

*Posteriormente se relacionó con Noyola, Ahumada, Mayobre, etcétera, ¿tenían ellos consciencia del giro y del cambio de perspectiva radical que usted visualizaba?*

Digamos mejor heterodoxa. El grupo de la CEPAL se amplió luego de la conferencia de México en 51. Tuvimos primero la Conferencia de la Habana en 1949, donde se presentó el famoso texto de Prebisch, y allí este trabajo tuvo un impacto considerable —no sólo en el grupito nuestro de la CEPAL—, sino en toda América Latina. Fueron muchas las personas que debatieron y estudiaron el problema y tomaron consciencia de que había que pensar América Latina a partir de cosas nuevas. No era simplemente, digamos, Brasil y su café. Era pensar en cosas totalmente nuevas, en una visión de la dinámica y estructura de la economía mundial. La relación de poder que implicaba la economía mundial. Eso apareció claro a partir de los trabajos de Prebisch presentados en las conferencias de la Habana (1949) y Montevideo (1950), todo eso cambió el cuadro de referencia.

Entonces se fue ampliando la CEPAL, fueron apareciendo las personalidades significativas, Noyola y Ahumada. Es interesante porque Ahumada era por entonces un ortodoxo. Había estudiado en Estados Unidos y trabajó en el Fondo Monetario Internacional. Tenía ideas muy ortodoxas. Tuvo un conflicto inicial con Prebisch no obstante, no salió de la CEPAL porque Prebisch comprendió que era un muchacho valioso, e insistió que se quedara. El conflicto central no fue con él. Fue con Martínez Cabañas, el Secretario Ejecutivo, por la forma en que había reclutado a Ahumada y a otras personas para el Centro de Estudios del Desarrollo que Prebisch debía dirigir. Prebisch se molestó. Era muy celoso de su independencia. Y la forma en que reaccionó Prebisch le molestó a Ahumada. A pesar de ello se quedó. Tuvo después una influencia muy grande en la difusión de las ideas de la CEPAL más no en su elaboración. Digo en la difusión porque fue él quien después dirigió el Centro de Estudios y como era una escuela, se convierte en el instrumento de ese proceso de irradiación de las ideas del pensamiento cepalino. Juan Noyola, en cambio, había trabajado en el Fondo Monetario pero nunca había estudiado en Estados Unidos. Hay una diferencia grande entre los estudiantes latinoamericanos que estudian economía en Estados Unidos y quedan fascinados por el supuesto rigor de la economía formal moderna, neoclásica etcétera.

*Como hoy en día, en los últimos diez o quince años,...*

Ahora mucho más que en aquella época; por aquel entonces la ortodoxia norteamericana no era tan disciplinada ni homogénea. Había un hombre como Schumpeter por ejemplo, que era extraordinariamente heterodoxo, tenía una visión histórica de las cosas. Del grupo nuestro, Ahumada y Regino habían conocido a Schumpeter en Estados Unidos. Juanito,<sup>5</sup> en cambio, no había estudiado en Estados Unidos, pero como dije trabajó en el Fondo Monetario. El representaba la tradición, diría yo, de un marxismo entre comillas mexicano, que es una forma de antinorteamericanismo, de afirmación nacional mexicana, pero no era un pensamiento elaborado. Juanito pertenecía a ese grupo y era un buen economista; el cuidaba bien sus textos y trabajaba muy finamente. Pero su antinorteamericanismo era evidente. Era lo inverso de Victor Urquidí, que imaginaba que los mexicanos que criticaban a los Estados Unidos no conocían a este país. Tenía una cosa que los franceses llamarían un “prejuicio favorable”. No obstante, era un hombre recto, honesto.

*De hecho, en sus libros autobiográficos usted demuestra gran aprecio hacia Juan Noyola...*

Juanito, sí, fue mi amigo más entrañable por esa época.

*Sus ideas, digamos en los primeros años de los cincuenta son muy similares a las suyas...*

Sí, nosotros teníamos ideas similares, digámoslo así: en la medida que pensábamos en lo concreto, pensábamos casi igual. Cuando teorizábamos, podíamos ser un poco distintos, por las influencias de distintos autores en nuestros pensamientos. Pero cuando se trataba de diagnosticar los problemas de América Latina éramos totalmente iguales.

No se si usted sabe, que quizás la única reseña de su libro *La economía brasileña (1954)*<sup>6</sup> la hizo él en la *Revista Económica Brasileira en 1955. Creo incluso que no existe otra reseña de ese texto...*

Es cierto. Ese texto salió de circulación muy rápidamente. Se hizo una edición pequeña, privada, que yo pagué de mi bolsillo. Ese texto se agotó, y entonces no llegó a tener impacto mayor, desapareció. Juan fue quien se dió cuenta de que en el libro habían ideas originales y tuvo interés en hacer de él una reseña.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Furtado se refiere a Juan Noyola, con quien, como se verá a continuación, tuvo una profunda amistad.

<sup>6</sup> *La economía brasileira*, Rio de Janeiro, Editora a Noite, 1954.

<sup>7</sup> Este texto, con algunas reformulaciones conceptuales importantes, es integrado casi en su totalidad a *Formación económica del Brasil* (ed. F.C.E., México 1962, primera edición en portugués

*Posteriormente conoció a O. Sunkel, y sus textos autobiográficos demuestran claramente que usted observó en él a un joven con grandes dotes y capacidades para pensar problemas fuera de los marcos tradicionales...*

Sí, pero Sunkel es ya una generación más joven, digamos veinte o quince años más joven que yo y Noyola. Él era estudiante de economía, pertenece a la primera generación Latinoamericana que conoció la influencia de la CEPAL, del pensamiento de la CEPAL, de nuestro grupo. Fue luego para Londres, al *London School of Economics* ya con esa influencia. Su visión era muy crítica cuando empezó a absorber el pensamiento económico académico de la economía moderna. Él ya no era vulnerable a la fácil indoctrinación, estaba ya formado. Había trabajado en la CEPAL, entre nosotros como estudiante, y había preparado su tesis con Ahumada allá en Santiago.

*Hemos mencionado a figuras como Schumpeter, Keynes y sus discípulos, con quienes usted discutió a fondo casi a fines de los años cincuenta. ¿A quién puede resaltar como influyente principal en sus ideas?*

Es curioso, porque no se puede soslayar el impacto del pensamiento macroeconómico de la versión keynesiana que permitía, digamos, captar la importancia de la política económica y la política como una cosa de Estado, no como una cosa que surge por instituciones internacionales tan dominantes hoy día. La verdadera política debe ser parte de un proyecto nacional. Eso está muy ligado a Keynes. Porque por ejemplo, yo fui alumno e influenciado por F. Perroux y M. Byé en París, en el 1946-1948. Y en realidad me impresionó mucho Perroux. Él ya estaba influenciado por Keynes, y proyectaba el tema del poder en la economía internacional. Ya no era un problema de apenas estudiar una economía y conocer las formas del mercado, las formas de poder implícitas. Sabía que un oligopolio significa en realidad más que una expresión económica, es una forma de poder. El proyectaba eso al plano internacional. Entonces yo empecé muy temprano a pensar en articular la economía al poder, con una dimensión internacional. Y eso, evidente es influencia de Perroux.

en 1959); el resto se incluye a su también hoy clásico texto: *Desarrollo y subdesarrollo* (ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1964, primera edición en portugués en 1961). Para un análisis detallado de las transformaciones que sufre ese texto puede verse : Carlos Mallorquín, *La idea del subdesarrollo: el pensamiento de Celso Furtado* (Tesis de Doctorado, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993), capítulo cuarto.

*Estos tres temas: poder, relaciones intencionales y Estado que mencionó, se destacan a lo largo de su obra. Es interesante señalar que existen personas casi con la misma trayectoria, por ejemplo, G. Myrdal, A. Hirschman, ¿conocía ya Hirschman?*

De hecho Hirschman fue influenciado por Perroux. Estudió en Francia antes de ir a Estados Unidos. No diría que me influenció, pero fue un gran divulgador de ideas que prevalecían en la época, que incluían la noción del poder, muy distantes del neoclacisismo. Ahora Myrdal es realmente interesante. Lo aprecié tempranamente con las cosas de él sobre los negros estadounidenses. Tuvo gran impacto entre muchos de nosotros. Verdaderamente era un hombre de una modernidad, en el mejor sentido de la palabra, excepcional. Creo que, después de Keynes, era la persona más importante, que pensó esa cosa de ligar, toda la tradición del pensamiento económico —también Keynes— a la política. Y a pensar en el Estado, pensar en el poder, esas cosas que los neoclásicos habían soslayado, sin considerarlo.

*De hecho usted fue quien sugirió que Medina Echeverría fuese incorporado al plantel de la CEPAL...*

Es cierto. Yo fui responsable de eso. Fue cuando empezamos a trabajar sobre esos problemas en la CEPAL y habíamos tenido nuestras primeras victorias. La Conferencia de México fue fundamental porque allí se decidió la permanencia de la CEPAL. El mandato de la CEPAL era temporario por tres años, y los norteamericanos querían destruirla. En realidad todo eso estaba marcado por la confrontación con Estados Unidos, que no admitía un pensamiento independiente en América Latina. Aparece entonces ese grupo de Prebisch que quiere pensar por cuenta propia. “Qué se creen, son unos ignorantes”, se decía. Esa es la historia. Entonces resultó que teníamos ante nosotros ese poder inmenso y allí fue que Prebisch fue fundamental para enfrentar a Estados Unidos. Sin Prebisch no se habría logrado. Prebisch era muy respetado por la academia mundial. Fue entonces cuando hubo la confrontación en México, que yo describí en mi libro,<sup>8</sup> que pasamos a crecer mucho en América Latina. Prebisch fue un poco forzado en esa dirección, aunque él no pensaba tanto así. Fue forzado por las circunstancias, porque los que apoyaban a la CEPAL eran aquellos que tenían consciencia de que había una confrontación, digamos implícita o explícita, oculta o invisible con Estados Unidos, que América Latina estaba en realidad dominada; que

<sup>8</sup> Furtado se refiere a *La fantasía organizada*, Buenos Aires. (ed. Eudeba, 1988, primera edición en portugués en 1985).

había una forma de dominación internacional sobre ella. Fue por eso que creció la CEPAL. Toda la gente que tenía consciencia política que había un problema de confrontación con Estados Unidos —el caso de Noyola era muy claro en eso—, se fue para la CEPAL. El punto llega hasta que Prebisch claudica, como yo comenté en mi libro. Él no quería una confrontación muy fuerte. Tenía mucha más experiencia que nosotros en eso. Yo también traté aquí en el Brasil de reducir la confrontación.

Aquí había una mayor corriente de confrontación, mayor que en México y Argentina. Fue aquí en el Brasil donde se creó el núcleo principal del pensamiento Latinoamericano. Aquí todos los marxistas estaban con nosotros.

*Hubo teóricos claves que combatieron a la CEPAL. Usted mismo relata que al Brasil vinieron muchos teóricos a discutir en 1953. Estuvo R. Nurkse, J. Viner, L. Robbins. ¿Cuáles de ellos tuvieron la capacidad teórica de entender los argumentos y enfrentarlos de una manera no política?*

La persona que más comprendió fue Nurkse y por eso fue posible el debate. En realidad se acercó mucho hacia nuestro lado. Nurkse fue seguramente el hombre que leyó y entendió. Aún así tuvimos dificultades con él. Usted recuerda que yo tuve una polémica con él. Su entendimiento contribuyó mucho para dar prestigio a nuestras ideas porque el respetaba todo eso. Lo que pasa es que L. Robbins y Harberler no habían leído nada, y asumían que nosotros poco sabíamos de economía. Pero ellos poco sabían de historia y de nuestra realidad política. Ahora bien, la confrontación era mucho más una toma de posición de un grupo de brasileños que querían reducir la influencia norteamericana. Pero esa gente que venía pensaba que era una cosa menor. Algunos se daban cuenta de la importancia del debate, Nurkse sí, y con la polémica que se hizo y que se proyectó en la prensa en Brasil, y de la que el mismo Prebisch participó, teniendo al otro lado a Gudin, el economista más importante aquí en Brasil, con mucho prestigio en América Latina. Esa confrontación se hizo más dramática en Brasil. Hay que entender que estaba muy ligado al tema contra Vargas, cuyo segundo gobierno fue muy progresista, muy avanzado y había una tremenda campaña contra él. Nosotros percibíamos las adversidades y tuvimos una entrevista con él donde ofrece a Prebisch todo su apoyo. Fue un gran político brasileño; lo he descrito en mi libro [se refiere a *La fantasía organizada*]. Por lo tanto, la real confrontación se dio aquí en el Brasil. Estaba proyectada en la política interna. Fue tan grande la reacción que se hizo una inversión

muy fuerte en la ortodoxia a partir de ese momento. Hubo entonces un esfuerzo considerable para crear una escuela de pensamiento ortodoxa, liberal, en Brasil que es la que está actualmente dominando. Tomaron fuerza en la Fundación Getulio Vargas, la institución independiente más importante que hay en Brasil. De allí crearon una Escuela de Economía y tuvieron una influencia muy fuerte en la siguiente generación, con un marcado pensamiento liberal.

*En 1957 usted deja la CEPAL. Estuvo en Cambridge y retorna luego a Brasil. Allí trabajó conjuntamente con R. Campos que aparentemente trabajaba con una visión más o menos similar. Retrospectivamente podemos decir que Campos da una tremendo giro. Es difícil comprender sus primeros años con los subsecuentes, hablando no solo teórica sino políticamente, ¿hay forma de explicar eso?*

Es una evolución personal, es parte de su biografía, que él ya conoce. Él considera que todo lo que había dicho y pensado en aquella época era una cosa equivocada, producto de su ingenuidad. Había sido influenciado, digamos, por ideas de izquierda, en las Naciones Unidas donde había trabajado, como un joven diplomático brasileño. Él fue influenciado mucho en las Naciones Unidas por un grupo de la *intelligentsia* de izquierda, de pensamiento avanzado. Y eso es lo que dice hoy en día. Después se dió cuenta que era una ingenuidad. Pero para comprender a personalidades como Campos no hay que olvidar que sus decisiones no son productos de un cambio doctrinario, sino de alguien que toma una decisión en función de sus intereses personales. Es una historia dedicada a su carrera.

*Cuando se analiza la gran mayoría de sus textos entre 1958 y 1964, su más importante interlocutor parece ser la izquierda.*

Sí porque ellos me apoyaban. Ellos veían en mi a un hombre independiente. Incluso Prestes me hablaba y me decía que me apoyarían. Por eso logré lo de la SUDENE. La prensa me apoyó porque no estaba ligado a ningún partido en especial. Por esa época incluso la opinión nacionalista casi de derecha entre algunos sectores militares, me daba su apoyo. Por eso también tuve el apoyo de tres distintos presidentes, porque sabían que tenía apoyo en amplios sectores sociales.

#### LOS AÑOS SESENTA

*Con su exilio del Brasil en 1964, usted se queda un tiempo en Chile y después pasa a Estados Unidos. Retrospectivamente vemos que se integra*

*plenamente a la vida académica en Francia ¿Por qué Francia? Porque parecería que había sectores liberales que lo conocían en Estados Unidos, para integrarse allá más bien.*

Bueno, era evidente que yo había estudiado en Francia. Tenía entonces relaciones personales y un conocimiento mayor del medio, y me gustaba el país. Había una preferencia personal por ese lado. Pero yo pretendía quedarme más tiempo en Estados Unidos. Si yo salí de Estados Unidos fue porque la situación allá se agravó con la guerra de Vietnam. Fue la época que comenzó la confrontación. Y al agravarse la situación interna en Estados Unidos, la derecha norteamericana empezó a exacerbarse. Donde yo iba, como yo conté en mi libro,<sup>9</sup> me hacían preguntas muy desagradables. En mis exposiciones en California, por ejemplo, aparecería un sujeto, que preguntaba “y ustedes comunistas que hacen esto y lo otro”. Otras veces me insultaban. Seguramente se imaginaban que yo estaba en contra del gobierno norteamericano. Podían ser incluso agentes provocadores pagados por la dictadura militar brasileña. Además tuve conocimiento que el gobierno militar busco interferir para que las autoridades norteamericanas me impidieran quedarme, como lo harían también después en Francia. Pero era la Francia de De Gaulle y yo estaba cubierto. Tenía muchos amigos personales. A mí me hubiera gustado quedarme más tiempo en Estados Unidos, pero sentí que el clima no me era favorable.

*Brevemente, entre 1964 y 1975, usted abandona todo optimismo del poder que posee el proceso de industrialización para desarrollar y transformar un país como el Brasil o el continente. Después su crítica va cambiando, porque aparece un modelo de cómo se da esa concentración del ingreso que deriva en un tipo de demanda específico procreando un capitalismo industrial que no amplía su radio de acción...*

Que excluye...

*Ese paso, ¿cómo se dio?*

Ese paso resultó de la observación de lo que ocurría en Brasil. No hay que excluir la importancia de la intervención política militar en Brasil, porque avanzar en la industrialización era aparentemente fácil. Ahora bien, mi objetivo era transformar esa industrialización en un instrumento de desarrollo social, de integración de la población, para cambiar la sociedad brasileña. Yo creía al comienzo que era casi inevitable, que con la ascensión

<sup>9</sup> Furtado se refiere al libro: *La fantasia desfeita* (La fantasia desecha), Río de Janeiro, Paz e Terra, 1989.



de nuevas fuerzas sociales brasileñas, se transformaría socialmente. No había ninguna razón para que no se transforme parte del cuadro institucional brasileño. Ahora, lo que pasó fue que con la ruptura del 64 se interrumpió ese proceso. Se detiene todo el cambio social. Y entonces toda la política brasileña se transforma. Toda la política económica brasileña pasa a ser estrictamente una política de industrialización, intensificando el proceso de exclusión social. Se creó una profunda antinomia entre desarrollo y proyecto social. Yo me di cuenta claramente de eso y de que las fuerzas sociales y la sociedad brasileñas también estaban cambiando. Aquellas fuerzas que habían apoyado a la izquierda tendían a desaparecer. La *intelligentsia*, los economistas todos estaban cambiando. Cuando yo llegué a este país diez años después era ya otro. Otra mentalidad, otra gente, y entonces allí perdí la idea de que en mi generación se podría avanzar realmente en la dirección de la concreción de una sociedad distinta, más igualitaria, más ecuánime, menos injusta. Todos esos idealismos que habíamos tenido nosotros los de la izquierda habían desaparecido. Se habían inviabilizado, todos esos objetivos, el proyecto total. Eso tuvo una fuerte repercusión en mi forma de pensar. De ahí que todos mis libros a partir de *Análisis del 'modelo' brasileño*,<sup>10</sup> son libros que transmiten una imagen pesimista del Brasil. Y eso que yo había sido el hombre del optimismo. En *La formación económica del Brasil*, aparecía un país que avanzaba y que tenía un proyecto.

*En los años setenta empezamos a escuchar las críticas más beligerantes, incluso desinformadas contra lo que se pensaba eran los postulados y propuestas de la CEPAL. Así las políticas de desarrollo, e industrialización y de transformaciones sociales van perdiendo espacio en toda América Latina.*

Bueno van perdiendo espacio. Tomemos el caso del Brasil, que es ejemplar. En realidad en el Brasil no se tuvo más una política de desarrollo, Brasil había tenido una cierta evolución social antes de 1964: la incorporación de masas, las ligas campesinas, la sindicalización, indicaban que se estaba formando una nación moderna. Pero eso se interrumpió brutalmente. Se produjo un desarrollo totalmente perverso que no tuvo otros objetivos que acumular y concentrar. Por lo tanto no se puede juzgar, sin tomar en cuenta las causas profundas que lo causaron. Está ligado al cuadro internacional.

<sup>10</sup> *Análisis del 'modelo' brasileño*, Buenos Aires, Editor América Latina, 1972.

El golpe en el Brasil fue gestado en el cuadro de las relaciones de la Guerra Fría. No creo que se pueda propiamente deducir que lo acontecido en el Brasil sea representativo de América Latina. En el Brasil no falló propiamente una política de desarrollo, una política, digamos, cepalina. Simplemente se interrumpió todo lo que se estaba gestando. La política distributiva estaba adecuada. Se estaba en una pelea tremenda para hacer reformas. Cambiar la sociedad, incorporar a las masas. Cambiar el modelo de desarrollo. Todo eso se enterró. Asume la derecha, y esa derecha es la responsable de lo que aconteció después. No podría decirse entonces que falló la política e ideales de la CEPAL porque estos ya habían sido olvidados.

### LOS AÑOS SETENTA

*Entre 1975 y 1980 la hegemonía de las propuestas neoliberales es total...*

Es un fenómeno mundial.

*Y usted inicia uno de los esfuerzos teóricos más profundos —así como desconocidos—, en América Latina, con su Prefacio a una nueva Economía Política. Busca construir nuevas categorías conceptuales para repensar el pensamiento social en general y donde incluso intenta dejar a un lado algunas categorías del estructuralismo y obviamente las del pensamiento convencional. ¿Refleja este esfuerzo las críticas que surgieron a la CEPAL y al estructuralismo?*

No tanto. Fue realmente un intento para superar y desarrollar el pensamiento nuestro. Y un poco más lejos. Yo tenía consciencia de que la posibilidad de transformar un pensamiento en acción era mucho más limitado, por lo tanto, le atribuía mucho menos importancia a lo que se pensaba en ese momento. Creo que escribí para el futuro. Imaginaba que el mundo no iba a terminar ahora. Iba a llegar el momento en que habría que pensar todo de nuevo y actuar de otra forma. Entonces, estaba pensando: ¿Cuáles serían los acentos?, ¿Como enseñar la economía?

Yo era profesor, tenía alumnos y hacía conferencias por todo América Latina y el mundo. Mi desafío era: ¿Qué pensar? ¿Como crear un mensaje nuevo? Estaba en verdad tratando de elaborar un nuevo mensaje, que partiera de una visión mucho más compleja de aquella que teníamos los economistas de los años cincuenta. Me daba cuenta que necesitábamos de una visión de categorías más amplias, que considerasen a la sociedad como un proceso de creación y de invención social. Y eso escapaba un poco al

tipo de modelística que habíamos elaborado en los años cincuenta. Era un trabajo académico, no tenía la idea de que pudiera tener un impacto inmediato sobre la realidad, al paso que en la CEPAL se pensaba para actuar. Se buscaba transmitir un mensaje político.

Como profesor dejó un mensaje. Keynes, enseñó a los estudiantes a pensar pero a partir de categorías válidas a plazo más largo. Así intenté dejar bases teóricas nuevas que sirvan de herramientas a las nuevas generaciones.

*Quiero tratar nuevamente su relación con Prebisch a mediados de los años setenta. Por esa época Prebisch empieza a utilizar una categoría inédita en su vocabulario conceptual. Me refiero a la categoría del excedente, su uso y su apropiación. Usted por razones particulares la dejó un poco a un lado por veinte años. ¿Mantuvo usted contacto con él a lo largo de su vida?*

Sí, constantemente.

*¿Cree que se debe a esta relación el repensar sobre la acumulación en la periferia en términos del excedente, un término por excelencia "clásico"?*

Prebisch era un hombre que tenía ideas muy propias. Cuando yo escribía él me criticaba. Pensaba que yo decía cosas demasiado arriesgadas, que me exponía demasiado. Recuerdo que él escribía solo después de haber pensado muy bien. Pero Prebisch fue un hombre que nunca tuvo mucho interés por salir del marco de la economía. Yo le hablaba hace muchos años de Max Weber y cosas de este tipo, pero él era una persona que no parecía tener interés por esas cosas. Captaba la idea del excedente, de que una sociedad dispone de libertad a partir de la idea del excedente. Para mí es el margen de autonomía de decisión de una sociedad. La sociedad primitiva no tiene ningún excedente. Una sociedad que tenga un margen de autonomía es porque alcanzó un nivel de acumulación y un determinado excedente. Eso es tener poder político. El excedente se puede utilizar para construir murallas o hacer la guerra, o digamos así: acumular máquinas. Esa idea él la aceptó, pero fuera de eso él no iba más lejos.

#### LOS AÑOS OCHENTA

*Usted está de vuelta en el Brasil. En su vocabulario conceptual integra dos nociones teóricas nuevas, acumulación y excedente. Las integra al estructuralismo, digamos tradicional. Con ese vocabulario usted explica los fenómenos y las propuestas a seguir, a partir de los ochenta en el Brasil.*

La idea era poder unificar ese lenguaje. Mucho se advierte en mi pensamiento esa intención. Es evidente que para los años ochenta habíamos perdido muchas batallas. No habían muchas esperanzas y el margen de maniobra era muy pequeño. Después de la gran crisis del 82, con la crisis de pagos, el endeudamiento y la explosión de la deuda externa etcétera, el espacio para hacer política en el Brasil se había reducido drásticamente. Y a mi me pasó a preocupar principal y directamente lo social. Por lo tanto, la aplicación de categorías más amplias era lo que más me interesaba. No la temática directamente económica. Allí yo también me separaba de Prebisch, porque Prebisch continuaba optimista respecto a ciertas cosas. El Brasil tuvo su oportunidad histórica. Acumuló riqueza y podría haber transformado esa "modernidad" en una sociedad más justa, más estable. Y no lo hizo. Perdió una oportunidad histórica. Creo que todos los países del mundo no desarrollado tienen la posibilidad de cambiar su destino. Pero este país, el Brasil perdió esa oportunidad. Lo perdió por el atraso social, por tener una elite que se alió a Estados Unidos, preocupada estrictamente en acumular para beneficio de una minoría. Entonces, lo que se podía hacer era mucho más limitado. Me concentré por ello en lo que se podía hacer, respecto a la política de los años ochenta, en el aspecto puramente social. No me interesó más los debates sobre la acumulación y el desarrollo en sí, las tecnologías y todo eso.

*Bajo el gobierno de Sarney usted ocupa el cargo de Ministro de Cultura. Pero, ¿tuvo usted la posibilidad de discutir e incidir en las medidas de política económica?*

Sí, la tuve. Pero tenía muy poca repercusión. Yo era miembro de la dirección del partido PMDB. Sarney tenía poca sensibilidad social. El me oía amablemente y yo hablaba con Funaro quien era una de las personas más importantes para él. Y Funaro había sido víctima, quizá debido a sus limitaciones desde el punto de vista económico y de hacer política etcétera, porque en el Plan Cruzado de Estabilización, se ignoró totalmente desde el comienzo la vulnerabilidad externa de Brasil. ¿Cómo avanza un país, con una deuda y de servicios externos inmensos, sin primeramente dar una solución a sus pagos de la deuda externa? Se olvidaron de esto y pasaron directamente a una política de congelamiento de precios, que finalmente resultó en la liquidación de todas sus reservas de divisas, y cuando liquidaron totalmente estas, quedaron en las manos de los banqueros internacionales.

*Por lo menos retóricamente, o sea aparentemente, parecía que se utilizaban sus planteamientos en torno al problema de la deuda externa...*

Sí así es, claro. Pero se perdió la oportunidad. No aprovechamos las que entonces surgieron. Era evidente que en 1983 y 1984, había posibilidades de una acción mayor, más amplia, de cambiar la situación porque los bancos estaban en una posición muy débil, y no se hizo nada. Ya a partir de cierto momento en 1988, no había pues nada que hacer y aceptar que el poder estaba en los bancos, los norteamericanos particularmente y que un país como Brasil tendría que someterse y adaptar su registro, su política, a un proceso más bajo de acumulación y de desarrollo etcétera, un *low profile*. En ese entonces todo eso me quedaba claro.

*¿Su renuncia al cargo en el gobierno se debe a estos fenómenos en general, es decir, a la poca visión, a los cambios que hubieron en la política económica o el tema era verdaderamente la concepción de Sarney en torno a la constitución?*

Lo de Sarney tuvo muy poca influencia en mi comportamiento. Yo acepté aquella responsabilidad por el llamado de mucha gente, intelectuales de esa época, que me hicieron un pedido para que yo aceptase, siendo una persona independiente. Fue un sacrificio que conscientemente hice. Ahora bien, tenía un poco de influencia con la gente del gobierno en la parte económica, pero en forma muy indirecta, muy discreta porque uno no puede tocar el área del otro. Pasó que percibí que con los cambios del sector internacional, la globalización de la economía, y el debilitamiento de las fuentes de poder del Tercer Mundo, el horizonte para actuar, para hacer cosas, se había estrechado. Por lo tanto, no es en la política que yo podría hacer alguna cosa. Me dí cuenta, por ejemplo, que cuando daba una conferencia, la gente asistía, pero no tenía impacto, porque los centros de decisión y del poder están hoy muy concentrados en la gran prensa ligada a las firmas internacionales, con su ideología liberal thatcheriana, y que aplastaba todo y no dejaba espacio para actuar. La verdad es que siempre hay alguno. Pero no creía que sería lo mejor. Entonces imaginé que si alguna cosa útil podía hacer era en el plano de la ideas. Ahora, ocasionalmente escribo alguna cosa pero sobre problemas muy generales, no sobre la coyuntura brasileña, o su deuda externa. Me di cuenta de la creciente ineficacia de la actuación del pensamiento. Es una cosa de épocas. En algunas tiene mucha receptividad e importancia, en otras ninguna. En la misma Europa hoy día no tiene importancia. Nadie tiene interés en las grandes escuelas del pensamiento.

ni las personas influyentes, ni en la propia Inglaterra. Yo que viví en Francia e Inglaterra en otra época. Sé de la importancia que tenía un Sartre o un Bertrand Russell. Es esta una época histórica de declive total de la influencia de los intelectuales, que deseo sea pasajero. Entonces prefiero, evitar asumir la responsabilidad de tomar posiciones excepto cuando es indispensable. Y hago algún trabajito. Escribo alguna cosa, pero no tengo la ingenuidad de imaginar que se puede cambiar lo que está pasando.

La realidad es que un pensador tiene influencia pero bajo ciertas circunstancias. Es evidente que si uno intenta hoy en día pensar algo sobre el subdesarrollo no llama la atención de nadie. La época en que yo pensaba toda la cuestión del Brasil y el desarrollo regional del Nordeste, era una época en que había una verdadera pasión por eso, había una crisis de consciencia y una toma de posición sobre la importancia de esas cosas. Por eso yo estaba trabajando. No era para mi distracción. Busqué y respondí con un mensaje a toda la gente que estaba apasionada por todo eso.

#### LOS AÑOS NOVENTA

*Pero fíjese la paradoja del momento. El discurso neoliberal propone la desaparición de las instituciones estatales como uno de los medios para resolver los desequilibrios macroeconómicos, pero en los últimos cinco años el Estado ha tenido que compenetrarse nuevamente con una serie de problemas que surgieron a consecuencia de sus propias políticas, si bien con otro vocabulario. Muchos gobiernos Latinoamericanos empiezan nuevamente a crear "programas" de "apoyo", de "emergencia" o de "solidaridad", etcétera, o sea, lo que quitaron con una mano lo tuvieron que ceder con la otra; los costos sociales debido al agravamiento de la pobreza no se pueden esconder. Si por un lado eso no se reconoce, institucionalmente ocurre, a cuenta gotas es cierto; es como si la propia lógica de la destrucción de ciertos sectores productivos o de la presencia estatal atrajera nuevamente la intervención del Estado.*

Pero si se logra de alguna manera destruir determinadas funciones específicas del Estado, lo que se está amenazando es la propia existencia del sistema de dirección y por lo tanto del Estado nacional. Lo que se tendrá será una total desagregación económica-social. Esto es particularmente importante para un país grande como el Brasil, con sus graves desigualdades regionales, sociales y de ingresos. Es evidente que los pequeños, con todo

el respeto que merecen, digamos podrían ser incorporados al sistema del *Currency Board*<sup>11</sup>

*Hoy en día el pensamiento neoliberal, a diferencia de la concepción ortodoxa de los años cuarenta, ya no se opone a proyectos de industrialización...*

¿Pero cómo tener una política de industrialización si no se tiene una política monetaria propia, una política cambiaria, que fueron los principales instrumentos utilizados en el pasado para promover una política de industrialización? El caso de Brasil es el más notorio. Los instrumentos más fundamentales son aquellos que manipulan los ejes macroeconómicos, la política cambiaria, la política monetaria. Sin ellos la economía tendría que funcionar bajo el *Currency Board* dada la ausencia de un Banco Central. Entonces todo tiene que adaptarse a las situaciones internacionales, o sea que no se puede tener una política monetaria propia. Y eso se puede concebir en un país pequeñito de América Central, pero no en uno grande. En esas condiciones se hace imposible tener una política de desarrollo y de industrialización. Quizá sea posible hasta cierto punto una política social. El sistema lo permite porque se podrían elaborar políticas de distribución del ingreso y fiscales, aún en un sistema totalmente abierto, liberal. Pero no una política de desarrollo. Es lo que se está preparando para América Latina. Cuando hablo con algunas personas que vienen de Argentina me dicen: “Celso, todo estaba perdido, el país no funcionaba”, percibo entonces una falta de confianza y de proyectos.

*En ese sentido podemos decir que como nunca en América Latina, hay ámbitos sociales donde un movimiento de centro-izquierda que levante las banderas de la igualdad, de un gobierno honesto con la intención de crear, digamos, un Welfare State, sea factible...*

Eso resulta aceptable ideológicamente, pero que cuente con fuerzas políticas para implementarlo es otra cosa. Eso es posible si además se tienen los instrumentos de la política monetaria, cambiaria, fiscal etcétera. Ya he visto, y eso ya no puede tocarse si se privatizó, como lo propone el estudio del Banco Mundial, proponiendo un sistema internacional de control al estilo del *Currency Board*. De esta manera no existen los medios para

11 La mejor traducción de esta noción sería una especie de “Comité de compensaciones monetarias”. Así todo podría funcionar bien en Estonia, con el Marco como moneda, totalmente integrado a un sistema neocolonial. Las reservas que comanda la economía del país es la moneda de otro país. Allí, una devaluación del Marco tendría que ser aceptada sin más.

modificar las estructuras. Bajo estas reglas no se puede tener influencia alguna sobre las inversiones. Ahora bien, es una política neoliberal perfecta que presume una sociedad homogénea y que ha alcanzado un elevado nivel de desarrollo y por lo tanto no tiene por qué preocuparse por el desarrollo en sí, y apenas con justicia social. Es lo que pasa en Francia por ejemplo. Es un absurdo que los europeos se estén preocupando por el desarrollo, o porque la industria automotriz a reducido relativamente su productividad, cuando las calles están llenas de coches y no sirven para nada. Es evidente que el problema de ellos es un problema de utilizar mejor la capacidad productiva-tiempo, que es la que subutilizan. Es un problema de orden muy distinto. Es otra forma de estupidez, no la nuestra. La nuestra de verdad es un hecho de gran magnitud. No tenemos los espacios necesarios dada la política monetaria Latinoamericana. En Brasil el problema inflacionario refleja la total incapacidad del gobierno para la financiación de sus proyectos. En segundo lugar, el gobierno debe tomar medidas elementales fiscales, de las que carece totalmente.

*Dentro de este contexto, se habla mucho de la existencia de una liberalización del comercio mundial y de la globalización de las economías, pero de hecho, los tres bloques económicos poderosos excluyen sistemáticamente los productos de sus "competidores", o sea, el Japón y sus aliados, Estados Unidos y su Tratado reciente y La Comunidad Económica Europea. Sin embargo, los países Latinoamericanos si han tomado en serio la retórica de la "globalización", abriendo ampliamente sus economías.*

Lo que parece grave es que se quiera subordinar toda la política de los países a los intereses del sector externo. Así, son las industrias de exportación las que determinan la economía del país, dictando las tasas de cambio por ejemplo.

Ahora el problema es cómo adaptarse a la "globalización" que aparece como una fuerza avasallante. Cómo evitar que esa globalización se haga en contra del país. Ese es el dilema. Cómo sacar provecho de ese proceso es lo importante. Hay que imaginar formas de sacar partido de las formas actuales de globalización, de su fuerza de expansión, basada en el "fundamentalismo mercantil". Porque no se puede esperar que estas fuerzas transnacionales presenten proyectos elaborados para las naciones fuera del marco de su propia racionalidad. Piensan en su propia racionalidad, no en la de los demás países, digamos como Brasil.



Además, se piensa que con la globalización se evapora la política. Por eso la posibilidad de plantear una total liberalización de los cambios. Creo que a eso va NAFTA. Pero es una ingenuidad total, porque la realidad de los bloques económicos, como usted lo mencionó, tienen sus propias formas de impulsar sus proyectos particulares. Lo único que les importa son sus intereses.

*¿Está trabajando en la actualidad en algo específico?*

Bueno, por ahora estoy muy distanciado de todo eso. Pero si algún día tengo la oportunidad de trabajar de nuevo sobre eso lo haré con la dedicación de siempre. Actualmente me preocupan dos temas. Uno es el que lo definiría como el del apogeo del “fundamentalismo mercantil”. La idea de que la ley del mercado y su lógica es la medida de todas las cosas, convirtiéndose en la “ética”. Se plantea que el mercado puede ser el cimiento de una sociedad. Así las relaciones mercantiles son más éticas que cualquiera de las actividades realizadas por el Estado. Por lo tanto, el fundamentalismo mercantil exige, y supone la reducción del área del Estado. Es una forma de religión moderna. Por eso la llamo un “fundamentalismo”. Es una concepción sutil que se va inyectando a la sociedad a través de las empresas. Si se destruye ciertas actividades o partes del Estado o de determinadas instituciones públicas se avanza en el campo de la ética. ¿Por qué? Porque, se supone que el mercado es mucho más “puro”, mucho mejor que las instituciones públicas que no están sujetas a la ley sagrada del mercado. Entonces, cuanto menos Estado tenga más posibilidades tiene una sociedad para crecer.

Fíjese, actualmente yo realizo algunas funciones para la UNESCO, donde analizo la relación entre la cultura y el desarrollo y tengo que preparar ciertos informes. He encontrado por allí un sin fin de trabajos que me resultan interesantes, porque no hay congruencia entre todo lo que se está haciendo y las críticas a ese nuevo modelo ortodoxo de desarrollo. Es impresionante porque todos proponen que hay que pensar el desarrollo a partir de otros valores, más amplios y por eso hablo de salir del “fundamentalismo” del mercado.

También reflexiono mucho sobre los sistemas monetarios latinoamericanos, que es la segunda problemática que me preocupa. Es decir, sobre la posibilidad de que se esté considerando la destrucción de los sistemas monetarios latinoamericanos. Parece que se está preparando el camino por todos lados para una completa dolarización de la economía Latinoamericana-

na. La destrucción de un sistema monetario, está ligado al proceso de hacer desaparecer al Estado nacional. Lo que se considera importante es tener una economía donde no haya necesidad de asumir, dirigir y pensar sobre la responsabilidad de las políticas públicas, excepto en casos excepcionales. Se reduce enormemente el ámbito de la actuación del Estado al excluir la idea de una política monetaria del Estado, o sea una política cambiaria dirigida por el Estado. Así estamos retornando a la idea del *Currency Board* clásica de los países coloniales. Es decir, estableciendo relaciones internacionales del viejo cuño colonialista. Es lo que parece estar prevaleciendo aquí en Brasil, donde sólo se discute si se va a dolarizar o no a la economía, como “solución” a sus problemas.

Seguimos luego hablando de otros temas que trataré de presentar más adelante en otros artículos. En general nuestra conversación fue multilingüe, para superar las limitaciones del portofiol que nos era común. Pero sobre todo fue natural, amena franca, sin formalismos ni poses magistrales, incluso fue el propio Furtado quien me obsequió las baterías para mi grabadora al ver mi desesperación cuando ésta había dejado de funcionar.

Cuando hablaba en francés, parecía aflorar en sus respuestas la honda raíz de su formación intelectual y la sólida estructura de su pensamiento. Era preciso y claro en los conceptos, terminante, diría mejor brillante. Mostraba una tendencia gesticular con las manos, a la manera en que los grandes maestros tratan de inyectar convicción y pasión a sus afirmaciones. En inglés era frío, conciso, aunque siempre claro y transparente. En portugués era totalmente diferente. Su lenguaje asumía un tono festivo, vivaz, de alegría, que parecía reflejar la imagen colorida y apasionada que tenemos en el continente del espíritu de la samba y del cantar brasileños. Más de un juicio estuvo acompañado de una sonrisa intencionada, cuando no de una radiante risotada. Pero sobre todo, en su trato, en sus reacciones, proyectaba siempre una enorme dosis de generosidad, de humanidad, de paciencia, de comprensión, de anhelos latentes, que sin duda fueron factores anímicos que le indujeron acceder a recibir y conversar con un novato y atrevido estudioso de la historia de las ideas económicas de nuestros pueblos.

## RESEÑAS

PREBISH, Raúl, *Obras*, t. I, 1919-1928, *artículos y ensayos*, 1991, p. 644; t. II: 1929-1948, *política económica argentina e internacional*, 1991, p. 793; t. II, 1944-1948, *cursos universitarios e indagaciones teóricas I*, 1991, p. 506; t. IV: 1944-1949, *cursos universitarios e indagaciones teóricas II*, 1993, p. 551, Argentina, Fundación Raúl Prebisch, 1993.

Con la aparición del cuarto tomo de las *Obras* de Raúl Prebisch, se evaporan todos los obstáculos que habían impedido realizar un estudio serio sobre su pensamiento. De ahora en adelante, se facilitará enormemente el estudio de una época totalmente desconocida de la vida práctica como teórica de Prebisch. Se presenta una inaudita oportunidad de tener a la mano *casi todo* —más adelante el lector comprenderá esto— lo que Prebisch escribió y pensó en sus primeros 48 muy fructíferos años. Ya no se tendrá que recorrer las innumerables bibliotecas por todo el globo para poder leerlo. Los cuatro tomos incluyen 152 diferentes textos escritos entre 1919 y 1949, distribuidos en casi 2,500 páginas.

Debe decirse desde un comienzo —no obstante los lapsus que mencionaré posteriormente— que se trata de un esfuerzo titánico y prodigioso, por no decir heróico, en lo que se refiere a la labor de la edición, publicación, e investigación histórica para la compilación en cuestión. Todo esto se lo debemos a la labor del doctor Manuel Fernández López y a la supervisión del doctor Gregorio Weinberg.

El primer tomo: *Artículos y ensayos, 1919-1928*, incluye casi todo el material escrito por Prebisch entre 1919 y 1929, o sea desde sus días de estudiante en la Universidad hasta el período cuando empezaba a ocupar puestos de alta jerarquía en la administración pública de su país. La labor de investigación por parte de los editores, para la compilación en cuestión,

es excelente, no sólo porque ubica históricamente muchos de los textos, sino además porque lograron encontrar muchos trabajos que habrían pasado desapercibidos. Algunos de estos artículos están firmados únicamente con las iniciales R. P. A través de los cuatro tomos, encontramos aclaraciones y explicaciones por parte de los editores del por qué consideran que ciertos trabajos fueron elaborados por Prebisch. Entre los documentos que no se incluyen en el primer volumen, pueden mencionarse: *Industrialización del maíz* (1918, 30 páginas) y *Teoría del interés* (1919, páginas 155), por estar extraviados, y *¿Salarios a oro?* por haberse localizado posteriormente, sin embargo, no hay explicación por parte de los editores el no haberlo integrado en la publicación del cuarto tomo.<sup>1</sup> Este documento tiene un valor especial porque es una crítica a la estrategia del partido socialista que causó gran disgusto a Juan B. Justo, lo cual hizo reconsiderar a Prebisch su intención de afiliarse al partido.

El segundo tomo: *Política económica argentina e internacional, 1929-1948*, incorpora muchos trabajos de Prebisch sin su firma, que sólo la metódica investigación de los editores hizo posible considerarlos suyos. Este volumen incluye sus propuestas y análisis para la creación del Banco Central de la República Argentina así como las *Memorias* del Banco Central para el ejercicio de los años 1935-1943. Además se presentan algunas de sus clases del periodo del primer lustro de los años treinta, en la Facultad de Ciencias Económicas de Buenos Aires. Cabe aclarar que de aquí en adelante los títulos de los tomos de las obras no deben tomarse al pie de la letra. No creo superfluo señalar que en este tomo los documentos relacionados con la creación del *Banco Central de la República Argentina*, hubieran facilitado más su lectura si su orden de aparición hubiese seguido el orden en que fueron presentados al público por el gobierno en *Proyectos sobre bancos y moneda* (sugiero que se léan en el siguiente orden: Cap. 67 (p. 1-2); Cap. 68 (p. 3-38); Cap. 69 (p. 39-50); Cap. 70 (p. 51-56); Cap. 72 (p. 59-65); Cap. 68 (p. 71-84); Cap. 69 (p. 87-81); Cap. 70 (p. 95-98); Cap. 72 (p. 107- 111), las páginas se refieren al texto *Proyectos sobre bancos y moneda*).

El tercer tomo: *Cursos universitarios e indagaciones teóricas, 1944-1948* (I), presenta los trabajos que Prebisch realizó cuando había sido desplazado de la Gerencia General del Banco Central. Por esa época asume,

<sup>1</sup> Recientemente en una conversación con el doctor Manuel Fernández López supe que la *Fundación Prebisch* había localizado dicho material.

además de sus responsabilidades en la Facultad de Ciencias Económicas, tareas de asesoría en materia de Banca Central que lo llevan por muchos países de América Latina.<sup>2</sup> Pero es imposible hablar del contenido del tercer tomo sin explicar su íntima relación con el cuarto: *Cursos universitarios e indagaciones teóricas- 1944-1949* (II).

Como lo expresa el prólogo del primer tomo, nunca se perdió de vista la posibilidad de publicar las “Obras Completas” de Prebisch, pero se planificó y se recibió el apoyo para editar tres tomos. A ello se debe que no se considerara llegar al año de 1949, que afortunadamente para algunos de nosotros fue incluido subsecuentemente con la aparición del tomo IV (1993). Es obvio que ante las dificultades financieras para publicar “todo” lo que había realizado Prebisch hasta el año de 1948, los editores de la *Fundación* tuvieron que recortar e incluir en el tomo III lo que les parecía más importante hasta ese entonces.

Menciono esto porque si bien la aparición del tomo IV de las obras nos resuelve un gran problema para conocer la evolución y transformación del pensamiento de Prebisch hasta ese año, la lectura cronológica de los documentos allí presentados obliga al lector a pasar del tomo III al IV en repetidas ocasiones. La lectura de *Conversaciones del Dr. Prebisch en el Banco de México* (1944) —que versa sobre la conformación del Banco Central y las políticas monetarias allí promovidas, así como las primeras propuestas de Prebisch de una política anticíclica de crecimiento sostenido—, implica comenzar en la primera página del tercer tomo hasta la 227 y después pasar al cuarto de la primera página a la 17.

Posteriormente, ese mismo año, Prebisch preparó sus clases, basándose en sus notas tituladas *La moneda y los ciclos económicos en la Argentina*

2. En Paraguay, Prebisch y Robert Triffin realizaron conjuntamente tareas de asesorías en 1945 para el Banco del Paraguay, y elaboraron el Régimen de Cambios de la República del Paraguay y la Reglamentación de las operaciones de cambio del mercado oficial. Aparentemente estos textos no eran conocidos por los editores de las obras, de todas maneras hice llegar copias de estos dos documentos al Dr. Manuel Fernández López. Por otra parte, las obras tampoco incluyen el “informe” de Prebisch a las leyes bancarias de la República Dominicana aprobadas en el año de 1947, texto, que según Julio C. Estrella (*La Moneda, la Banca y las Finanzas en la República Dominicana* - ed. Universidad Católica Madre Maestra, República Dominicana 1971) se encuentra en un libro editado por el Banco Central: *Legislación Monetaria y Bancaria de la República Dominicana*, 1948. Los editores sí conocían este trabajo pero todavía no habían obtenido una copia. El que escribe estas notas también se encuentra en la búsqueda. Tomo esta ocasión para agradecer la gentileza del Dr. Washington Ashwell por haberme enviado copia de su volumen de *La moneda y los ciclos económicos en la Argentina*, así como del *Régimen de cambios de la República del Paraguay y Reglamentación de las operaciones de cambio del mercado oficial*.

(1944). Aquí se teoriza sobre el funcionamiento de la economía mundial entre el “centro” y la “perifera”, al mismo tiempo que propone alternativas para la reorganización de las relaciones internacionales para promover el crecimiento de ambos polos, con o sin políticas de “pleno empleo”. Nuevamente, ese texto se dividió entre las páginas 249 - 442 y 17 - 215 del tercer y cuarto tomo respectivamente. Por otro lado, los editores no explican la razón por la cual fue excluida la nutrida e importante “Introducción” a dicho texto, o sea el primer fascículo (con este son un total de dieciocho).

También cabe mencionar que el lector podría ahorrarse un poco de lectura si logra percatarse de las repeticiones en que incurrieron los editores. Me refiero a que las páginas del 17 a la 21 del tercer tomo y la 121 a la 126 del cuarto son idénticas, así como las que señalo a continuación: 21 a 50 y 164 a 194; 88 a 115 y 138 a 164; del tercer y cuarto tomo respectivamente y finalmente las páginas 1 a 5 y 134 a 138 correspondientes al cuarto tomo se repiten. Las repeticiones se deben a que Prebisch incluyó en *La moneda y los ciclos...* material de sus *Conversaciones...*

No está por demás indicar que mucho de lo que se presenta por parte de los editores como el contenido del capítulo 127 del cuarto tomo, supuestamente procedente de *La moneda y los ciclos...* corresponde en realidad a *Conversaciones...*; con contenidos idénticos, pero con un orden de aparición distinto y con ciertos párrafos excluidos. Sobre este mismo capítulo, en la página 203, los editores mencionan la omisión de una línea que reza así: “otros sectores de la actividad económica. Consideremos ahora otras dos hipótesis:”

Cabe también señalar otras reparticiones entre el tercer y cuarto tomo de las *obras*. Capítulo 117 del tercer tomo debería seguirse por el capítulo 128 del cuarto (páginas 443-449 y 216- 223 respectivamente). De allí cabría pasar a los capítulos: 129, 130, 131, 132, 133, 134, del cuarto Tomo; actividades del año de 1946 que son las intervenciones de Prebisch en la *Primera Reunión de Técnicos sobre Problemas de Banca Central del Continente Americano*. Subsecuentemente hay que retornar al tercer tomo a partir de los capítulos 118 a 120 (páginas 450 a 491) y cambiar a los capítulos 135 y 136 (páginas 244 a 270) del cuarto, escritos que datan del año 1947 y que versan sobre la teoría de Keynes que posteriormente serán pulidos e integrados a su Introducción a Keynes de ese mismo año.

Para las clases del año de 1948, Prebisch prepara unas notas, que aparecen tituladas como *Apuntes de Economía Política (Dinámica Econó-*

*mica*). Todo el texto puede encontrarse en el cuarto tomo (capítulo 137 a 142, páginas 271-374) con excepción de su primer capítulo que aparece como el último del tercero (capítulo 121).

El resto del contenido del cuarto tomo incluye una asesoría al gobierno venezolano en septiembre de 1948 (capítulo 143), sus conferencias en México: *Teoría dinámica de la economía (con especial aplicación a las economías latinoamericanas)*, entre febrero y marzo de 1949 (capítulos 144 a 151, páginas 410 a 489), y lo que hoy día se conoce como el “Manifiesto Latinoamericano”: *El desarrollo económico de América Latina y algunos de sus principales problemas*, capítulo final.

Tanto, *Apuntes de economía política* como *Teoría dinámica de la economía* son las elaboraciones teóricas más fascinantes de Prebisch desde sus clases del 44. Allí se puede ver una profunda reflexión sobre la importancia del tiempo para pensar la velocidad de la circulación del dinero y expansión de los ingresos, idea que Prebisch insiste es suya y no debe confundirse con la noción del “multiplicador” de Keynes (véase por ejemplo en su forma embrionaria *La moneda y los ciclos...*). Lo interesante de estos escritos es que las subsecuentes actividades prácticas de Prebisch lo alejan de dichas reflexiones, sin embargo, le serán muy útiles cuando veinticinco años más tarde inicia otro recorrido teórico que dará sus frutos en *Capitalismo periférico: crisis y transformación*.<sup>3</sup>

Me percaté de los siguientes errores tipográficos:

Página 372, tercer tomo, en la nota a pie de página debe leerse p. “330 a 333” en lugar de “61 a 63”. Se trata del fascículo número 6.

Página 420, tercer tomo, en la nota a pie de página debe leerse fascículo número “11” en lugar de “10”.

Página 12, cuarto tomo, línea 23 debe leerse “división” en lugar de “Dirección”.

Página 96, cuarto tomo, en la nota a pie de página debe leerse “32 a 33” en lugar de “152 a 153”.

Hay que notar que un lapsus por parte de los editores en 1944 del “original”, *La moneda y los ciclos...*, se transcribe fielmente, como debe ser, en las *Obras*. En la página 92, línea número 4, del tercer Tomo, debe leerse “fase descendente” en lugar de “fase ascendente”.

Finalmente, tengo la esperanza que, la publicación de las *Obras* ayude a fomentar estudios más profundos sobre Prebisch, y anulen la imagen

3 México, ed. F.C.E., 1981.

—errónea— de ser el “creador” de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). En la actualidad aún no existe un estudio global de la vida y obra de Prebisch; existe una excelente, pero apretada síntesis, por parte de Edgar J. Dosman y David Pollock (*Raúl Prebisch, 1901-1971: la búsqueda constante*)<sup>4</sup> quienes pronto publicarán una biografía de su vida. Asimismo, el que escribe estas líneas trabaja actualmente en una biografía intelectual de Prebisch y agradecería cualquier información para localizar: *Apuntes de economía* (Clases dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas en 1934) citado por Ángel M. Quintero Ramos en *Historia monetaria y bancaria de Argentina (1500-1949)*,<sup>5</sup> así como por Salvador Aisenstein en *El Banco Central de la República Argentina y su función reguladora de la moneda y del crédito*.<sup>6</sup>

Carlos MALLORQUÍN

4 Véase, Iglesias, Enrique V. (comp.), *El Legado de Raúl Prebisch*, New York, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993.

5 Tesis Doctoral, New York University, 1950.

6 Argentina, El Ateneo, 1942.



## HEMOS RECIBIDO

### LIBROS

BARTOLOMEI, Maria Luisa, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983, (An Anlysis of the Procedure under ECOSOC Resolution 1503)*.

Sumario: Introduction; The legal and political situation in Argentina 1976-1983, Legislative History of the 1503 procedure; Characteristics of the 1503 procedure; The case of Argentina under the 1503 procedure 1980-1984; Evaluation of the 1503 procedure; The Inter-American Commission on Human Rights: The Case of Argentina.

CARLOS WOLKER, Antonio, *Elementos para uma crítica do Estado*, Porto Logro, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

Sumario: Introdução. A natureza do Estado; Origem e Evolucao do Estado; Conceituacoes essenciais do Estado; Uma tipologia do Estado contemporaneo; O Estado na América Latina; O Estado no Brasil; Desmitificacoes do Estado.

DILLA, Haroldo; GONZÁLEZ, Gerardo; y VICENTELLI, Ana Teresa, *Participación Popular y desarrollo en los municipios Cubanos*, Centro de Estudios sobre América, La Habana, 1993.

Índice: 1. El marco teórico metodológico. La descentralización del poder político: pasado y vigencia de un debate; Antecedentes y características del diseño municipal cubano; 2. La dimensión participativa. La selección del liderazgo: proceso, conductas y resultados electorales; La efectividad de la representación; Participación y toma

de decisiones. 3. Instituciones y relaciones de poder. Las jerarquías institucionales municipales; La capacidad para gobernar. 4. A modo de conclusiones: los municipios y los retos del futuro.

HERNÁNDEZ VEGA, Raúl, *Poder y sociedad civil, ensayos exploratorios*, Jalapa, Veracruz, Universidad veracruzana, 1993.

Índice: I. El fenómeno de la conversión en Bartolomé de las Casas. II. Las relaciones culturales entre América Latina y la Comunidad Europea en el umbral del siglo XXI. III. Problemas metodológicos en torno a la sociedad civil y a los grupos étnicos. IV. El problema sobre la representación política y la sociedad civil. V. La cultura del postgrado. VI. Educación sistémica o educación comunicativa. VII. Aproximación a la pedagogía de Gastón. VIII. Etnicidad y derechos humanos. Exploración de un marco general.

MUÑOZ, Francisco, *Confluencia de culturas en el mediterráneo, Seminario de estudios sobre la paz y los conflictos*, Granada, Francisco Muñoz, Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, 1993.

NOVICK, Susana, *Mujer, Estado y políticas sociales*, Biblioteca Política Argentina, 1993.

Índice: Capítulo I. Marco interpretativo. Capítulo II. Nivel Constitucional; Las leyes globales: Planes Nacionales de Desarrollo; Leyes referidas a la mujer; Las estrategias de desarrollo y las políticas referidas a la mujer.

PERLA ANAYA, José, *Censura y promoción en el cine*, Perú, Universidad de Lima, Facultad de Ciencias de la Comunicación, 1991.

Índice: Capítulo Primero: El cine, fenómeno social; Capítulo Segundo: El cine, hecho jurídico; Capítulo Tercero: Revisión de la Legislación cinematográfica peruana (1897-1972); Capítulo Cuarto; Periodo Contemporáneo (1972-1991): El régimen actual de censura y clasificación de películas; Capítulo Quinto: Periodo contemporáneo (1972-1991): El régimen actual de fomento de la cinematografía peruana;

Capítulo Sexto: Algunas líneas ideológicas de influencia sobre la legislación cinematográfica peruana.

RUBIO, Ana, *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz* (separata), Granada, Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, 1993.

VAN JEAN, Houtte, y VAN LOON, Francis, *Sociology of Law, Social Problems and Legal Policy in Europe*, Proceedings of the International Colloquium organised on the occasion of the twentieth Anniversary of the Centre for Sociology of Law, University of Antwerp (UFSIA), diciembre, 1992.

## REVISTAS

### *Mientras Tanto*

Mientras tanto es, sin duda alguna, una publicación de la que *Crítica Jurídica* y sus lectores pueden sentirse solidarios. Fundada por Manuel Sacristán, se ha mantenido hasta hoy como abanderada de un pensamiento que muchos quisieran ver desaparecido. Para nuestros lectores reproducimos el sumario de los últimos números que hemos recibido.

## NÚMERO TREINTA Y OCHO

González Calvet, Josep, "La liberalización como estrategia socialdemócrata".

Capella, Juan Ramón, "Otra manera de hacer política: material de discusión".

Fernández Buey, Francisco, "El marxismo ante la crisis de civilización".

Recio, Albert, "Acción sindical en una sociedad compleja: interrogantes, reflexiones y sugerencias sobre el futuro sindical".

Riechmann, Jorge, "Die Grünen: diez años del Partido Verde Germano-Occidental (I)".

Aguar, Fernando, "Los Verdes y el SPD: la experiencia de Hessen".

Fried, Erich, "Entrevista con Winfried Wolf".

## NÚMERO TREINTA Y NUEVE

- García, Ernest, "Sobre nuevo liberalismo, refundación del programa emancipatorio y paradojas de la organización política".
- Tello, Enric, "Demandas ecosocialistas".
- Riechmann, Jorge, "Die Grünen: diez años del Partido Verde Germano-Occidental (II)".
- Ovejero Lucas, Félix, "El lugar de la moral".
- Pasolini, Pier Paolo, "Unas Cartas de".
- Capella, Juan Ramón, "Lecturas de prensa democrática".
- Sempere, Joaquín, "Acerca del ingreso mínimo garantizado".
- Martínez Alier, Joan, "Ecologismo, marxismo y neo-narodnismo ecologista".
- Capella, Juan Ramón, "Los límites de la democratización capitalista. I. El proceso de democratización".
- O'Connor, James, "Interdependencia global y socialismo ecológico".
- Candel, Miguel, "Hoz, martillo y compás (un apunte psicológico sobre la crisis comunista)".
- Tello, Enric, "El socialismo irreal. Bosquejo histórico de un sistema que se desmorona".
- Grau, Elena, "Vivir en presencia de la realidad. Notas a modo de presentación de algunos textos inéditos de Giulia Adinolfi".
- Sacristán Luzón, Manuel, "Sobre el stalinismo".

## NÚMERO CUARENTA Y UNO

- Fernández Buey, F., "Programas sindicales, intereses obreros y reivindicaciones ecologistas en la lucha por un mundo habitable".
- Antunes, Carlos; Juquin, Pierre; Kemp, Penny; Stengers, Isabelle; Telkämper, Wilfried; y Wolf, Otto Frieder, "Por una alternativa verde en Europa. Manifiesto ecosocialista".

## NÚMERO CUARENTA Y DOS

- Grau, Elena, "El tiempo es un perro que muerde sobre todo a las mujeres".
- Pennacchi, L., "El símbolo dividido".
- Balbo, L., "Una ley para las horas futuras".

- Benería, L., "Capitalismo y feminismo: algunas preguntas feministas".  
 Fernández Buey, F., "Con quién y cómo hacer la cosa".  
 Riechmann, J., "Les Verts: itinerario a través del ecologismo francés".  
 Casals Costa, V., "De lo global a lo local: el caso de la sierra de Collserota".  
 Arriola Palomares, J., "El Salvador: donde se apuesta por la vida".  
 Recio, A., "Individualismo metodológico y política alternativa".  
 Estévez Araujo, J. A., "La Unión Soviética de Gorbachov".  
 Maiakovski, V., "La nube en pantalones".

#### NÚMERO CUARENTA Y TRES

- González Calvet, Josep y Roca Jusmet, Jordi, "Petróleo, salarios y ajuste económico".  
 Gordillo, José L., "Sobre la vigencia del pacifismo antimilitarista".  
 Muntaner, Carles y Cascella, Nicola, "La política de investigación sobre la droga. El caso americano".  
 Valverde, José María, "En este traspies de la historia".  
 Riechmann, Jorge, "Les Verts: itinerario a través del ecologismo francés de las últimas décadas (II)".  
 Capella, Juan Ramón, "Apuntes sobre la muerte de Walter Benjamin".

#### NÚMERO CUARENTA Y CUATRO

- Riechmann, Jorge, "Las elecciones del 2 de diciembre: Alemania a la derecha".  
 Tello, Enric, "Negativos: cuando el ahorro no significa penuria".  
 Capella, Juan Ramón, "El Tiempo Mesiánico en el último Benjamín".  
 Hein, Christoph, "Maezel's Chess player goes to Hollywood: la desaparición del productor artístico en la época de la reproductibilidad técnica".  
 Carreras Ares, Juan José, "Categorías históricas y política: el caso de Weimar".  
 Meiners, Birgit; Geissler, Birgit; y Pfau, Birgit, "Tiempo para trabajar y tiempo para cuidar: debate sobre dos modelos verdes en la RFA".  
 Buenaventura, Ramón, "Megatrends perdidos sin collar".  
 Riechmann, Jorge, "Homenaje al poeta Tomás Borge".  
 Silveira Gorski, Héctor C., "El retorno del vínculo social".

## NÚMERO CUARENTA Y CINCO

- Stolcke, Verena, "La guerra del Golfo. El nuevo, viejo racismo".
- Barceló, Alfons, "Los costes sociales y ecológicos del crecimiento".
- MacBride, Sean, "El derecho a negarse a matar".
- Barcellona, Pietro, "Después de la 'despolitización', el relanzamiento de la izquierda".
- Zinoviev, Alexander, "Cualquier intento de renunciar al comunismo sería el naufragio".
- Riechmann, Jorge, "Sobre marxismo crítico y política verde".
- Entrevista con Frieder Otto Wolf.
- Camacho, Marcelino, "Confieso que he luchado".
- Torres Bodet, "Civilización".

## NÚMERO CUARENTA Y SIETE

- Recio, Albert, "Algunas acotaciones al debate sobre proyectos económicos alternativos".
- Torrell, Josep, "Autorretratos del pintor en soledad".
- Capella, Juan Ramón, "Una lectura de Americanismo y fordismo de Gramsci".
- Tello, Enric, "Energías sucias, energías limpias".
- Arteta, Aurelio, "El penúltimo catecismo conservador".
- González, Juan Carlos, "El proyecto de Gramsci".
- Giménez Merino, Antonio, "Problemas de legitimación en el Estado social".
- Rojas, Gonzalo, "Cinco poemas".

*Anais da XIII Conferencia Nacional da OAB, Sociedade e Estado, 23 a 27 de setembro; Publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em marco de 1991-Brasília/D.F. PROGRAMA. OAB- Sociedade-Estado; A Crise do poder Judiciário; Medidas Provisórias; A Crise da Advocacia e o Poder Judiciário; As Caixas de Assistência Perante o Estado e a Sociedade; Movimentos Populares y Ciencia e Tecnologia.*

*Cuadernos del claeH, Revista Uruguaya de Ciencias Sociales*, Montevideo, 2a. serie, año 18, editada por CLAEH, Centro Latinoamericano de Economía Humana, 1993/4

Sumario: Pérez Antón, Romeo; Paramio, Ludolfo, Consolidación democrática, desafección política y neoliberalismo; Mols, Manfred, La sociedad del mañana; Minsburg, Naúm, Argentina y el Mercosur: un proceso complejo; Rosales V. Osvaldo, Competitividad e inserción internacional de Chile; Balbis, Jorge, Las relaciones internacionales del movimiento sindical uruguayo; Sapriza, Graciela, Imaginarios obreros en la ciudad industrial (1890-1913); Vázquez Franco, Guillermo, La historia y los mitos; Garce, Adolfo y De Armas, Gustavo, Tras las huellas del Novecientos; Rehren, Alfredo y Del Huerto Amarillo, María, Sanguinetti: liderazgo presidencial hacia la "rutina democrática".

*Desarrollo Económico, Revista de Ciencias sociales*, Buenos Aires, núm. 132, vol. 33, Instituto de Desarrollo Económico y Social, enero-marzo de 1994.

Sumario: Sola, Lourdes, Gobernabilidad, reforma fiscal y democratización. Brasil en una perspectiva comparada; F. López, Andrés, Ajuste estructural y estrategias empresarias en la industria petroquímica argentina; Bogo, Jorge, La regulación de la actividad pesquera: una propuesta de cambio de política; Serrafiero, Mario Daniel, Liderazgo y reelección presidencial en la Argentina; Romero Bidegaray, Lucía, Política salarial y dinámica de las remuneraciones promedio: Lima metropolitana, 1980-1990.

*El Otro Derecho, Sociología Jurídica y Ciencias Políticas*, vol.5, núm. 2, 1993.

Sumario: Debates. Reconversión de la causa de los derechos humanos en contexto de democratización. El caso Uruguay; Indicios. Derechos humanos, administración de justicia y otros organismos del Estado; Reflexiones. Principales problemas para entender las demandas de las mujeres en el campo de los derechos humanos; Reseñas. Dilemas de la femineidad.

*Cuadernos Cicosul*, Perú, Facultad de Ciencias de la Comunicación, CI-COSUL, núm. 11, Universidad de Lima, 1992.

Sumario: Marco Introductorio; La ética y la política; La propaganda política; el tema de la verdad; la actuación política; utilidad del estudio. Los dichos de los candidatos. Cuántos y cuáles; la muestra de archivo; Análisis de los mensajes seleccionados. Los hechos de los parlamentarios. Fuentes periodísticas, parlamentarias y testimoniales; Análisis de cada una de estas fuentes.

*Ilustración y Revolución, Bicentenario de la Revolución Francesa, 1789-1989*, Anales de la cátedra Francisco Suárez, núm. 29, 1989, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del derecho, 1990.

Sumario: López Calera, N.M., Ilustración y revolución (1789- 1989); Maeket, Oswaldo, La revolución francesa y el pensamiento alemán de la época; Marramao, Giacomo, Soberanía: para una historia crítica del concepto, Barcellona, Pietro, Estado de Derecho, igualdad formal y poder económico; Apel, Karl-Otto, El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad, Vattimo, Gianni, El espíritu como futuro de la razón, Blanco Fernández, Domingo, La finitud racional del pueblo soberano.

*Los derechos humanos desde una perspectiva global e integrada con énfasis especial sobre el Tercer Mundo*, Programa sobre Derechos Humanos Integrados, Suecia, Bredgatan 4, Instituto de Sociología del Derecho, Universidad de Lund.

Sumario: Derechos humanos; Estrategia de investigación; Derechos humanos y democracia participativa en África; Asociaciones institucionales.

*Más allá del derecho, Beyond Law*, vol. 1, Issue, núm. 3, noviembre de 1991, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Sumario: Introductory Note. I. Artículos: Providing Legal Services to Indigenous Communities: A Case Study of the Coyaima Clinic in Colombia. Rojas, Fernando. The Transformative Potential of People's



Legal assistance Organizations: A View from Brazil. Pressburger. Case studies on the Transformative Potential of Legal Services: Designe. Human Rights And Empwerment Of The Poor. Towards Genuine Democracy In Conflict-ridden Countris; Dugard John.

*Oñati Proceedings, Sociología jurídica en América Latina*, núm. 6, edited by Óscar Correas, a publication of the Oñati Internacional Institute For The Sociology of Law, 1991.

Sumario: I Parte: Jalones de una teoría crítica del derecho moderno; Carcova, Carlos, Teorías jurídicas alternativas; Munera Ruiz, Leopoldo, La justicia es p' a los de ruana, De Lemos Capeller, Wanda, Entre o ceticismo e a utopia: a sociología jurídica latinoamericana frente ao debate europeu. II Parte: La sociología jurídica latinoamericana, Faria, José Eduardo, Fernández Campilongo, Celso, Insatisfacao quanto ao presente, otinismoquanto ao futuro: un balanco da Sociología jurídica no Brasil; Ribas Vieira, José, A pesquisa do direito no Brasil-Saidas?, M. Herrera, Carlos, ¿Existe un modelo de ciencia específico a la sociología del derecho latinoamericana?; Azuela, Antonio, La sociología jurídica frente a la urbanización en América Latina. Agenda y estrategias para la investigación. Correas, Óscar, La sociología jurídica como ciencia de la hegemonía. III Parte: Derecho y política. Jacques, Manuel, Legalismo y derechos humanos. Un desafío para el uso alternativo del derecho. Rodríguez, Eduardo, Los servicios legales, los nuevos movimientos sociales y los procesos de transformación en América Latina. Bergalli, Roberto, Forma-estado, formas del derecho y cuestines de la democracia: un caso para el análisis. Aseff, Lucía, Sistema manicomio-internamiento. Una práctica alternativa del derecho. Rendondo Vázquez, Jorge, Repercusión de los cambios en los países de Europa oriental en América Latina.

*Licoes De Direito Alternativo*, Sao Paulo, Direito Sociedade, Editora Académica, 1991. Editora Académica, Rua José Antonio coelho, 300, sala 53, Bloco C 04011- Sao Paulo SP FONE: (011) 517- 7160.

Sumario: Capítulo 1 Direito Insurgente: O direito dos oprimidos. Pressburger, Miguel T. Capítulo 2 Os juizes contra a lei. Genro Fernando Tarso. Capítulo 3. Contribuicao par o projeto da juridicidade

alternativa. Wolkmer, Antonio Carlos. Capítulo 4. Lei núm. 8.009/90 e o direito alternativo. Beurno de Carvalho, Amílton. Capítulo 5 Direito Alternativo- Notas sobre as condicoes de possibilidade. Lima de Arruda JR Edmundo. Capítulo 6. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. Merlin Cleve, Clemerson. Capítulo 7 Ojuiz-cidadao. Dutra Audos, Marco Aurélio. Capítulo 8 Movimientos sociais-emergencia de novos sujeitos: O sujeito coletivo de direito. De Sousa Junior, José Geraldo. Capítulo 9. Por un Ensino Alternativo do Dirito: Manifesto Perliinar. Wanderlei Rodrigues, Horacio. Capítulo 10 Direito alternativo e didadania operária. Ramos Filho, Wilson.

*Papers, Revista de Sociología*, núm. 40, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1993.

Sumario: Dependencia de las personas mayores y ayuda intergeneracional; Edad, empleo y jubilación: nuevos datos internacionales; La ancianidad a través de los/as jóvenes; envejecimiento y familia; la imagen de la vejez a través de los planes gerontológicos; Bases y fundamentos para una aproximación sociológica a la vejez; Las residencias de ancianos y su significado sociológico; Las ancianas en Estados Unidos: mitos y realidades.

*Revista Interamericana de Bibliografía*, vol. XLIII, núm. 2, Interamerican Review of Bibliography, Departamento of Cultural Affairs, General Secretariat of the OAS, Washington ,D.C., 1993.

Sumario: La prosa ensayística de Federico Gamboa: en busca de un estilo auténtico; The paradox of freedom in latin american positivism; Perfil biográfico y bibliografía del americanista; Authority and reconquest in me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia; Estudios sobre la variabilidad espacial del voto en América Latina; Angélica Mendoza: Una experiencia femenina entre la Argentina y los Estados Unidos; An objectless revolution: Cuba's nominal socialism as a personal proyect.

*Revista Interamericana de Bibliografía*, vol. XLIII, núm. 3, Editor Inter-American Review of Bibliography, Department of Cultural Affairs, General Secretariat of tha OAS, Washington, D.C., USA.

Sumario: Cerutti, Mario. Estudios regionales e historia empresarial en México, (1840-1920): Quince años de Historiografía; Cobo Borda, Juan Gustavo. Gastón Baquero, Poeta Cubano. Dickenson, John. A neglected "seed of change": A bibliographic note on the History and Geography of Viticulture in Latin América; P. Fernández, Nancy. Violencia, risa y parodia: "El niño proletario" de O. Lamborghini y sin rumbo de E. Cambaceres; Fernández Valledor, Roberto, Los Gemelos: novela de afirmación puertorriqueña; Planells, Antonio. Anderson Imbert y la grandeza de lo diminuto; Ramos Escandón, Carmen. Perspectivas femeninas en ciencias sociales en América Latina: Una visión retrospectiva; M. Raush, Jane. The Santander Historical collection : A brief report about a new and important documentary resource.

*Revista de Ciencias Sociales*, San Juan Puerto Rico, Universidad de Puerto Rico, núms. 1 y 2, vol. XXX, enero-junio de 1993.

Sumario: Puerto Rico: El efecto de ajustes sobre la democracia y la descolonización fines del siglo XX; Hacia una historia social de las relaciones interamericanas: El camino al desarrollismo, 1946- 1960; Feminismo y postmodernidad en Puerto Rico; Notas sobre descentralización del Estado y alternativa popular; Los franceses de Saint-Domingue en el cinturón cafetalero de Santiago de Cuba (1790-1815); Cristobal Colón y la esclavitud de los amerindios en el Caribe; La misa jíbara como campo de batalla sociopolítica en Puerto Rico; La familia eslava en San Juan en el Siglo XIX; Balance preliminar de la economía de América Latina y el Caribe: 1991; El discurso productivo agrícola ganadero hispano-puertorriqueño en Adjuntas: 1820.

*Revista de ciencias jurídicas*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, número 74, San José Costa Rica, enero-abril de 1993.

Sumario: El poder conservador: inicio del control de constitucionalidad en Costa Rica. Las controversias constitucionales entre la federación y las entidades federativas. Contratos para la prospección de la biodiversidad: El contrato de colaboración entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la Compañía Farmacéutica Merck. Su

relevancia para el desarrollo sostenible. Reflexiones sobre acuerdos comerciales internacionales (México y Centroamérica). Propiedad intelectual, Ronda Uruguay y transferencia de tecnología. Resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios en el tratado trilateral de libre comercio EUA-Canadá-México.

*Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, núm. 7, abril-junio de 1992.

Sumario. El independentismo puertorriqueño; Reflexiones acerca del Estado de derecho; Sobre el pensamiento de Hans Kelsen; Hans Kelsen y el derecho; La lucha contra el delito; La legislación cubana ante el sida; El delito ecológico en Cuba y su penalización; El registro de la tenencia de la tierra; El idioma oficial en la Constitución; La informática jurídica.

*Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, núm. 7, julio-septiembre de 1992.

Sumario: Motivos para una reforma; Declaración final de la sociedad cubana de derecho internacional sobre el bloqueo económico comercial y financiero de Estados Unidos a Cuba y la base naval Guantánamo; La instrumentación jurídica de la empresa mixta; Los sucesos de Tarara; Sobre las modificaciones al procedimiento penal cubano; ¿Robo con fuerza en las cosas o hurto?; El gobierno central y los gobiernos locales; Cuestiones de seguro marítimo vistas a través del desempeño de un oponente; las incapacidades para suceder en la doctrina y el derecho positivo; El mejor derecho corresponde al más idóneo; El autor extranjero: víctimas indígenas en Canadá: temas de política y programas; Legislación y práctica jurídica; Notijurídicas.

*Revista de estudios políticos*, nueva época, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1990, separata del núm. 70.

Sumario: Rubio Castro, Ana, "El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja".

*Logos*, Escuela de Filosofía, Universidad La Salle, México, D.F., noviembre de 1968-1993, índice analítico.