


Crítica Jurídica

Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho

ISSN 0188-3968

21

2002



Fundación Iberoamericana
de Derechos Humanos



COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL
**FACULDADES
DO BRASIL**



CRÍTICA JURÍDICA pertenece a CRÍTICA JURÍDICA A.C., sociedade civil sem fins lucrativos constituída de acordo com a legislação mexicana. A partir da 17ª edição, a revista passou a ser publicado em Curitiba-Brasil, representando o órgão científico oficial da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Brasil – Faculdades do Brasil (instituição mantida pelo Complexo de Ensino Superior do Brasil – UNIBRASIL) em parceria com a Crítica Jurídica A.C. (México), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades da Universidad Autónoma de México (UNAM- México), Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (FIDH - Espanha) e Faculdades do Brasil (UNIBRASIL - Brasil). Este número foi elaborado com a colaboração da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UNBA - Argentina).

Todos os artigos são submetidos à arbitragem dos membros do conselho editorial e do conselho internacional de assessores. Pelas opiniões sustentadas nos trabalhos respondem unicamente seus autores, não representando, a publicação dos mesmos, a opinião de CRÍTICA JURÍDICA. O material publicado nesta Revista somente pode ser utilizado citando sua fonte bibliográfica. A reedição de trabalhos somente será autorizada por CRÍTICA JURÍDICA em caso de haver autorização expressa dos respectivos autores.

COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

Diretores:

Dr. Clèmerson Merlin Clève

Dr. Wilson Ramos Filho

FACULDADES DO BRASIL - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Brasil

Diretor Geral: Dr. Sérgio Ferraz de Lima

Coordenação do Curso de Direito: Dra. Regina Macedo Ferrari

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

Diretor:

Dr. Daniel Cazés

FUNDACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Presidente:

Dr. Joaquín Herrera Flores

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Directora:

Dra. Mary Beloff



Crítica jurídica
Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho

Nº 21

JUL-DEZ/2002

Primeira impressão desta edição: 2002

Endereço da Faculdades do Brasil Ltda.
Rua Konrad Adenauer, 442, Tatumã
CEP. 82.820-540
Curitiba-Paraná-BRASIL
Tel 55(41) 365.2889
unibrasil@unibrasil.com.br
criticajuridica@unibrasil.com.br

DR © 2000. Crítica Jurídica A.C.
Cauatla 81, A-302
Santa Úrsula Xitla-Tlalpan
14420, México DF
Tel: 52 (5) 655.4121
correas@servidor.unam.mx

Impresso no Brasil
Por: Gráfica e Editora Linarth Ltda.
Rua Professor Manoel de Abreu, 88
Curitiba, Paraná - Brasil
Cep: 81.070-180
graficalinarth@onda.com.br

Diagramação: Murilo Z. Milléo Junior
murilo.junior@onda.com.br

ISSN 0188-3968

DIRETOR:

Óscar Correas

SECRETARIA GERAL

Carol Proner

CONSELHO EDITORIAL

Clèmerson Merlin Clève

Daniel Cazés

David Sanchez Rubio

Edmundo Lima de Arruda Jr.

Eros Roberto Grau

Fernando Tenorio Tagle

Héctor Cuadra

Joaquín Herrera Flores

Jorge Witker

José Rolando Emilio Ordóñez

Rogério Viola Coelho

Wilson Ramos Filho

CONSELHO ASSESSOR

Adolfo Sánchez Pereira (México)

Antoine Jeammaud (França)

Antonio Azuela (México)

Arturo Berumen Campos (México)

Augusto Sánchez Sandoval (México)

Boaventura de Sousa Santos (Portugal)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Carlos Herrera (Francia)

Carlos Rivera Lugo (Puerto Rico)

Célio Horst Waldraff (Brasil)

Graciela Bensusan (México)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Brasil)

Jesús Antonio de la Torre Rangel (México)

Jorge Luis Ibarra Mendivil (México)

José Ignacio Lacasta Zabalza (Espanha)

Juan-Ramón Capella (Espanha)

Luiz Edson Fachin (Brasil)

Manuel Jacques Parraguez (Chile)

Marco Navas Alvear (Ecuador)

María Eugenia Padua (México)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Peter Fitzpatrick (Inglaterra)

Regina Macedo Ferrari (Brasil)

Roberto Bergalli (Espanha)

Roque Carrión Wam (Venezuela)

Victor Moncayo (Colômbia)

SECRETARIA DE REDAÇÃO

Antonio Franco (México - UNAM) e Pablo Perel (Argentina - UNBA)

ÍNDICE

ARQUIVO ESPECIAL – DOSSIÉ ENRIQUE MARÍ

APRESENTAÇÃO	15
PRESENTACIÓN	17
DOSSIER DE HOMENAJE A ENRIQUE MARÍ	19
Pablo R. Perel	
EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA ‘IMAGINACIÓN FANTÁSTICA’: LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN	21
Enrique E. Marí	
DESAPARICIÓN Y ATENCIÓN	41
Claudio Martyniuk	
HOMENAJE A ENRIQUE E. MARÍ	51
Roberto Bergalli	
IN MEMORIAM	55
Alicia E. C. Ruiz	
EL MAESTRO INAUDIBLE: RECUERDO DE ENRIQUE MARÍ	59
Carlos Herrera	
SEMBLANZA DE ENRIQUE MARÍ: INTELECTUAL Y ARTISTA DE LA PALABRA	61
Eduardo S. Barcesat	
LA RIQUEZA HUMANA COMO CRITERIO DE VALOR	67
Joaquín Herrera Flores	

LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL 83
Juan S. Pegoraro

CIENCIA Y TÉCNICA: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MEDALLA? 93
Axel Omar Eljatib

ENRIQUE MARÍ, PRIMAVERA DE 1993 99
Eros Roberto Grau

**SONHOCÍDIO: ESTRAGOS NEOLIBERAIS NO ENSINO DO DIREITO OU “LA
BUSQUEDA DEL BANQUETE PERDIDO”, COMO DIRIA ENRIQUE MARÍ 101**
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

TRISTEZA DE LAS GENERACIONES SIN MAESTRO 109
Claudio Martyniuk

TEORIA

LA CORRUPCIÓN DE LA UNIVERSALIDAD 117
Arturo Berumen Campos

**CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y
‘PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO’ 131**
Roque Carrión-Wam

**LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO”: ARGUMENTOS A
FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL 145**
Luiz González Placencia

O ESTADO, A LIBERDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO 163
Eros Roberto Grau

**EL DERECHO MÁS ALLÁ DEL NEOLIBERALISMO:
UN MODELO PARA ARMAR 175**
Carlos Rivera Lugo

**EL JUEZ ENTRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y
LA CRÍTICA DEL DERECHO 185**
Modesto Saavedra

DOG MÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA SOCIAL: BREVE APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN 217
Alejandro Sahuí Maldonado

FIGURAS DO MARXISMO WEBERIANO 225
Michaël Lowy

ANÁLISES

EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR 237
Eugenia Revilla Esteve

DIRETOS HUMANOS

LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO 265
Isabel Victoria Lucena Cid

LA CIUDADANIA GLOBAL: APUNTES SOBRE EL DESAFÍO COSMOPOLITA 279
Alfonso de Julios-Campuzano

**Crítica Jurídica nº 21, impresso no Brasil por
Gráfica e Editora Linarth Ltda.**

**Papel Off-set 75 gramas para o miolo e
Supremo 240 gramas para a capa.
Peso aproximado por exemplar 425 gramas.
Formato 215mm x 160mm com 298 páginas.
Tiragem de 2000 unidades.**

APRESENTAÇÃO PELA UNIBRASIL

Quemar las naves
Homero Aridjis, México. 1940

Quemar las naves
para que no nos sigan
las sobras viejas
por la tierra nueva
para que los que van conmigo
no piensen que es posible
volver a ser lo que eran
en el país perdido
para que a la espalda
sólo hallemos el mar
y en frente lo desconocido
para que sobre lo quemado
caminemos sin miedo
en el aquí y ahora

Há pouco mais de seis anos tomava contornos mais definidos o projeto de construção da UNIBRASIL, antigo sonho de professores universitários em Universidades públicas de, sem abandoná-las, construir um espaço público alternativo, não estatal, que propiciasse, além de um ensino superior de qualidade aos alunos, um local de trabalho digno para professores dispostos a dedicar a melhor parte de suas vidas ao ensino e à pesquisa comprometidos com a construção de um mundo mais justo. Em abril de 2000 iniciam-se as aulas do Curso de Direito, o primeiro da UNIBRASIL e, um par de meses depois, guardando coerência com o projeto original, já se consolidava o relançamento desta CRÍTICA JURÍDICA, obra maiúscula de nosso querido OSCAR CORREAS, paradigma de intelectual comprometido com as transformações sociais.

Ao iniciarmos essa empreitada sempre mencionávamos que não haveria caminho de volta pois estávamos – qual conquistadores espanhóis na lendária versão do soneto em epígrafe – queimando os navios para que todos os que nos acompanhavam neste desafio percebessem que nunca mais seríamos os mesmos e que não havia possibilidade de qualquer recuo ao mar(asm) que estávamos deixando *a la espalda*.

Enfrentamos o desconhecido – administrar uma instituição com as características da nossa é bastante mais complexo do que, afortunadamente, supunhamos – e menos de três anos depois nos deparamos com algo bastante sólido: três mil alunos distribuídos em 18 cursos, 140 professores, 120 funcionários, todos construindo aquilo que deixou de ser um projeto biográfico de alguns professores visionários para ser um consolidado projeto coletivo de uma comunidade universitária.

Sob a regência do Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, presidente de nossa mantenedora, caminhamos sem medo sobre as cinzas daquilo que foi queimado para adubar o solo onde, *aquí y ahora*, viceja a UNIBRASIL, já sem nenhum medo de velhas sombras, com o mesmo destemor que sempre caracterizou o mestre Mari, homenageado nesta edição, que mesmo deixando a vida permanece imortal.

Wilson Ramos Filho
UNIBRASIL

PRESENTACIÓN

El número 21 de *CRÍTICA JURÍDICA* se viste de los colores tristes y oscuros de las tardes frías. Nuestra revista toma conciencia de que en adelante faltará un amigo. Enrique Marí, murió inesperadamente. Y quienes le conocieron aún no consiguen superar el propio estupor. El amigo desaparecido pertenecía a ese raro tipo de humanos que consigue ser un gran intelectual, un pensador, un sendero, y, además, querido por todos. La sencillez, tal vez; la bondad, seguro. En tiempos en que ser bondadoso es poco menos que inútil, ser un hombre de bien puede resultar fuera de moda. Sin embargo, cuánto peor sería el mundo sin el concurso de los hombres como el que recordamos aquí.

Buenos amigos nos ayudan a dedicar este número de *CRÍTICA JURÍDICA* a Enrique Marí. Lo conocieron de cerca, lo aprendieron, lo escucharon, lo quisieron. Les agradecemos estar con nosotros en este trance.

Y por lo demás, en este número, otra vez, tenemos nuevos invitados; claro, como siempre, junto a amigos de vieja data, que nada de viejos si de ideas se trata. En particular, damos la bienvenida a los amigos de Venezuela y Puerto Rico, países desde los cuales nunca nos habían acompañado antes. Eran como espacios a llenar del mapa iberoamericano. Pero todavía nos falta en ese punto.

El mundo parece empeorar. Algo que ya nos parecía imposible. Era solamente porque no habíamos tomado plena conciencia de lo que significa la presencia de Bush and Company para un planeta enfermo de violencia y de capitalismo. Comparsas inglesas, españolas, y ¡hasta sirias! El asombro no se nos terminó de caer de la cara, y ya estamos asombrados de nuevo. El siniestro personaje, llegado por la casualidad de unos votos mal contados al timón de la plutocracia más poderosa e infame, todavía nos hará ver cosas, que ni las veredes Sancho.

Tampoco faltan algunas luces. Brasil, el inmenso país de los amigos cuyo apoyo nos permiten estar en pie, ha mostrado algo que hace un par de años sólo aparecía en los sueños bondadosos. Pero, problema intrincado éste, el de Lula. Basta recordar a Allende, y mirar los diarios que comentan a la Venezuela de Chavez, las mentiras de los norteamericanos en Colombia, donde “solo ayudan a erradicar la droga”, para que un temor frío se nos meta entre las contenturas del arribo del PT a Brasilia. Y de otro ex militar que también nos mantiene expectantes en Ecuador. Es algo para pensar. Y sentir. Hay lugar para ambas percepciones. Las pesimistas y las mejores. *CRÍTICA JURÍDICA* se propone atender a estos procesos promisorios y peligrosos. Los amigos de España, con poco para contar de las europeidades, nos ayudarán a mirar los próximos sucesos de los cuales los juristas no podemos menos que estar pendientes.

Adiós querido Marí.

O.C.
Diciembre de 2002

DOSSIER DE HOMENAJE A ENRIQUE MARÍ

Encarar una presentación del *dossier* de homenaje a Enrique Marí es tarea harto complicada. Qué decir de quien fuera un “filósofo comprometido” con su tiempo. Qué decir de quien optó siempre seguir por el camino del desequilibrio. La noción sartreana de *engagement*, como se sabe, puede ser un insumo clave para definir biografías como la que aquí se homenajea. El intelectual que, al tomar conciencia de su pertenencia al contexto, renuncia a ser un misero espectador de la realidad y vuelca su pensamiento o su arte al servicio de una transformación significativa de las condiciones de existencia de su pueblo. Creando una sociedad superior a la existente, en eso se encontraba Enrique.

Pablo R. Perel
Buenos Aires, otoño 2002

Índice:

El valor cognoscitivo de la ‘imaginación fantástica’: las tesis del romanticismo realista de David Novitz y Nelson Goodman*
Enrique E. Marí

Desaparición y atención
Claudio Martyniuk

Homenaje a Enrique E. Marí
Roberto Bergalli

In memoriam
Alicia E. C. Ruiz

El maestro inaudible. Recuerdo de Enrique Marí
Carlos Herrera

Semblanza de Enrique Marí: Intelectual y artista de la palabra
Eduardo S. Barcesat

* Publicado originalmente en *DEBATS Revista trimestral editada por la Institució Alfons el Magnànim*, Núm. 74: otoño 2001

La riqueza humana como criterio de valor
Joaquín Herrera Flores

La Violencia, El Orden Social Y El Control Social Penal
Juan S. Pegoraro

Ciencia y técnica: ¿dos caras de la misma medalla?
Axel Omar Eljatib

Enrique Marí, primavera de 1993
Eros Roberto Grau

Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito ou “La búsqueda del banquete perdido”, Como diría Enrique Marí
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Tristeza de las generaciones sin maestro
Claudio Martyniuk

EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA': LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN*

Enrique E. Mari

I Las Ficciones en el Campo de la Literatura

La primera sensación que se suscita en cualquiera ocasión en que se habla de "Ficciones", es la de encontrarnos envueltos en una atmósfera de misterio. En un universo en que lo primario es el sabor y el gusto de y por las palabras, sobre todo si se trata del universo de las ficciones en los relatos y narraciones literarias. Aquí, las palabras parecen haber quedado libres de la fuerte fiscalización de lo teórico y conceptual. Espacio-ímag, poblado de imágenes y de imaginación, zona en la cual se han descomprimido fuertemente las tensiones hacia lo veritativo, al par que ha aumentado radicalmente la expresión de lo simbólico, lo figurado y lo alusivo.

No el conocimiento, sino la sensibilidad es lo interpelado en este espacio-ímag, un espacio de lenguaje figurado, de sentidos alegóricos donde las metáforas no entran sino para embellecer y no para explicar, aclarar o describir, porque lo que esperamos de este mundo es no sólo lo que nos recuerdan los cuentos, y las novelas sino los poemas con sus lenguajes de sueños, de profecías y memorias. Como nos recuerda Hume en *Tratado de la Naturaleza Humana*, en esta esfera de referencia la imaginación es libre para cambiar y transponer las ideas en la manera en que le place: "Las fábulas que encontramos en los poemas y las novelas la ubican fuera de toda discusión. La naturaleza está aquí completamente desordenada, no se mencionan más que caballos alados, dragones de fuego y gigantes monstruosos".

Hume, y sobre todo Kant, tienen palabras duras contra esta imaginación, que recibe el nombre de "fanciful imagination", imaginación fantástica. Una imaginación que Kant define en *Antropología* como fantasía, espacialmente incontrolada que corre en desorden o pesadillas (Alpdrücken) la que sólo puede ser dominada en la composición artística, pero que, controlada o incontrolada, no puede cumplir las funciones epistémicas de la imaginación constructiva o creativa, en su propio lenguaje.

Para la pluma de Goethe en *Fausto*, lo sabemos, esta función epistémica, en cambio, la del mundo del saber, se contrasta abiertamente con la imaginación fantástica. El mundo del saber es una cárcel, un húmedo y maldito agujero donde hasta la querida luz del cielo se enturbia a su paso por los cristales pintados. Montón de libros raídos

* Este trabajo se incluye en el *dossier* de homenaje por la generosidad de Silvina Marí y Claudio Eduardo Martyniuk. La Secretaría de Redacción de *Crítica Jurídica* en Buenos Aires, les agradece muy especialmente.

22 **EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN'**

por los gusanos, cubiertos de polvo, "que se apilan hasta alcanzar las altas bóvedas del techo donde se encuentra rodeado de papeles ennegrecidos por el humo, por frascos e instrumentos mohosos, mísera herencia de sus antepasados."

La fantasía, empero, de la imaginación fantástica corre en atrevido vuelo esperanzada hacia la eternidad, pero pronto se conforma con un espacio reducido. Diariamente se nos ofrece con una máscara distinta, en forma de casa o palacio, de mujer o de niño, con la apariencia de fuego, de agua, de puñal o de veneno. "¿Y acaso no es polvo también esta alta pared con cien estantes que parecen ahogarme? ¿Acaso no son polvo todos libros y cachivaches que amenazan asfixiarme en su mundo de polilla? ¿Aquí debo encontrar lo que me falta? ¿Tengo que leer miles de libros para aprender que la humanidad en todas partes se atormenta y que sólo unos pocos han logrado ser felices? ¿Por qué te ríes de mí, cráneo desnudo?"

Inscriptas en estos círculos, las ficciones conforman un mundo de sinécdoques y metonimias. Tratados de tropos y no de inteligibilidad. En este mundo las palabras sufren torsiones y retorsiones; su sentido esencial es básicamente traslaticio. No actúan como arpones rígidos que a la Kripke, aten causalmente sus significados a sus referentes del mundo empírico. Por el contrario, las palabras se encuentran desatadas. Con este desenlace, con este crepitar de las palabras, el mundo se hace rutilante como un gran telón donde no nos es dado identificar - en imágenes y relatos - ni condensación, ni centralización. Telón, éste, en que las palabras alumbran, no en el sentido de arrojar luz para separar y discriminar lo verdadero y lo falso, sino en el sentido en que alumbrar es deslumbrar. El vínculo entre cada palabra y su referente presenta siempre una luz propia, la de la llama del estilo, no la de la verdad. El nexa que va de las palabras a las cosas está en un círculo de resplandores. Son estos resplandores los que dejan ver el carácter errátil, vagabundo y traslaticio de las palabras, y evitan la pérdida de sonoridad y el desgaste de la función expresiva de los relatos y las narraciones.

En una palabra, la primera sensación que despierta el hablar de ficciones, en el marco de la fanciful imagination, es la de encontrarnos en la tierra de la literatura, la poesía y el arte. Es decir, exactamente allí donde el conocimiento, lo científico y lo gnoseológico, han cedido su paso al sentimiento, a la inagotable capacidad de las palabras de seducir. Encontramos en este punto de la seducción lo esencial del mundo de las ficciones. Al menos en esta primera sensación que tenemos de ellas. En este mundo nos convocan las palabras que suscitan sueños, las imágenes que evocan más que informan, mundo en que la función analítica de la semántica, el potencial explicativo e informativo de las proposiciones no tienen interés primario. Los reemplaza el poder de las ficciones de cosechar signos, de acumular voces. En este universo, una nube, un color, un nombre, una campana, son algo más que nube y color, nombre y campana. Son algo más porque forman clima. En el discurso científico, la nube, el color, el nombre, la campana se remiten a sus referentes o, en todo caso, a su campo referencial. Nunca a un clima. A diferencia del discurso cognitivo, la categoría de clima es esencial para comprender la metamorfosis de los elementos que acontece en las ficciones, para inteligir la rotación y el transporte de los significados de esos elementos. El transporte, el desplazamiento que se opera entre los signos, forma parte del modo metonímico necesario para el funcionamiento del clima. Integra, por así decirlo, una peculiar sintaxis del clima. Aquella desreglada, desprovista de reglas de formación fijas o estáticas, lo que impide que una representación dada se auto-intensifique, se coagule y agote aisladamente, dejando incumplida su función narrativa o poética específica, ajena a toda cadena lógica o conceptualmente semantizada de asociaciones. Todo lo cual facilita el paso

libre a otras representaciones, el incremento de la red de sentido del conjunto narrativo. Pero al mismo tiempo que desplazamiento de signos, hay que entender la palabra “transporte” a la manera en que decimos que una persona que ingresa en el mundo de la imaginación fantástica se siente “transportada”, cautiva de vivencias subjetivas. La palabra transporte tiene pues aquí dos valencias: en la primera es desplazamiento de signos, corrimiento de sentido, en la segunda embeleso, encantamiento.

Aquí no sólo los términos estrictos del convencionalismo lingüístico de los que San Agustín llamaba “los mercaderes de la gramática”, sino también los términos de los lógicos como completitud, consistencia, decidibilidad, independencia, quedan descartados. No hay tampoco un juego de reglas de transformación que conformen a través del tiempo la identidad de los objetos nombrados. Ni juego en el que se individualicen conjuntos de enunciados, en un horizonte único de objetividad. No hay descripciones metodológicas garantizando estabilidad en el tiempo. No hay grillas, ni reticulados, ni encadenamientos lineales. Lo que hay es dispersión de objetos, intersticios que los ponen a distancia conforme a la libre imaginación. Si existen reglas no tienen resonancias de unidad, sino de dispersión, de distancias líricas, suspensoras de permanencias, amantes de rupturas y no de series cuantitativas o de prácticas codificadas en recetas. Lo que hay es un juego incoordinado de relevo de los objetos y las expresiones que, al aludirlos, los eluden al mismo tiempo. Un juego que, si a algo juega, es a la manera en que se implican o excluyen.

Como dice Paul Zumthor en *La lettre et la voix*: el mensaje de la ficción se construye con señales que marcan un decalage que atraen la mirada sobre un deslizamiento que se dibuja entre espejos prolongándolo al infinito. “Este deslizamiento, es la ficción o, más bien, la ficción es este estado del lenguaje, este modo fluente de existencia. Ella configura la palabra de Adán nombrando las criaturas pero jamás termina de hacerlo y, en los nombres que impone, siempre falta una letra, un sonido, una prueba de identidad asegurada”. Las ficciones parecen ser, en resumen, la obra de un lenguaje peregrino, de comunicaciones diferidas y polivalencias engendradas.”

Sin embargo, es bueno observar, a partir de este momento, que esta “primera” sensación que ofrecen las ficciones en su universo natural y propio, el de la literatura, el de la fanciful imagination, no se mantiene en toda su intangibilidad, no bien se comienzan a delinear diversos modelos narrativos que surgen de la obra escrita de algunos autores en su doble actividad de novelistas e incluso de críticos literarios.

En lo que sigue, habremos de escoger dos modelos alternativos, opuestos casi radicalmente para ver en qué grado y con qué sentido esta primera sensación que nos brinda las ficciones de encontrarnos en un delicioso, pero no menos etéreo mundo desatado de la verdad y de lo cognoscitivo, no se sostiene sin modificaciones. El análisis de estas modificaciones nos permitirá profundizar, en un primer paso, el punto más central de la teoría de las ficciones: la relación entre la verdad y la ficción, poniéndonos en contacto con la estructura del discurso ficcional.

La representación de ellos está dada respectivamente, por las obras de Marcel Proust y Émile Zola. En la primera, el predominio de la estética y la belleza formal en el universo de la ficción parece marcar una distancia con la verdad cognitiva que, sin embargo, no habrá de completarse nunca. En los textos del segundo, el predominio de lo veritativo sobre la belleza formal parece, a su turno, marcar una distancia de signo inverso que, sin embargo, no habrá de completarse tampoco. Veamos sus ideas, acto seguido.

2 Los Modelos de Marcel Proust y Émile Zola

a) Cualquiera de los textos de Proust incluidos en *A la búsqueda del tiempo perdido*, como *Du côté de chez Swann* ponen en evidencia su pasión por la belleza del estilo y el clima. Su pluma alude a este carácter esencial de las ficciones en el contexto narrativo: una hora no es una hora, es un jarrón plétórico de perfumes, de sonidos, de planes y de climas. Portenta et prodigia hay en su propuesta pero no como un remedio a la incredulidad sino para facilitar, en el clima, la súbita irrupción de un milagro. Lugar de trámite de las emociones y evocaciones psicológicas, el milagro consiste en el trastrocamiento, eclipse o desaparición de las estructuras temporales. Por ejemplo en el célebre pasaje de la magdalena, en el que en su conciencia surgen realidades ocurridas mucho tiempo atrás en el interior de una escena familiar, un día de invierno taciturno y triste de Combray y que quedaron borradas en el devenir “como si” esas realidades acaecieran en el presente. Proust, le da su nombre propio: estallido y eclosión de “un minuto libre del tiempo”. Desilusionado por la muerte del Combray de su infancia, el pueblo grisáceo de su niñez, su madre viendo que tenía frío le ofrece beber de té contra su costumbre. “Lo rechacé primero, pero sin saber por qué, cambié de opinión. Ella hizo buscar uno de esos biscochuelos cortos y regordetes llamados Petites Madeleines que parecían haber sido moldeados en la valva acanalada de una coquille de Saint-Jacques. Y en seguida maquinalmente llevé a mis labios una cuchara de té en la que había dejado ablandar un trozo de magdalena. Pero en el mismo instante en el que la garganta mezclada con migas del biscochuelo tocó mi paladar, me estremecí atento a algo extraordinario que pasaba en mí. Un placer delicioso me había invadido, aislado, sin tener la noción de su causa. Él me había devuelto súbitamente las vicisitudes indiferentes de la vida, sus desastres inofensivos, su ilusoria brevedad, de la misma manera en que opera el amor, al llenarme de una esencia preciosa o, más bien, esta esencia no estaba en mí, era yo mismo. Había terminado de sentirme mediocre, contingente, mortal. ¿De dónde podía venir esta potente alegría?... Y de pronto el recuerdo se me hizo presente. Este gusto era el de un pequeño trozo de la magdalena que los domingos por la mañana en Combray (porque este día no salía antes de la hora de la misa) mi tía Leonie me ofrecía después de haberlo empapado en su infusión de té o de tilo, cuando iba a saludarla en su habitación.”

El gusto de la magdalena, no la vista, es el punto en que la impresión sensorial corporal desata el recuerdo. Algo así como si la sensación física arrastrase a la reconstrucción del pasado o, a la inversa, como si el recuerdo del pasado proyectara la construcción futura de la sensación física.

Ahora bien, el hecho de que Proust haya sido un impecable maestro de la técnica formal narrativa, debe atribuirse a sus rupturas cronológicas que constituyen la herramienta básica de su arquitectura estilística; pero esto no implica que toda su apuesta fuese a la belleza formal en detrimento de lo veritativo, dado que su escritura no fija una brecha insalvable entre lo figurativo de su lenguaje y la realidad. Es esto lo que percibió uno de los más cuidadosos lectores de Proust, Roland Barthes, al acordar a su obra un carácter intermedio entre la novela y el ensayo, precisamente a causa de su manejo de los tiempos. Usando una metáfora del mismo Proust le da a su estructura el nombre de rapsódica, “cocida”, indicándonos con ello que la obra se confecciona como un vestido en manos de una costurera: entrecruzamiento de piezas y retazos, arreglos, concordancia. La rige un principio provocativo: la desorganización del tiempo de la cronología, a la manera en que el científico-poeta Gastón Bachelard llamaba “ritmo” a esa forma que tenía por meta desembarazar al alma de las falsas permanencias de las duraciones mal hechas.

Cuando Leo Bersani en *Déguisement du moi et art fragmentaire* expresa que “El carácter siempre provisorio e imperfecto del conocimiento autoriza el empleo teóricamente ilimitado del mundo como terreno de experiencia para sus ficciones”, nos habla por cierto de Proust, pero su enunciado nos coloca frente a una de las propiedades básicas de las ficciones en general. A saber, su capacidad de ampliar teóricamente el terreno de la experiencia ante los límites o el carácter contingente del conocimiento; su virtud de garantizar la continuidad de la relación entre discurso y realidad, cuando los obstáculos o conveniencias de la praxis discursiva, de acuerdo con la disciplina en que nos encontremos requieran esa ampliación. Esta propiedad no se circunscribe, en efecto, al campo de la literatura y el arte, es decir, al hogar natural y espontáneo de las ficciones pues, constituye también un rasgo estructural que aparece en otros discursos como la ciencia y las disciplinas normativas.

Pero qué ocurre, si avanzamos en dirección al modelo alternativo que opusimos al proustiano, a la concepción naturalista de la literatura, con la figura de Émile Zola a la cabeza, en el que, apartado de la belleza, el protoplasma del arte narrativo tendrá un solo líquido: el de la teoría, el discurso cognoscitivo y el método científico. La pretensión de verdad, aquello que Habermas, Apel, Tugendhat y otros filósofos germánicos de nuestros días conocen como *Anspruch der Wahrheit* será la guía única del proceso. Veamos.

b) La palabra conceptual del Zola-crítico-literario no admitirá en la novelística parejas espurias, monstruosos tálamos entre lo que la naturaleza ha separado o arbitrarios divorcios entre los que ella ha unido, sino más bien una suerte de *picture* filosófica-narrativa, con un solo régimen de matrimonios legítimos: el de las palabras reflejando las cosas. Legítimos en el doble sentido de la inserción de estas parejas en el código y su libreta científico-institucionalizada, y en él la sujeción de las palabras y el mundo-creador a descripciones legaliformes de corte positivista.

Tanta confianza tiene el naturalismo y Zola, su codificador en este tipo de correlación, que no pudo dejar de apreciarse en lo dicho cierto eco con resonancias religiosas: lo que la naturaleza ha unido el narrador no lo separe. Claro que estamos aquí ante otro tipo de unión religiosa: la de la ciencia concebida en el siglo XIX.

Emilio Zola es, en rigor, el campeón de la causa naturalista. El que defendió sus tesis con el vigor de un manifiesto político-científico. El que enunció con más convicción los rasgos generales presentes en esta concepción las leyes de la herencia y el milieu; origen biológico, condicionamiento social. Masa de factores externos que determinan causalmente el comportamiento real de los seres humanos y cuyo vínculo lingüístico ideal no lo cubre sino el modelo de la verdad.. Ver en el estudio de las narraciones literarias hechos gobernados por el determinismo físico y documentos humanos sellados por el entorno social, percibir en el vicio y la virtud de los personajes productos químicos como el vitriolo y el azúcar, rastrear en las conductas las leyes fisiológicas y acontecimientos de psicología orgánica, indagar en la historia de las pasiones y en el corazón de los “romans” un entretejido de cálculos, desciframiento y arte de deducción, implantar en el centro mismo de la trama una tensión fluctuante entre *circulus vital* y *circulus social*, he aquí todo lo que se propuso como código de interpretación de las letras en su infatigable tarea de pionero del realismo-naturalista.

Muchas veces quiso ser prudente en cuando al alcance de sus tesis, muchas veces quiso relativizar la inserción del arte novelístico en el universo del saber epistémico; intentó otras no pintar al literato con trozos de igualdad simétrica con el sabio, y hasta se propuso ser escéptico en relación a los resultados que esperaba del

26 EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN

método experimental en el escenario de las letras. En todo caso, su fe en las ideas científico-positivas que estaban en el aire de los tiempos decimonónicos bloqueó el éxito de estas intenciones. Nunca, en todo caso. Renunció a considerar la novela como un texto de aprehensión metodológico, ni cesó de tensionar o hacer oscilar la escritura entre el mecanicismo filosófico y la dialéctica de las relaciones sociales. No propuso contra los novelistas idealistas una literatura tersa, de gestos repartidos en la elegancia de los salones y actos de *savoir-faire*, sino disecando fibra a fibra a la bestia humana extendida desnuda en las baldosas del anfiteatro, con el delantal blanco del anatomista y los ojos desnudos de un Koch, un Ehrlich, un Pasteur, un Esquirol o un Pinel. No redactó sus libros describiendo el sutil silencio de los buenos modales y las "convenances", sino respirando en los hospitales y laboratorios el terreno fétido de la vida, a cuyos salones resplandecientes, pensó, no se puede de arribar sin antes pasar por una larga y espantosa cocina. ¿Puede sorprendernos, entonces, que el colorido con que pintara las taras genéticas y los alcoholes de taberna de muchos de sus personajes de los Rougon-Macquardt se repita a distancia y tiempo, en su misma gama y cromado, bajo otras plumas positivistas, como la de José Ingenieros y la del criminólogo Eusebio Gómez en *La mala vida en Buenos Aires*?

Zola no vislumbra ninguna derrota para sus convicciones en el porvenir. Se permite, en cambio, la siguiente predicción: la evolución científica es la que ayudará al parto del mañana. Si queremos que ese mañana nos pertenezca debemos, como hombres nuevos, transformar la sociedad con la verdad, apoyados en la lógica, el estudio y la posesión de lo real. Aplaudir una retórica, entusiasmarse con el ideal, no son más que bellas emociones nerviosas. Las mujeres lloran cuando escuchan música. Hoy se nos hace necesaria la virilidad de lo verdadero para ser gloriosos, agrega, como lo fuimos en el pasado.

¿Pero qué pasa en Zola con la belleza de la forma? Una de las claves de su respuesta sobre este elemento, transcurre en su juicio sobre Flaubert. Estaba inscripto en la biografía del autor de *Madame Bovary* que al girar la fórmula naturalista a sus manos, lo haría a las de un artista perfecto. Es en esta pluma que la fórmula se temple, se asienta y brilla en el mismo sentido en que lo hace un mármol bello. Se trata de una transformación en el modo de escritura del realismo que, por ese entonces y sin más, se consideraba indiferente e inmune al hecho de escribir bien o mal. Zola lo describe con estas palabras: Flaubert se propuso hablar de la burguesía de provincia con la misma amplitud con que Homero se decidiera a hablar de los héroes griegos para deleite de una generación tras otra. Con la fuerza de Flaubert, se alcanza la forma acabada de las obras de arte que no son pasajeras. Cuando Zola lo examina, habla de la "forma perfecta", "estallido de la forma", "originalidad de la forma". Sin renunciar a la verdad, Zola abre, así, una línea a la belleza. Parafraseando a Kant, lo que Zola intenta decirnos es que en literatura los conceptos sin las intuiciones son vacíos y las intuiciones sin los conceptos ciegos.

Con esta unión entre la ciencia de la observación y la belleza del estilo, Zola cree que los naturalistas están en condiciones de ofrecernos una insuperable investigación sobre la naturaleza, los seres y las cosas.

La ficción es siempre así, aparezca en la novelística o en los textos cognoscitivos: constantemente esquizofrénica. En rigor un ave de dos cabezas, la lírica y la conceptual. Instalada en el campo de la literatura, se cuela siempre en el relato una flecha dirigida a la verdad. Sobre todo si entendemos a ésta como verdad-coherencia. Instalada en el campo de la ciencia, aparece siempre en ella una flecha dirigida a la parábola, la analogía,

la metáfora, despertando los frescos ecos estéticos en que se presaborea el entendimiento. En el caso de Zola sus textos teóricos como *Lettre à la jeuneuse, él célèbre J'accuse -redactado en defensa del capitán Dreyfus, que logró como afirmara Anatole France en su entierro desbaratar la conjuración de todas las fuerzas de la opresión y la violencia para matar en Francia la igualdad social, la idea republicana y el libre pensamiento-* y *La novela experimental*, lo demuestran, pues su búsqueda coincidía con su doble faz de investigador y novelista. Hay en Zola, pues los dos niveles combinados con distinta medida, aunque su proyecto de base consista en aplicar la epistemología positivista y las ideas médicas de Claude Bernard, a la literatura. Así *Le roman expérimental* es el texto más afín con esta meta. Este ensayo tiene el valor de una inflamada proclama. Al leerlo se experimenta la sensación de estar frente a alguien que, con el torso desnudo, canciones de protesta y sumido en el humo de la pólvora, descorriera el telón de una barricada de la Comuna parisina de 1848. Medio siglo más tarde, al escribir el prólogo en Medán, Zola no ignora su tono, cuando le da a este ensayo el nombre exacto que le corresponde: escritos de combate, manifiestos, si se quiere, escritos en el fragor mismo de la idea, sin refinamiento alguno de retórica. Pero si recordamos el famoso ruego de Flaubert en su regreso de Cartago en junio de 1858, su texto con aroma pascaliano y sus palabras inspiradas en un tipo especial de religión, la del arte, (“Venid a mí potencias de la emoción plástica. Resurrección del pasado a mí, a mí. Hay que hacerlo a través de los Bello, vivo y verdadero, aún. Piedad para mí voluntad, Dios de las almas, dame la fuerza y la esperanza”) percibimos que lo que hace es reconocer que la auténtica belleza no puede nacer más que de una exigencia de verdad y que es la vida la que sostiene hasta el extremo lo indispensable esperanza (Richard). Pero en las antípodas de este lenguaje místico-religioso, Zola no dijo otra cosa sobre la reunión de las dos características: belleza y conocimiento.

En cuanto a Proust, ya lo sabemos: su combate literario contra la muerte es la forma de su combate por la vida y por el enlace de ésta con la ficción. A contramano de Flaubert y Mallarmé procura en *La Recherche* un universo abierto en el que la creación literaria reabsorba la continuidad de la experiencia cotidiana. Mientras que en éstos la tarea de la ficción es de absoluta distancia con la existencia personal, en Proust hay una absoluta confusión entre los minutos de su vida y las páginas de su libro. En esta confusión se cobija en la belleza el valor de la verdad.

¿Puede sorprendernos entonces que sus sombras se cruzaran con motivo precisamente del affaire Dreyfus en Jean Santeuil, texto autobiográfico de Proust, en el que asume la defensa de Zola con motivo de la revisión del caso del capitán degradado y prisionero en la Isla del Diablo?. En este texto no aparecen los personajes de *La Recherche* (Odette, Swann, Charlus, Norpois, Vinteuil). Pero preexisten y en esta preexistencia se revela en la escritura lo que ya Proust sabía por instinto: que la verdad sólo habrá de comenzar cuando el artista tome dos cosas diferentes, plantee sus relaciones y las encierre en los anillos necesarios de un buen estilo. Cubrir la verdad con la belleza, ha aquí la tarea esencial que el joven Proust asume y que imprime su sello incluso a la quinta parte de su obra donde describe los episodios que Zola, por su parte no había querido, ni hubiera debido construir en su *Carta a la juventud* acusando a militares como el general Boisdeffre, desenlazado de la pasión militante.

3. Las Ficciones en el Campo de la Filosofía y la Crítica Literaria Nacional

Al iniciar ese estudio sobre las ficciones, tomamos como punto de partida el dominio de la literatura y el arte. El hecho de focalizar las ficciones en su terreno propio nos permitió penetrar, en el tramo inicial, en un universo, el de la fanciful imagination, concebido como ajeno a la verdad y remitido a la libre imaginación. Este universo fue caracterizado como el reino del pensamiento libre, por oposición al reino del pensamiento conceptualmente controlado, reino, el primero, en que las relaciones entre las palabras y del mundo parecieran no poder ser encuadradas por ninguna de las propuestas que diversas corrientes de la filosofía elaboradas con el fin de captar teóricamente la articulación de éste y su contrapartida, los estados de cosas (state of affairs). Así, la más influyente de estas concepciones en la teoría del lenguaje, la del *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, para quien el lenguaje es una figura (picture, Abbildung) de la realidad, debiendo darse entre la figura y lo figurado una similitud estructural, no satisface este modelo "inicial" de las ficciones literarias.

Las tesis de la Bildtheorie, suponen una coincidencia entre las formas del lenguaje y la realidad, a fin de obtener proposiciones significativas. Entre realidad (die Wirklichkeit) y mundo (die Welt) hay en el *Tractatus* una ecuación. Wittgenstein dice que "El mundo (die Welt) es todo lo que es el caso" El mundo está determinado por los hechos. La totalidad de los hechos determina lo que el caso es y todo lo que el caso no es (T. 1; 1.1; 1.12).

Dos autores, Shwyder y Max Black aclaran algo del modo de existencia de esta realidad-mundo en la que, a pesar de la ecuación entre ambos términos, es posible notar distinciones conceptuales. El primero observa, en efecto: "Nosotros podríamos decir que el mundo es la realidad analizada distributivamente en hechos y que la realidad es el mundo organizado colectivamente en un todo único." Black, por su lado, alude a los aspectos empíricos y formales que acaecen en el mundo, dejando constancia de estas dos dimensiones que deben tenerse en cuenta en el estudio del *Tractatus*. Utilizando la palabra realidad como sinónima de mundo, dice que ella está constituida por lo que sucede de un modo contingente, en tanto que, para los aspectos necesarios del mundo, Wittgenstein usa las etiquetas "espacio lógico", "esencia de la realidad", "lógica del mundo".

Algo muy distinto ocurre en el marco de las ficciones del modelo inicial de este trabajo, en el que la ficción se desconecta de toda verdad, y la realidad o Wirklichkeit es más bien una Scheinwirklichkeit, una realidad aparente o imaginada. Aquí, el vínculo entre el lenguaje y la realidad, no es como en el *Tractatus* una relación interna figurativa del tipo que, según Wittgenstein, se mantiene entre el disco gramofónico, el pensamiento musical, la notación musical y las hondas sonoras. Una ley de proyección que, conforme a regla, proyecte la realidad en el conjunto de las proposiciones, a la manera en que la sinfonía se proyecta en la notación, es indeseada. Lo que el *Tractatus* se piensa como una proyección que permita traducir el lenguaje de la notación musical al lenguaje del disco, está ausente en el peculiar vínculo entre el lenguaje ficticio imaginativo y la realidad.

En este primer modelo de las ficciones, más que reglas de proyección entre uno y otra, lo que aparece son los estratos lingüísticos y extralingüísticos desreglados, carentes de sintonía, puesto que lo que en él se multiplican no son precisamente las expresiones analógicas figurativas sino las emotivas.

Que Wittgenstein sólo se ocupó de las ficciones en el *Tractatus* suspendiéndolas de un hilo y que no brindó a las ficciones una sola de sus reflexiones, puede ser desorientador, más aún perturbador. ¿Pero no habrá querido indicar con ello, al apartarse de un criterio de verdad como el verificacionismo del Círculo de Viena, su deseo de abrir un ancho campo para el arte, el sueño, la estética? Aquél precisamente en el que ingresarían las ficciones por la puerta trasera del un edificio lógico perfecto cuya puerta delantera había cancelado con cerrojo. Someto con esto al lector la perspicaz sugerencia, en este sentido, de Claudio Martyniuk en *Positivismo-lógico, Hermenéutica y Teoría de las Ficciones*. (Biblos, 1994).

Si pasamos, ahora, de Wittgenstein I al Wittgenstein II, es decir, nos desplazamos del *Tractatus a las Investigaciones Filosóficas*, el problema debe analizarse en el interior de los nuevos conceptos de “juegos de lenguaje” (*Sprachspiel*), “formas de vida” (*Lebensform*) y reglas (*Regeln*). El punto central, en cuanto a la verdad lo contiene I.F 24: “¿Dices pues que la conformidad de los hombres decide lo que es verdadero y lo que es falso? Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Esta no es una conformidad de opiniones sino de formas de vida”.

Ahora bien, puesto que la verdad no es un acuerdo de opiniones sino de formas de vida, ¿qué otro papel le quedará reservado, en las *Investigaciones Filosóficas*, a los relatos, a las narraciones?. ¿No les adjudica aquí precisamente Wittgenstein, el terreno que había ocluido en el *Tractatus*? ¿No nos orienta más bien hacia una ley de proyección que enlace el mundo con las proposiciones más allá de su ordenamiento lógico?

Para que la verdad y la ficción cobren expresión en formas de vida distintas, por ejemplo, la vida del científico y la del artista o el hombre de letras, para que se traduzcan en juegos distintos del lenguaje como el del científico racionalista o el del artista bohemio o el hombre de letras de perfil romántico, se tiene que producir un cambio de perspectiva radical en la concepción del lenguaje que va del *Tractatus* a las I.F. La perfección del lenguaje al rotar del isomorfismo lingüístico a “los juegos” tiene que experimentar una metamorfosis profunda. Del lenguaje perfecto y completo pasa a ser incompleto, pierde sus secuencias y surgen las plagas más temidas por la lógica: las fisuras.

Las *Investigaciones Filosóficas* parten, efectivamente, del reconocimiento de que nuestro lenguaje no es completo. Obviamente, ni el simbolismo químico, ni la notación infinitesimal lo completan, pues son suburbios de nuestro lenguaje. Nuestro lenguaje, nos dice Wittgenstein, puede verse como una ciudad, siendo imposible responder con cuantas calles y casas comienza una ciudad a ser ciudad. La metáfora más adecuada permitiría percibirlo como una vieja ciudad, una maraña de callejuelas y plazas, viejas y nuevas, de viejas y nuevas casas con anexos de diversos períodos y barrios nuevos con calles rectas y regulares y con casas uniformes (pasaje 18). Ocurre con las palabras del lenguaje, como con las viejas casas del “barrio que ha cambiado”. Ya no las reconocemos más. No hay terraplén. No hay paredón. Sólo nostalgias por un cambio que podría ser vivenciado por un viejo habitante diciendo: “Mi barrio no es éste, cambió de lugar...” Tampoco los nuevos habitantes pueden vivenciarlo, ni las nuevas generaciones de hablantes. Por eso la Introducción del texto nos invita a atravesarlo en zigzag como un conjunto de bosquejos de paisajes que se han perdido en largos y enmarañados viajes”.

30 EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN'

Cuando decimos "toda palabra del lenguaje designa algo, asevera el pasaje de I.F 13, todavía no se ha dicho absolutamente nada, a menos que expliquemos claramente que distinción deseamos hacer. (Bien pudiera ser que quisiéramos distinguir las palabras del lenguaje de las palabras "sin significado", como las que aparecen en los poemas de Lewis Carroll, o de palabras como "ixuxú" en algunas canciones). Las palabras no se entienden aisladamente, sino en función de su uso en el lenguaje, en cuyo interior hay que encontrar las distinciones debidas.

Ahora bien, la lógica y la poesía ocupan diversas vías en el lenguaje, pero no es que el lenguaje de la ficción carezca de sentido, sea nonsense, no comunicativo, salvo el empleo de la emoción como medio predominante de la fanciful imagination, por oposición al lenguaje de los enunciados científicos. Pero aun en este tipo de ficciones no se pierde todo tipo de comunicatividad, ni todo significado, como parece sugerir Wittgenstein, respecto de Lewis Carroll. Emoción "predominante", no es equivalente a asignificativa, a meaningless. En caso contrario, Wittgenstein se asimilaría a los miembros del Wiener Kreis.

En el punto 22 del texto, cuando habla de Frege, menciona por primera vez la palabra "ficción" para oponerla a otros usos del lenguaje: "...Se tiene todo el derecho de emplear un signo de aserción en oposición a un signo de interrogación; si se quiere distinguir una afirmación de la una ficción o de una suposición..." Y vuelve a hacerlo en punto 307, al referirse al conductismo: ¿No eres tú después de todo un conductista enmascarado? ¿No dices realmente en el fondo, que todo es ficción excepto la conducta humana. Si hablo de ficción, se trata de una ficción gramatical".

Estos juegos de lenguaje o formas de vida, están enumerados en el pasaje 23 y, entre la multiplicidad de ellos aparecen las ficciones. Es este pasaje, en efecto' el que abre el campo para el ingreso de las ficciones, ahora por la puerta delantera y no por la puerta trasera del edificio. Al término de la enumeración, Wittgenstein, afirma: "Es interesante comparar la multiplicidad de herramientas del lenguaje y de sus modos de empleo, la multiplicidad de géneros de palabras y oraciones, con lo que los lógicos han dicha sobre la estructura del lenguaje (Incluyendo al autor del *Tractatus logico-philosophicus*)". Vemos algunos de los casos que, directa o indirectamente, les conciernen "Relatar un suceso; Hacer conjeturas sobre el suceso; Inventar una historia y leerla; Actuar en el teatro; Cantar a coro; Adivinar acertijos; Hacer un chiste, contarlo."

Estos juegos tienen un aire de familia con la ficción. La tesis central de su nueva obra consiste en la heterogeneidad, la diversidad de usos del lenguaje, la multiplicidad, en ella no sólo entre la verdad como una forma de vida, sino también la ficción.

Conviene quizá formular, ahora, una breve comparación del anterior *Tractatus* con uno de los críticos del lenguaje citado en él. Nos referimos a la figura de Fritz Mauthner como se desprende de 4.0031: "Toda la filosofía es crítica del lenguaje (pero no por cierto en el sentido de Mauthner). Es mérito de Russell haber demostrado que la lógica aparente de la proposición no debe ser su forma real". Se comprende, sin esfuerzos, el rechazo de Wittgenstein I de la concepción del lenguaje del autor de *Contribuciones a una Crítica del Lenguaje* de quien no se reconoce en sus obras deudor intelectual, como fuera el caso de Boltzman, Hertz, Schopenhauer, Frege, Russell, Kraus, Loos, Weininger, Spengler y Sraffa. (*Vermischte Bemerkungen*).

Katherine Arens, en su tesis para el doctorado de Standford, *Functionalism and Fin du Siècle. Mauthner's Critique of Language*, sostiene que en todo caso le

tocó a Wittgenstein inmortalizarlo con su cita y Rudolf Haller extrajo la obvia conclusión que esto tuvo como resultado que los intérpretes de Wittgenstein tomaran al menos conocimiento de este “genial diletante”. Despertó el interés de pocos filósofos como Roy L. Moine, Gershon Weiler, Janik y Toulmin, aunque hombres de letras como Joachim Kühn y Walter Eschenbacher le dedicaron páginas limitadas de algunas de sus secciones.

Mauthner no tomó la avenida del *pithekanthropus erectus* sino, específicamente la del *pithekanthropus scepticus*. Aunque admitió la crítica del lenguaje como sustituto, como Ersatz de la poesía, no es fácil asimilarlo a alguno de los integrantes del romanticismo, miembros o no del Sturm und Drang. Se colocó en el interior de un modo de pensar la relación poesía / lenguaje que, a comienzos del siglo veinte, sufre el impacto y la decepción por el fracaso del naturalismo como revolución literaria y su no-funcionamiento en la lucha por un cambio de la sociedad.

Atribuyó el motivo del fracaso al lenguaje. El lenguaje habría echado a perder la poesía y, paralelamente, se habría estropeado y convertido en inútil para el conocimiento de los hombres, de la realidad y de la verdad. Las ideas de Mauthner y las de la Academia no marchaban por los mismos carriles. El gremio, la corporación, die *Zunft* como lo llamaba irónicamente, lo acusaba de “*feuilletonistisch*”, de columnista de diarios, de autor de folletines, sin training académico riguroso, quien mezclaba la redacción de seudonovelas históricas con las obras de Darwin, la física de Mach y la filosofía de Spinoza, la refutación de la lógica clásica con la criminología penal y con el psicologismo moderno. En suma un entretenedor. Y él, por su lado, les contestaba, por ejemplo en su nota *In Eigner Sache*, reclamando que los académicos sustituyeran el insulto por la lectura de sus obras y, en lo central, comprendieran todo lo primordial y subyacente que escondía su crítica del lenguaje, no menos que gravedad de los problemas a los que esta crítica apuntaba.

Cuando Mauthner escribió en 1923, en Leipzig los tres volúmenes de su *Sprachkritik*, con mucha probabilidad no conoció el *Tractatus*, no siendo la recíproca correcta como lo demuestra la cita del *Tractatus*. Una masa de material crítico del lenguaje emanado de Mauthner había precedido al *Tractatus*. Su último libro escrito en su lecho de enfermo sobre el ateísmo, *Erfahrung und Sprache, Fin de Siècle und kein Ende*. El Lenguaje, *Diccionario de Filosofía, Nuevas Contribuciones a una Crítica del lenguaje*, fueron publicadas antes de la aparición del *Tractatus*. Una vez acreditado este seguro acceso de Wittgenstein a su obra más extensa, queda por examinar la posible repercusión de Mauthner, afirmada muy fuertemente por Gersohn Weiler en *Mauthner' Critique of Language*, en el sentido de que es difícil comprender las *Investigaciones Filosóficas* sin estar familiarizado previamente con la obra de Mauthner. Wittgenstein se apoya en la misma metáfora urbana adoptada por Mauthner en su obra. En *Beiträge I* p. 193. sostiene que el lenguaje de un individuo, de un particular, no es una falsa imagen o un falso cuadro de su pensamiento, sino una falsa imagen de su mundo exterior. agregando: “No entre el lenguaje y el pensamiento hay un puente para tender, sino entre el pensamiento y la realidad. Sólo hay pensamientos y lenguajes individuales. Todo lo otro es abstracción”.

El escepticismo radical de Mauthner se inserta en una cosmovisión que recuerda al Hume más radical. Volver a Hume era su apelación constante, insistiendo que no sólo el lenguaje es abstracto, sino también la filosofía. No hay ninguna filosofía sino filosofías., No hay lógica sino lógicas. Allí donde no hay lógica del lenguaje, ha perdido el álgebra de la lógica su derecho. Este relativismo tan radical vició la totalidad

32 EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN

de su obra y lo condujo a una gran tristeza: si todas las cosas son relativas no hay lugar para juzgar nada de lo que ha sido escrito. Los Beiträge arguyeron fuertemente contra la “gramática filosófica”, que trata de reducir todos los lenguajes a una misma fuente y se percibe como el colapso de la persecución del lenguaje perfecto del Círculo de Viena. Pero como los miembros del Círculo, Mauthner no dejó de plantear la falta de significado de muchas palabras de nuestro lenguaje, como la palabra “Dios” o las agrupadas en la jerga hegeliana.

Relativismo cultural, escepticismo epistemológico, o reduccionismo psicológico, lo esencial de su concepción lo coloca muy lejos del modelo de Wittgenstein del Tractatus y lo aproxima muy fuertemente –sin igualarlo– al modelo de las ficciones de pura imaginación, por el peso que asigna al lenguaje poético y las metáforas. La negación de la verdad cognoscitiva pone en evidencia, precisamente su approach al concepto de fanciful imagination y el sentido de su estructuración de un modelo opuesto al científico, objetivo y experiencial.

En Mauthner nada hay más apartado que las ficciones imaginativas de una idea figurativa o fotográfica del lenguaje. Los tonos del lenguaje, estima, en este tipo de ficciones, no responden a mecánicas fotográficas ni a una organización planificada. De ahí que expresara: “Nunca podrá ser el lenguaje fotografía del mundo, porque el cerebro del hombre no es una cámara oscura verdadera” Hay fines en él, hay razones de utilidad o - como lo viéramos - se ha constituido según reclamos de poesía, de relatos artísticos o de relatos reales libres de constricciones cognitivo-intelectuales.

3.1 El trato de las ficciones de la literatura nacional

Es bueno de destacar, en este campo, una obra breve pero muy penetrante de Juan José Saer, *El concepto de ficción*, que se coloca en la misma línea denegatoria de la ficción-imaginación concebida en forma absoluta, o sea, concebida como un lenguaje peregrino, desconectada de todo vínculo con lo cognoscitiva que se adjudica a la verdad.

Saer trabaja con el género de las biografías, cuya primera exigencia, la veracidad, atributo pretendidamente científico “no es otra cosa que el supuesto retórico de un género literario, no menos convencional que las tres unidades de la tragedia clásica o el desenmascaramiento del asesino en las últimas páginas de la novela policial”. En cuanto a la non-fiction, la exclusión de la ficción no es de por sí garantía de veracidad, pues aunque la intención fuera sincera y los hechos narrados con rigurosa exactitud, se mantiene el obstáculo de las fuentes, de los criterios interpretativos y de las “turbulencias de sentido” propias a toda construcción verbal. “Turbulencias de sentido” “masa fangosa” de lo empírico, son las expresiones usadas por Saer para dar cuenta, con acierto, de ese plano en que la verdad y la ficción, se intersecan. Si esto es así en el marco de las ficciones, también lo es en el marco de la verdad, ya que “la verdad no es necesariamente, lo contrario de la ficción”, y cuando optamos por esta última, no nos guía el propósito de tergiversar la verdad.

El ideal de un lenguaje perspicuo o transparente queda, pues, bloqueado por las turbulencias de sentido, por la masa fangosa de lo empírico y lo imaginario, pero no hay que entender este bloqueo como el disvalor de lo mixto y lo promiscuo. Saer no habla de bloqueo en ese sentido. Lo que nos quiere decir más bien, es que no existen campos puros de verdad y de ficción, como lo sería un campo sembrado con semillas

cognitivas y un campo sembrado con semillas de “boundless freedom imagination”. No hay un paraíso de la verdad sin su fruto prohibido: la ficción. Ni un paraíso de la fanciful imagination, sin el episodio de la caída en el fruto prohibido: el control veritativo. Y esto equivale a decir que no existe un lenguaje absolutamente transparente, ni para la verdad, ni para la ficción.

En una entrevista de *Tiempo Argentino* del 14.4.84, también Ricardo Piglia considera a la crítica como el lugar típico en que se produce ese entrecruzamiento de discursos. Piglia, es de observar, atribuye al crítico estar, a la manera de un mal jinete a caballo de la verdad y la ficción, pero no deja de asignar esta posición intermedia al autor, ya que las relaciones de la literatura con la historia y la realidad son siempre elípticas y cifradas. Por ejemplo, considera a Roberto Arlt en sus “Aguafuertes”, con estructura de folletín y a sus novelas que exceden los límites de las convenciones literarias y los lugares comunes ideológicos como demasiado excéntricos para los esquemas del realismo y demasiado realistas para los cánones del esteticismo. La ficción se transforma, se metamorfosea, y a menudo se confunde con la realidad: la estafa, el fraude, la falsificación, la delación, todas formas que tiene el poder, producen efectos. En Arlt hay un bovarismo muy fuerte. Asier no sólo lee los folletines bandolerescos, sino que trata de vivirlos. “Balder en ‘El Amor Brujo’ está marcado por las novelas sentimentales, es una especie de *Madame Bovary* tanguero. Ergueta lee la Biblia y empieza a actuarla. Pero la clave es Erdosian: de hecho él asesina a la bizca para repetir un relato que leyó en un diario. Y esta relación entre el crimen leído y el crimen real está señalada en un modo directo por el narrador”. Los personajes de Arlt son adictos a la ficción. La sociedad está trabajada por la ficción, se sienta en ella.

La literatura siempre trabaja con lo real, el problema es que la versión realista no es la única representación que se puede concebir. Os textos de Borges producen una reacción paranoica, ya que suscitan un mensaje que siempre se está escapando y promueve el delirio de su desciframiento. El vínculo entre la ficción y la realidad, es la tesis de Piglia, no es un vínculo que deba estar ocupado en todo el escenario por la verdad y la historia.

Nicolás Rosa, otro crítico relevante, tampoco acepta que se hable exclusivamente de referencialidad histórica. La serie de axiomas que el mismo Borges establece en el *Tema del traidor y del héroe*, así lo hace notar: “Que la historia hubiese copiado a la historia ya era suficientemente pasmoso; que la historia copie a la literatura es inconcebible”. Rosa entiende que la ficción es el condimento necesario con que se organiza todo discurso, no sólo el literario. ¿Comprende esta extensión al discurso de conocimiento? Rosa no lo dice expresamente pero en su decir, anticipa las tesis de Goodman y David Novitz, que habrán de cerrar nuestro artículo.

Noé Jitrik en *Historia e Imaginación literaria*, (Biblos. Buenos Aires, 1996), expresa que la novela ocupa el lugar del oximorón (algo así como “helado-calor”) que se construye con elementos opuestos: la novela, adjudicada habitualmente al orden de la invención, y la historia remitida al orden de los hechos. Para Jitrik esta idea no es equivalente a invención, no es eterna, es un producto de condiciones históricas determinadas. En rigor, un sistema de procedimientos por el que se da forma precisa al concepto de verosimilitud. No está ni en Cervantes, ni en Góngora, atañe a la novela. Esto explica que haya aparecido la expresión: “novela histórica”, definida de este modo: un acuerdo entre la “verdad” que estaría del lado de la historia, y la “mentira” que estaría del lado de la ficción. Acuerdo que, en tanto no perfecto, es violado de continuo, ya que implica siempre dos órdenes, o sea dos dimensiones propias del lenguaje, o de

34 **EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN**

palabras entendidas como relaciones de apropiación del mundo. Con esta fórmula se rompen los límites semánticos de cada término. Cuando precisamente los sociólogos dicen que la novela enseña más sobre la realidad que un análisis científico, a lo que aluden es a esto: a que la mentira irradia o construye más verdad que lo que era entendido como tal, o sea, como correspondencia entre aparatos intelectuales y cosas.

Como acabamos de ver no se puede adjudicar a los autores de la literatura y la crítica literaria nacional ninguna posición que los asimile al romanticismo y tradicional, que concibe la fanciful imagination como desatada de todo ligamen con el conocimiento, posición ésta que considera como lo fundamental del lenguaje su carácter poético, en la misma forma de Mauthner. Esta posición es más cercana al movimiento del *Sturm und Drang*, a la que habrá de oponerse otra forma de romanticismo. El que un importante autor del área anglosajona, David Novitz llama romanticismo realista, autor que toma la fanciful imagination, la despoja de su carácter abiertamente libre, sin control y sienta una nueva posición dentro del romanticismo, posición que disfruta del aire de la familia de las ideas de Nelson Goodman que examinaremos acto seguido.

4 Nelson Goodman y David Novitz. El Realismo Romántico

Entre algunas de las obra más relevantes Nelson Goodman produjo su texto *Languages of Art. An approach to the theory of symbols*. Se trata de un libro de difícil estructura, con vocabulario técnico de filosofía analítica, que intenta constituirse en una teoría de los símbolos. Símbolo, nos aclara, es usado en el texto como un término muy general, incoloro y cubriendo cartas, palabras, diagramas, mapas, pero no transporta ninguna implicación de lo oblicuo o de lo oscuro. Su estudio va más allá del arte, se ubica en cuestiones pertenecientes a la ciencia la tecnología, la percepción y la práctica. Aunque el punto de partida es el arte, su objetivo es ver como esta teoría general de los símbolos actúa de cobertura de los rasgos comunes que la ciencia-cognitiva, tiene con las artes, la literatura, la poesía, de las que percibe sus ganglios cognoscitivos. El ser estético incluye el ser satisfactorio, mientras que la meta científica incluye el conocimiento. La pregunta de Goodman es: ¿resulta posible separar el conocimiento de la satisfacción? Para Goodman no lo es; satisfacción y conocimiento reclaman un precario equilibrio. Nuestro autor no puede percibir que los tenues, idiosincráticos y efímeros estados de la mente puedan marcar alguna diferencia significativa entre lo estético y el científico. El arte se convierte no sólo en un paliativo, sino en una terapéutica, al proveer tanto un sustituto de la buena realidad como una salvaguardia contra la mala realidad. Goodman emplea esta excelente metáfora para señalar estas características: "Theatres and museums function as adjuncts to Departments of Public Health".

Por el modo de razonar de nuestro autor, guarda coordinación no sólo con Isaiah Berlin en *Las raíces del romanticismo*, a saber, al rechazo de una verdad objetiva, la resistencia a aceptar verdades absolutas y universales, sin también con las posiciones de Martha Nussbaum en *Justicia Poética* quien extrae de la perdurable obra de Charles Dickens *Tiempos difíciles*, el siguiente pasaje:

" -Bitzer -dijo el señor Gradgrin, abatido y miserablemente sumiso- ¿No tienes corazón?. La circulación, señor mío -replicó Bitzer, sonriendo ante la extravagancia de esa pregunta- no podría llevarse a cabo sin un corazón. Ningún hombre que conozca los datos acopiados por Harvey acerca de la circulación sanguínea puede dudar que yo posea un corazón.

- ¿Está abierto a alguna influencia compasiva?, exclamó el señor Gradgrin.
Está abierto a la Razón, señor mío –respondió este excelente joven-. Y nada más”.

Los lectores de la literatura, de las novelas, los espectadores de obras dramáticas, observa Nussbaum, encuentran un camino hacia la emoción, la congoja, la piedad, la cólera, el amor apasionado, porque las emociones son inherentes a las obras literarias. Y esto no deja de estar presente entre los mismos utilitaristas, sino incluso en la práctica judicial. Nussbaum reproduce una información de Stephen Breyer dirigida al comité judicial del Senado en las audiencias para su nominación para la Corte Suprema de los Estados Unidos, que sintetiza su opinión sobre las emociones, su valor cognitivo y el papel de la literatura, en este campo: “Hace poco leí algo que me conmovió. Estaba leyendo a Chesterton, y él hablaba de una de las obras de Carlota Brontë, creo que era Jane Eyre. Chesterton dice que uno va y mira la ciudad - creo que se refería a Londres - y que entonces uno ve todas esas casas, aun a fines del siglo diecinueve, y todas parecen haber sido iguales. Pero, comenta, Carlota Brontë nos dice que no todas eran iguales. Cada una de las personas de cada una de esas casas y de cada una de esas familias, es diferente, cada cual tiene una historia que contar. Cada una de esas historias dice algo sobre la pasión humana. Cada una de esas historias habla de un hombre, una mujer, hijos, familias, trabajos, vidas, y el libro nos trasmite eso. Así que la literatura a menudo me ha resultado muy útil para bajar de la torre”.

Por su parte David Novitz produjo el libro *Knowledge, Fiction & Imagination*, que es una de las más destacadas obras sobre la puesta en relación de la imaginación fantástica con el conocimiento. Veamos sus características.

4.1 David Novitz y el romanticismo realista. El carácter cognoscitivo de las ficciones

Novitz comienza su obra, examinando las vivencias que llamamos al comienzo de nuestro artículo, “iniciales” propias del campo supuestamente no cognoscitivo de la literatura y las obras dramáticas del teatro, entre otros elementos pertenecientes a la estética. Día a día son miradas como un tipo de entretenimiento, como una fuente de solaz, no con empatía en orden a aprender algo, sino más bien como un pasatiempo estimulante y placentero. Cualesquiera que fueren los mensajes que estas obras nos transmiten, sabemos que no hay que tomarlas en serio, que no hay que pensarlas como la verdad literal del mundo en que vivimos. Así ubicamos a la ficción como el resultado de algo febril, propio de una imaginación fantástica, y la fantasía, la quimera, se nos ha informado más de una vez, por seductora que fueren, tienden a extraviar, a engañar, más que a informar. Para informarnos, para comprender el mundo, para explicarlo o predecirlo, tenemos que dirigirnos a la ciencia empírica y no a la literatura.

Todos lo sabemos. La modernidad no sólo cambió las estructuras económicas del mundo medieval sino que desplazó el oscurantismo de ese largo período histórico, colocando a la cabeza del nuevo sistema el racionalismo, el imperio de la razón fundada en el conocimiento y éste enraizado en la ciencia, ofreciendo todo el edificio, como garantía el concepto de Verdad. ¿Y qué fue ese oscurantismo sino el predominio hegemónico de la religión, subordinando a la ciencia y la filosofía bajo su forma metafísica, como lo enseñaran, entre otros, Francis Bacon, el autor del método científico y, más tarde el positivismo de Saint Simon, Augusto Comte y el positivismo-lógico del Círculo de Viena.

36 EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN

En el mundo del medioevo encantado, había mausoleos y monumentos. Capiteles, ojivas al cielo, arbotantes, coros, portales. Monumentos, monasterios, torres y claustros de la Europa cristiana. En cada aurora, por los vitrales rojos, azules y verdes de Chartres y Burdeos, Santiago y Colonia, entraba la luz que disipaba las tinieblas y el maleficium. Era palabra de Dios sobre lo diabólico, victoria de lo eterno, de lo virtuoso y lo justo, sobre el soplo de lo fugaz, lo pasajero y la muerte. En esta arquitectónica del Verbo, los fieles construían sus emociones, tramitaban su fe.

Hubo un momento, empero, en que la relación encantada entre lo mundano-visible y lo divino-invisible se desató por razones de principio económico-estructural.

Esta caída de la religión, en el caso de occidente la religión cristiana declarada religión oficial por el Emperador Constantino no significó, buen es aclararlo, la pérdida del espíritu y la fe de los hombres que, como antaño, continuaron depositando en los templos y las iglesias sus emociones. Lo que significó, en cambio, fue la pérdida del control y el dominio de la Iglesia ejercido sobre la ciencia. Libre la ciencia de este cautiverio, el Aufklärung estuvo en condiciones de arrojar luz sobre una sociedad racional. La ciencia se hizo todo poderosa, con sus prodigios multiplicó sus prestigios e incrementó inmensamente su autoridad sobre nuestras vidas, pero generó un subproducto en parte pensado y en parte impensado” la relegación de la literatura al estado de un simple entretenimiento.

Desde luego el movimiento romántico, compuesto por escritores poetas, artistas y literatos, tuvo la sensación de estar sometido a un corsé, dada la inundación hegemónica de todos los niveles por lo científico, y protestó vigorosamente contra este punto de vista, sin mucho éxito. Como dice Isaiah Berlin en *Las raíces del romanticismo*, planteó la importancia opuesta del flujo de la vida en la interminable creatividad propia, lo finito como símbolo del impulso infinito que nunca se puede lograr, convocante de las palabras para que “dancen ululando sobre las ideas. De Byron a Goethe, de Shakespeare a Milton, Walter Scott, List y Gerard de Nerval, de G. Hamann el Mago del Norte a Johann G. Herder, todos forman parte de este movimiento, aunque no existe un movimiento romántico único. Berlin habla de los románticos moderados y los románticos desesperados.

¿Cuál es la posición de Novitz, al respecto?. Como lo adelantamos: reivindicar el realismo mediante una alternativa del romanticismo que llama “romanticismo realista”. ¿A través de qué medios?. Indagando por un realismo romántico que nos permita el conocimiento de la existencia de un mundo independiente, fuera de las distintas posiciones del idealismo, el textualismo, el pragmatismo y el relativismo conceptual. Para ello tomará en préstamo de lo mejor del romanticismo la idea de que la imaginación fantástica juega un papel crucial en la adquisición y desarrolla del conocimiento empírico, lo que tiene profundas consecuencias para cualquier teoría del contenido cognoscitivo de las obras de arte y la literatura.

Combinar el romanticismo con el realismo filosófico, poner de costado una serie de posiciones filosóficas de larga tradición. Exige una tarea no precisamente periférica, exige incluir problemas como el valor de las metáforas, el crecimiento del conocimiento, los problemas de la interpretación, el aparato de las ficciones y su distinción de la verdad, la mentira o la falsedad, el peso de las emociones en la cultura, un estudio coherente de la imaginación y sus poderes, el estatuto de las imágenes y otras de este tipo. Incluso muchos de esos conceptos son polimorfos pues corresponden a diferentes actividades, lo que obliga a Novitz a apartarse de vocabularios, es decir de filosofías tradicionalmente aceptadas, y generar nuevas instancias. Por ejemplo, con

respecto a la facultad de imaginar y sus diferentes actividades que cuentan como tal. El testigo mentiroso, el inventor que planifica una nueva máquina, el elaborador de una novela, el niño que juega con los ositos y cualquier filósofo, pongamos por caso a nuestro conocido Berlin tratando de indagar al romanticismo, ejercen sus imaginaciones. Pero también lo hacen el juez escuchando las mentiras del testigo, el profesional que da su opinión sobre un nuevo invento, el lector de una novela, la maestra que amonesta a sus alumnos, los padres que reprenden a sus hijos por sus bochinchas inesperadas, el crítico dramaturgo y los asistentes al teatro.

Aunque el propósito del libro es contribuir al debate de la teoría romántica, lo hace sólo en orden a proporcionar un marco en el interior del cual se pueda estructurar su tesis central”, a saber: no se trata solamente que nuestras ficciones literarias “influyen” en nuestras creencias y valores sino que, asimismo, proporcionan conocimiento e inteligibilidad respecto del mundo en que vivimos. Nos permiten ver las cosas de una manera diferente, en pensar en forma renovada y reconceptualizar y, al hacerlo, nos hace sensibles, perceptibles a aspectos del medio que nos rodea, a los que antes fuimos previamente ciegos. De modo tal que la creatividad de la “fanciful imagination” de los autores, los poetas y los escritores, debe ser vista como cognoscitivamente valiosa, una tesis que encuentra sus raíces y apoyos en una teoría romántica del conocimiento.

La pregunta de arranque de Novitz es pues ¿cómo construir y cómo entender los eventos y los objetos de nuestro entorno, de nuestro medio ambiente?. Para Novitz sólo es posible hacerlo, como vimos, reconociendo el papel que la imaginación fantástica juega en la adquisición y crecimiento de nuestro conocimiento. Nuestra habilidad para combinar imágenes o entidades a voluntad, va de la mano con nuestra capacidad de tomar sentido el mundo que nos rodea. A partir de este punto de vista la “imaginación fantástica”, o sea nuestra habilidad para forjar fantasías, ¿es necesaria para el conocimiento empírico?

Si así fuera esto, debe afectar radicalmente nuestras creencias acerca de la literatura de las ficciones, de los juegos de hacer-crear, de las fantasías de los niños, e incluso de los sueños diarios. En qué situación queda, entonces, la tradicional distinción entre la “imaginación fantástica”, por un lado y, por el otro, la “imaginación constructiva”, es decir, la aceptada por filósofos como Hume y Kant que miraban a ésta como lo crucial de la adquisición del conocimiento, y a la imaginación fantástica como hostil al mismo. Tales dudas nos llevarían a examinar el papel que la filosofía occidental concedió a la imaginación haciendo entrar la teoría de las Ideas en Platón, el texto *La imaginación* de Jean Paul Sartre, y, entre otras, las obras de Descartes, Malebranche, Hume, Thomas Hobbes y John Locke. Al desembarazarse de esos autores, Novitz traslada su opinión al idealismo romántico de Nietzsche, a las ideas de Richard Rorty, Paul Feyerabend y otros, y se acerca a la ruta de Michael Dummett, aunque las dificultades que encuentra en su apoyo radican en que Dummett tiene tres nociones distintas de realismo.

A partir de aquí Novitz considera que está en condiciones de defender una posición realista en su epistemología romántica. No sólo en el sentido de que hay condiciones de verdad objetivas e independientes para los enunciados empíricos, o en el sentido de que ciertas entidades existen independientemente de nosotros, sino también en el sentido que no compromete sus componentes con el relativismo cognoscitivo. Nos permite explicar cómo llegamos a conocer el mundo que está allí afuera (out there) y cómo podemos con propiedad usar las experiencias de este mundo como una piedra de toque para medir nuestros pronunciamientos.

38 EL VALOR COGNOSCITIVO DE LA 'IMAGINACIÓN FANTÁSTICA':
LAS TESIS DEL ROMANTICISMO REALISTA DE DAVID NOVITZ Y NELSON GOODMAN

Novitz admite que hay una dimensión social en el conocimiento humano estamos socializados y nuestra socialización genera constricciones en nuestros constructos fantásticos, pero esto refuerza nuestra tendencia a asumir que hay un mundo público, y que bajo condiciones ideales, cada uno de nosotros puede percibirlo.

Sólo en nuestros momentos más sofisticados dudamos de la existencia independiente y de la estabilidad del mundo externo, pero en base a nuestras inclinaciones naturales y a nuestras necesidades estas dudas escépticas decaen pronto. Lo que propone es una imaginación fantástica que nos permita captar el hecho de que el mundo tiene que ser descubierto, de que no es el simple producto de nuestra voluntad, de que las imaginaciones constructivas no lo modelan ni tampoco los estados de nuestra mente.

Es por eso que nuestro autor también rechaza aquellas ocasiones en que el pragmatismo de Dewey considera a la verdad como "aserción garantizada (assertability conditions), pues desde que todo lo que puede ser afirmable es falible, sujeto a revisión, la verdad o la falsedad de un enunciado no es más pensada como algo fijo, o establecido sino como un asunto indeciso, flotante, que depende más de nuestras construcciones imaginativas que de cómo el mundo realmente. Aceptar esto es, por cierto, no admitir la opinión que todos nosotros tenemos siempre acceso a algunos estados de cosas objetivos. No hay necesidad de admitir esta nueva versión del antirealismo. Un realista romántico está en condiciones de conceder que nuestra pretensión o demanda sobre la verdad o falsedad de los enunciados empíricos son siempre falibles y abiertos a control y revisión, pero insistir, al mismo tiempo, que el mundo es observable. En su mayor parte las condiciones apropiadas de observación están bien establecidas, pero el realista romántico esto no significa que no sean problemáticas. Porque si algo hemos aprendido de la ciencia es que aquello que consideramos condiciones apropiadas o ideales de observación de un fenómeno específico, puede cambiar con el crecimiento del conocimiento. Esto no significa que estemos constantemente interpretando y reinterpretando tales condiciones, dado que en su mayor parte adquieren estabilidad e ingresan en el campo del conocimiento establecido. Una condición ideal y correcta de observación es la que siempre ha operado y es sobre su pasada evidencia que siempre continuará a obrar.

Desde este momento, Novitz sostiene que el realismo romántico está habilitado para preservar todas las intuiciones que Kant había designado para ser conservadas por el mundo nouménico, insistiendo:

1) que el mundo no nos incumbe en el sentido de nuestro pensamiento (is not up-to-us);

2) que la manera en que a veces tenemos experiencia del mundo (bajo condiciones idiosincráticas anormales o inapropiadas) no necesita revelar el modo en el mundo es;

3) que hay muchos aspectos del mundo no observados, pero muy pocos, si alguno, esencialmente inobservable.

De este modo, permanece algo - un mundo, si queremos - constante y no afectado por nuestros estados cognitivos; algo a lo que podemos siempre tener acceso a través de la experiencia o la observación.

Si la imaginación fantástica, la fanciful imagination, es el hilo con que se teje toda la materia cognoscitiva, el proyecto de Novitz asume cómo generar un modelo que oblitere cualquier tipo de boundless imagination, de una imaginación sin control, una imaginación libre de todo "cancel" veritativo. (y controlado, en cambio, por la verdad

emergente no del realismo metafísico, sino del realismo fantástico). O sea una bisagra entre el mundo de la modernidad y el mundo del romanticismo.

Por lo cual podemos formular las siguientes Observaciones Finales, en resumen de este artículo:

a) Partimos de la sensación inicial de que hablar de las ficciones, era hablar de un universo de lenguajes figurados, de sentidos alegóricos, de metáforas que exaltan la belleza. En este universo no existía ningún enunciado descriptivo, ni proposicional ni cognoscitivo;

b) En una primera etapa, el estudio de autores relevantes como Émile Zola y Marcel Proust, hizo colapsar esta sensación inicial. Ni Zola, ni Flaubert, ni otros autores naturalistas, que asignaban todo el espacio a la verdad cognoscitiva, dejaban de crear en sus obras un clima en que la verdad, sin desaparecer, ya no ocupaba toda la escena, sino que se ponían a la zaga de la belleza. Simétricamente, el autor de *A la búsqueda del tiempo perdido*, no conforma un modelo esteticista puro, no desafecta a lo veritativo de la construcción formal de su universo;

c) En el tramo de la filosofía surgió del pensamiento del segundo Wittgenstein, el de *Las Investigaciones filosóficas*, de Fritz Mauthner, y de algunos críticos nacionales como Noé Jitrik, Nicolás Rosa, Ricardo Piglia y Juan José Saer, la misma doctrina corregida;

d) En la última etapa, llegamos a la conclusión siguiendo las huellas de Nelson Goodman, Isaiah Berlin, Martha Nussbaum y del realismo romántico, que la imaginación fantástica, lejos de estar desafectada de lo cognoscitivo, es el elemento con que se articula el conocimiento, lo cognoscitivo, sin renunciar a la existencia de un mundo realista no inventado sino descubierto, generándose así la cohabitación entre lo literario, el arte y el mundo de la objetividad científica.

DESAPARICIÓN Y ATENCIÓN*

Claudio Martyniuk* *

Nocturno de la Ciudad

Sólo una cultura puede admirar un cuerpo, convertirlo en objeto, descubrirlo cubriéndolo y descubriéndolo. Cuerpo idealizado, divinizado: la enseñanza del gimnasio griego incluía una estética, una técnica para que los jóvenes supieran como alcanzar correctamente la desnudez. Cuerpo torturado, ocultado: la práctica de Esma incluía una técnica para que los jóvenes oficiales supieran correctamente hacer hablar al cuerpo, y después enmudecerlo e invisibilizarlo. Las palabras acaloradas no son metáforas, son expresiones del cuerpo. Y el cuerpo pertenece a la ciudad. Ciudad liberada, a merced de los grupos de tareas. Como en un principio, cuando nomos era partición y división del espacio, se dividieron el territorio los diferentes grupos de tareas: la ciudad fue de Esma. Nomo como gobernante: Cero imperaba. Polis, lugar donde las personas alcanzaban la unidad. Aristóteles supo que una ciudad está compuesta por diferentes clases de hombres; personas similares no pueden crear una ciudad. Buenos Aires, 1976/83, ciudad donde las personas desaparecían, la diferencia era combatida, el pelo largo rapado, ciudad de botas y uniforme.

Toda creencia es un tener-por-verdadero (Nietzsche). Tenerse, mantenerse, atenerse a una verdad, quizás esa experiencia de la creencia difiera de la experiencia de la sacralidad. Sacralidad sin creencia (Heidegger). El desencanto como condición de la santidad, una santidad sin sacralidad (Levinas). Fe y religión; fe o religión. La herencia de la religión en la política: *relegere*, de *legere*, recoger, reunir; religare, de *ligare*, vincular, unir. La etimología no hace la ley, es cierto, pero reunir y unir son tareas de pastoreo. Religión como experiencia performativa, más que un hecho empírico, un *factum*, un acto de fe irreductible, quizá fundado en la confianza o en la fianza, en el asentimiento, en el acuerdo o en la piedad, sin el cual no habría vínculo social; ni convención, ni institución, ni constitución, ni estado, ni ley, ni esa performatividad que vincula el saber de la comunidad científica con el hacer y la ciencia con la técnica (cfme. Jacques Derrida, "Fe y saber", en *La religión*, J. Derrida y G. Vattimo, de la Flor, Buenos Aires, 1997, en especial, pp. 71 y 97). El testimonio de esa experiencia hace confluir dos fuentes: lo indemne (lo salvo, lo sagrado o lo santo) y lo fiduciario (fiabilidad, fidelidad, crédito, creencia o fe, *buena fe* implicada hasta en la peor *mala fe*). En ese testimonio, la verdad

* Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UBA). Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UBA), Jefe de trabajos prácticos de Epistemología de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA).

es prometida más allá de toda prueba, de toda percepción, de toda mostración intuitiva. Y mientras se secuestraba, mientras con clandestinidad las mismas fuerzas que habían tomado el estado actuaban por la noche, encapuchadas, con uniforme nocturno, de día tomaban la palabra para dar el sermón sobre la sagrada misión que tenían en sus manos. Desaparecían personas. Se decía, campaña de desprestigio desde el exterior. Se decía, cómo creer que aquí, entre nosotros, eso.

“No hay oposición -fundamental- entre *vínculo social* y *desvinculación social*. Cierta desvinculación interruptiva es la condición del *vínculo social*, la respiración misma de toda *comunidad*”, dice Derrida (op. cit., p. 103). ¿Pero acaso la desaparición forzada y el aniquilamiento pueda ser una figura, una figura argentina, de esa condición para mantener el *vínculo social*? ¿Qué respiración artificial la de esta comunidad!

La experiencia del desencanto, pero la imposibilidad de tener experiencia de la desaparición. Mera supervivencia (en gr., éxtasis). “El rostro humano es una fuerza vacía, un campo de muerte”, para Antonin Artaud. La fuerza lo vació todo, un campo de muerte hizo desaparecerlo; mientras tanto, la polis, como si fuera fuerza vacía, indiferencia ante la muerte. Desencanto, rostro abandonado a la desaparición, olvidado, sin forma, sin fantasma. Una forma, aquello que proporciona la polis, lo que se eleva de mera vida, una imagen para un espiritualismo social (fantasmas para el cazafantasmas Marx, quien vería en el estado la voluntad de imponer una ilusión con el fin de encubrir explotación y de proteger y adornar la miseria; Marx vería en todo poder de la razón que busca imponer y perpetuar una forma de estado una miseria de la razón; Marx, el catador de la impureza de las formas, del escándalo que encubren las abstracciones trabajo y necesidad, contrato y sujeto, libertad e igualdad, derecho y dinero; Marx, contra la abstracción represiva, contra la máxima igualdad que es la máxima subordinación). Pero aquí, informe, sin nada que se eleve de la mera vida, la fuerza vacía, el campo de muerte. Aquí. Y esa imposibilidad de experimentarlo.

Vida y Política

Desde la antigüedad griega se hace de lo político una diferencia específica, fundada por medio del lenguaje, que desarrolla una comunidad de bien y de mal, de justo y de injusto, y no tan sólo de placer y dolor. Así, la política sería el ámbito en que el vivir debe transformarse en vivir bien; y la mera vida lo que debe ser politizado, lo que debe ser excluido para fundar la ciudad de los hombres. Como el pasaje de la voz al lenguaje: voz, signo de dolor y de placer propio de los vivientes; lenguaje, que haría posible manifestar lo justo y lo injusto, lo conveniente y lo inconveniente. Por milenios fue así concebido, animal viviente y además capaz de una existencia política. Pero, como lo advirtió Michel Foucault; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente, y la especie y el simple cuerpo viviente individual se convierten en el objeto de las estrategias políticas, pasándose de la soberanía propia del estado territorial a la biopolítica. El cuidado de la vida natural de los individuos lo toma el estado, tal vez por la transformación y decadencia del espacio público; tal vez por cambios estructurales. Los cuerpos dóciles como resultados del control disciplinario y del progresivo interés por la vida biológica de la política. La identidad, conciencia y poder de control exterior como fruto del uso de tecnologías del yo. Individuación y biopolítica anudan una época, esta detención.

Individuos que concebían la política como herramienta de cambio social. Vidas desaparecidas. Bebés apropiados, identidades adulteradas. Docilidad de la población.

Voz, dolor de las madres. Lenguaje, ya sin sentido para la injusticia. Tecnologías, ya casi sin uso para ir más allá de las fronteras, para ejercitar la crítica.

Excepción

Soberano es el que decide sobre el estado de excepción: tal la sabida definición de soberanía de Carl Schmitt. Y la excepción ha sido la regla en las dictaduras del siglo XX y, ¿acaso lo sería también -como lo afirma Giorgio Agamben en *Homo sacer* (Pretextos, Valencia, 1998)- en la democracia, porque se estaría disolviendo para converger, desde la sociedad del espectáculo, al totalitarismo? La excepción, concepto límite en la teoría del derecho, en el presente dejaría al descubierto su límite: la esfera de la vida. La excepción, ocupación del afuera; también toma de cuerpos hasta su desaparición. Creación de una zona de penumbra -desaparecidos, ni vivos ni muertos, afirmó Videla-. La excepción se localiza, no en la cárcel -reglada por el derecho penal-, sí en el campo de concentración, o en el campo de desaparición (y por eso mismo los campos no pueden leerse desde "Vigilar y castigar"). La excepción, umbral, límite que hace aparecer la oscuridad entre lo que está fuera y lo que está dentro. Esma, entre la ciudad de los vivos dóciles y las aguas del olvido y de los muertos. Excepción, hacer de los derechos meras creencias.

Violencia

Expuesta al umbral, la vida abandonada por ley. Sobre el umbral, "el soberano es el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en que la violencia se hace derecho y el derecho se hace violencia" (Agamben, op. cit, p.47). Sobre el umbral, en Esma, Massera, almirante, miembro de la Junta Militar.

A diferencia de quienes sostienen que no habría anterioridad de la naturaleza con respecto a la ley, para Hobbes la antinomia *physis/nomos* legitimaría el principio de soberanía -y el soberano, para Hobbes, es el único en quien sobrevive el *ius contra omnes* del estado de naturaleza, con lo cual la indistinción entre violencia y derecho incorpora el estado de naturaleza en la sociedad, no como una época real, sino como un principio interno al estado, "como un umbral de indiferencia entre naturaleza y cultura, entre violencia y ley, y es propiamente esta indistinción la que constituye la violencia soberana específica", dice Agamben (p. 51), lo cual se revelaría en la excepción. El estado de excepción como estado de naturaleza, lo exterior reapareciendo en el interior, reaparición que impide diferenciar *physis* de *nomos*, interior de exterior, naturaleza y excepción. Y desde la Primera Guerra Mundial el espacio de la excepción rompe sus confines y tiende a coincidir con el ordenamiento normal, como si el poder constituyente no se agotara en poder constituido, como si el poder soberano pudiera mantenerse en potencia. Mientras tanto, los súbditos obedecen y respetan la excepción, posibilitando que la excepción se haga regla. Así, el cumplimiento de la ley se hace coincidir con su transgresión (los militares argentinos han hecho del transgredir la constitución una regla, la regla por la cual los golpes militares serían maneras excepcionales de defender el orden republicano).

Dos Pueblos, Dos Violencias

Pueblo, cuerpo político integral. Y pueblo, subconjunto, fragmento de cuerpos menesterosos y excluidos. Pueblo, inclusión que pretende no dejar nada fuera. Y pueblo, exclusión sin esperanza. Pueblo, ciudadanos integrados y soberanos. Y pueblo, conjunto de los miserables, los oprimidos, los vencidos. Pueblo, en su interior se halla la fractura biopolítica: pueblo de los excluidos en el interior de las democracias capitalistas; pueblo, Tercer Mundo. A la vez, violencia que establece derecho y violencia que lo conserva, violencia que al conservarlo, mediante la represión de las fuerzas hostiles, debilita - como señaló Walter Benjamin - la violencia que lo crea.

Son filosofías de la historia de la violencia. Todas recuerdan que, por ejemplo, el contrato en su origen, y en su posible conclusión, remite a la violencia. En algún caso -Benjamin- se advierte sobre las consecuencias del olvido: la desaparición en la conciencia de los miembros de una institución de la presencia latente de la violencia podrá corromperla -y los parlamentos, señalaba Benjamin, no han sabido conservar la conciencia de las fuerzas revolucionarias a que deben su existencia, olvidan que representan una violencia fundadora, y en ese olvido se va recorriendo un camino de “corrupción”, se va brindando un “lamentable espectáculo”.

La violencia no se practica ni tolera ingenuamente. (¿Cómo se la olvida? ¿Cómo no se la advierte? ¿Cómo se relaciona con el derecho y con la justicia?) Se la pinta. Sería un dato natural, dado. O sería un dato histórico, adquirido. Se reconstruye, como lo hace Walter Benjamin en “Para una crítica de la violencia” (1921) - ¿habrá leído Massera?- que secretamente el pueblo admira al *gran criminal*, no por sus actos, sólo por la *voluntad de violencia* que ellos representan al irrumpir y amenazar esa misma violencia que el derecho trata de sustraer del comportamiento del individuo; desafían el destino, como los héroes. La violencia amenaza al derecho, porque la violencia funda al derecho (o lo conserva): así lo hace una violencia *mítica*, que establece fronteras, culpabiliza a la mera vida natural, amenaza sangrienta sobre el infeliz viviente (y la sangre es símbolo de la mera vida), redime al culpable (no de la culpa, sino del derecho, dice Walter), es violencia sangrienta, ya que la dominación del derecho sobre el ser viviente no trasciende la mera vida y exige sacrificios, hasta tomar la sangre. No es la violencia *divina*, esta destruye el derecho y las fronteras, golpea y redime, es letal aunque incruenta, es pura violencia por amor a la vida, no exige sacrificios aunque los acepte -y habría que poder contactar esta distinción de Walter con las líneas diferentes que parten de Simone Weil para ir una por el sendero silencioso de la Justicia, otra por el recorrido del derecho, y la ley que se escribe para el camino de la libertad. Habría que hacerlo para diferenciar la mera vida de la existencia justa.

Violencia que hace desaparecer, pero violencia que no se debilitó por hacer desaparecer. Ante los desaparecidos, cualquier marino o militar podía actuar como soberano. Ante esos soberanos, cualquiera, cualquier ser vivo estaba expuesto a la desaparición; cualquiera, aún los más dóciles. Violencia que establece la excepción como regla, que hace desaparecer cualquier derecho. Violencia, nomos del soberano que condiciona cualquier norma. Violencia que acorrala. Oscuridad del estado de excepción, indeterminación, derrotabilidad radical.

El Campo

Campos de exterminio, de desaparición. Campos, también, de concentración, campos para *refugiados*. Convertida en regla la excepción, el campo es el espacio que se abre, “es una porción de territorio que se sitúa fuera del orden jurídico normal, pero que no por eso es simplemente un espacio exterior. Lo que en él se excluye, es, según el significado etimológico del término excepción, *sacado fuera*, incluido por medio de su propia exclusión. Pero lo que de esta forma queda incorporado sobre todo en el ordenamiento es el estado de excepción mismo,” dice Agamben (*op. cit.*, p. 216), señalando que el campo hace indiscernibles hecho y derecho, excepción y regla, lícito e ilícito. Campo, zona de indistinción donde el derecho subjetivo y la protección jurídica dejan de tener sentido. Umbral en el que no hay más que indeterminación. Campo, materialización de la indeterminación. Esma, desmaterialización de los derechos, de la vida.

Tragedia

“La tragedia griega misma, ¿no es quizá siempre, esencialmente, una tragedia del derecho? ¿No hay quizá una continuidad fundamental entre la tragedia y el derecho público (así como probablemente -del lado opuesto- hay una continuidad esencial entre la novela y la norma)?” Apenas un mes antes del golpe militar en la Argentina, Michel Foucault realizó esta observación en su lección del 25 de febrero de 1976 (en *La genealogía del racismo*, Altamira, Montevideo, 1992, p. 127).

Golpe y reinado de la absoluta indiferencia. Vidas en la frontera de la dócilidad y la imbecilidad. O vidas desaparecidas. Sólo las sospechas de formas de resistencia. Solas las madres, como locas, presentando habeas corpus, reclamando, viviendo una tragedia. Sabían de la tragedia. El resto, un pueblo, no creía. Creía tener derechos.

Manantial de eficacia, invitación a la audacia, en silencio, en la noche clandestina, encapuchados, pero bendecidos, oponiendo pureza e impureza, obligaron a salir de la sociedad, de la familia y luego del mundo, a miles de hombres y de mujeres. Los aislaron en campos, como si trataran de evitar el contagio. Les sacaron la conciencia, la pura intimidad, y luego, en el desenfreno, en sesiones donde uno a otro se estimulaban para franquear las barreras de las inhibiciones, torturaban y por fin arrojaban cuerpos, pedazos, los tiraban a un fondo de aguas cada vez más oscuras. Ellos, en el frenesí, no sabían, no querían saber qué hacían: producían desaparecidos. Una tragedia también para los sobrevivientes. La tragedia de los testigos. No me refiero a secuestrados y luego liberados: para ellos la tragedia es más que la sombra de la presencia que conservan. Me refiero a los patéticos millones de testigos de esa experiencia, de la experiencia de la desaparición, de la desubjetivación radical; a esos millones que sobrevivieron sin nunca hacer nada, sin abrir los ojos, sin oír la sangre, sin oír los gritos de dolor. Me refiero a esos testigos que son testimonio de la desaparición de la sensibilidad. Me refiero a esos que dejaron a las madres solas. La tragedia del pasado se arrastra en el presente y ensombrece el futuro. La novela y la norma son otra cosa, pero nacieron de allí, de esa tragedia. No de Tebas, de Esma.

La Voluntad de No Querer

Desaparecidos y memoria, mera vida y sucesión biológica, los familiares, madres, abuelas e hijos ejerciendo la acción de recordar (no pueden olvidar, no pueden perdonar, no les cabe la indiferencia), expresando la voluntad de verdad, buscando la verdad y la justicia, esas aliadas. Mientras tanto, la voluntad general de los ciudadanos, la voluntad política dominante olvida y es indiferente. Dos mundos. El de la familia, el centro de la desigualdad; el de la polis, donde se conocen iguales. ¿Dos? ¿Iguales? ¿Desiguales? En esos mundos, los que encumbran valores contrarios a la vida (esos cristianos nihilistas que quieren la nada), pesimistas que creen en el marchitar de todo y que, entonces, ya no quieren, renuncian a toda positividad del querer, desarraigados que cortan, extirpan la radicalidad desde las raíces, desencantados, abandonados al azar melancólico. También positivistas, evolucionistas, desarrollistas, ingenuas amélie. Y nadas, bolsas plásticas de nada por todos lados. Madres de nada, hijos de nada, padres de nada, escuelas de vacío. Y todavía, también quienes sudan, siguen, predicán en el desierto, siguen, deben seguir.

(Bajo tierra. Salir del subte en Constitución. Escalón por escalón, calor y confusión. En la cabeza de todos está la economía: doscientos cincuenta pesos, tarjetas de débito, colas en cajeros, desesperación en ventanillas. Escalón por escalón, a punto de salir a la luz. Una curva y está la luz. La curva y una explosión. Constitución y confusión. Susto: un chico, uno de esos tantos chicos, desde afuera, desde arriba, está tirando cohetes. Mira sin expresión. Tira los cohetes con lejanía, casi con indiferencia. Caen sobre los que salen, sobre los que suben. No está abajo. No puede subir. No tiene en la cabeza la economía. Ni tarjetas, ni débitos semanales. Hoy. Ahora. Ni derechos, ni declaraciones de derechos. No sabe de aniversarios – de la democracia, de la declaración de derechos humanos. No se interesa por la economía. No sube. No baja. Tira cohetes. ¿Acaso molesta? Puede quemar camisas finas. ¿Inquieta? ¿Quién lo recuerda? Desaparece. Más desaparecidos. En la cabeza de todos está la economía. No resistimos. Desaparece todo. Desaparece la sensibilidad. Tira cohetes. Nada. Nada se responde. Silencio. Desaparecen las palabras. En la cabeza de todos está la economía. Doscientos cincuenta pesos. Desaparece el dinero. Bajo las aguas, la cosecha ya había desaparecido. Antes había desaparecido el trabajo. Desaparecen los ingresos. Democracia. Derechos humanos. Doscientos cincuenta pesos. Veinte mil desaparecidos. Un chico tira cohetes. Molesta. Ya pasó la molestia. En la cabeza de todos está la economía. Desapareció la cabeza.)

¿Puede el Arte Ser Un Freno Ante el Límite?

¿Acaso el arte sea capaz de ayudar ante las experiencias límites, inasimilables, experiencias como la desaparición de las experiencias, como la desaparición? Para narrar eso, ¿quién podrá coordinar alma, ojo y mano?, ¿quién podrá ser justo para encontrarse consigo mismo en ese acto de representación de la mudez radical? ¿Cómo hacerlo cuando al arte aspira a las masas, cuando en el arte predomina el aparato sobre la persona y cuando para la persona el montaje artístico ya parece quedar limitado a lo inconsciente (porque ya no es experimentación: la experimentación es consciente)? ¿Cómo, cuando la política se concibe como obra de arte para producir industrialmente consciencias, para construir mediáticamente realidades? ¿Cómo, después de la

estetización de la política (nacionalsocialismo) y de la politización del arte (comunismo)? ¿Cómo, cuando la experiencia se empobrece? ¿Cómo establecer un silencio en el que la verdad pueda germinar? ¿Cómo? ¿Acaso se podría inventar un procedimiento, una máquina, para hacer obras sobre el dolor, el horror, la crueldad y la violencia? ¿Cómo, el arte podría hacer, podría ser una máquina que hace sentir lo no sentido? ¿Cómo percibir un campo de desaparición para que pueda significar investirlo con la capacidad de mirarnos a nosotros mismos; cómo hacerlo sin aniquilarnos por el aura de esa imagen? ¿Cómo lograr que esa narración consiga un sentido de reciprocidad? Pero también. ¿cómo evitar que sea una fuga hacia la fantasía, una naturalización de la fantasía que, como una película, se haga más natural que la realidad; cómo lograr no que deje de ser una pesadilla, sino que permita que el yo despierte?

Unión de Mundos

Será, como lo dijo Whitman, que dar vuelta las páginas de un libro es tocar a un hombre, será eso, el temperamento que hace a un trozo de papel una obra de arte, será, tal vez, la búsqueda de nombres e imágenes para la masa de carne trabajada que somos, será el despotismo de nuestra época, publicidad que roza la superficie, acaricia para hacer consumir, será toda vigilia arte como antes lo fue religión, será otro ejercicio de duplicación del hombre. Será el roce de la mirada y del oído, el contacto con un libro, una pieza musical, una pintura, una película, será que modelan la sensibilidad. Será cuestión de la política que nunca lograremos darnos hacia el gusto, será ésa la batalla en un campo de tensión. La estética y los sentidos, el saber y la política, la conciencia del fracaso del gobierno de uno por uno, la imaginación de uno hacia el otro, un otro que se desplaza, va de sujeto a objeto, uno que también se desplaza. Y en ese movimiento puede hasta surgir el amor y la amistad, la excitación y la melancolía. Puede estallar un sujeto, o puede tapar cada uno de sus poros. Puede destruirse al otro, a un otro cosificado, para entonces uno ya inició su demolición. Será una fuerza que se resiste a la teorización previa. Se resiste a la sistematización. Consigue, ella, no uno, que uno suspenda la incredulidad. Produce a través del desinterés del mundo real las redes con las que pescamos en el mundo, redes en que uno se encuentra enredado. Entonces sin preguntas tales como qué es el arte, queda la cuestión de cuándo es arte y el camino de respuesta tiene que ver con un trabajo, sea el de la escritura, sea el de la lectura, sea el de la interpretación, sea el de la penetración que fija un estilo de movimientos y de estados subjetivos. Trabajo y mercancía, como poiesis y mimesis. Sin valor de verdad - la ficción no sería ni verdadera ni falsa -, desde el artificio hidrata la piel. Siempre en relación de intersección. Siempre el poder de la fantasía. La corrosión del cuerpo tiene un antídoto peligroso, capaz de hacer que un músculo se convierta en la montaña más alta, la pequeña luz en gran oscuridad. Unión de mundos.

La Gravedad de la Ideación

Se producen ideas e interpretaciones. Las personas no sólo producen acciones, sino también ideas e interpretaciones sobre las acciones y sobre las mismas ideas e interpretaciones de las acciones. Esto trae consigo categorías de la división social del trabajo, desarrolla diferentes capacidades del espíritu humano, crea nuevas necesidades y nuevos modos de satisfacerlas. Esto trae nuevas perspectivas, tensiones incómodas

y esa agilidad sin la cual todo se embotaría. La acción no se somete y se abre a una constelación de regímenes conceptuales y de series interpretativas. La acción se abre a la reflexión y, como nota moderna, la reflexión deviene en autorreflexión. Es la acción de pensar, y es el pensamiento que piensa lo pensado y lo pensable. Esta acción lleva al desarrollo de una narrativa cuyo final sería la autoconciencia; pero lleva también a la crítica de esa narración. Y es así como la conciencia deja de ser el sujeto de las ideas y de las interpretaciones acerca de las acciones. Tal sujeto pasa a ser la ciencia, sobre todo para las visiones naturalistas más radicales. La epistemología, esa pretensión de filosofía científica, ese tribunal de la razón que sentencia qué es ciencia, suele diferenciar saber de creencia.

Un relato sobre el encuentro con ese saber, una reflexión sobre el poder de las ideas, sobre la credulidad como enfermedad de los hombres. La gran cuestión es: ¿acaso a un ser humano le resulta posible creer en cualquier cosa y actuar apasionadamente en todo aquello que se relaciona con esa creencia? Desnudos, inmunidad contra las ideas descabelladas, arrasados por una simple idea.

¿Cómo no hacer que el pensamiento termine en libros que adoctrinan (Brecht: terrible es la tentativa de hacer el bien)? ¿Cómo vencer la estupidez creciente, la credulidad?

Contra la adicción a las ideas, crítica a la crítica, a la indagación. Sin dejar de estar contra la realidad, aún cuando la realidad imite extrañamente a algunas teorías. ¿Acaso las ideas son causas de transformaciones? ¿Acaso la falta de ideas causa la falta de transformaciones? Miserias. Ideas que en tiempos de penuria suelen adquirir perfiles radicales. Fue Hanna Arendt quien dijo que somos contemporáneos hasta donde alcanza nuestra comprensión -y nuestra comprensión nunca alcanza al aniquilamiento, el exterminio, la desaparición, nuestros contemporáneos. Ella diseñó la pregunta radical: ¿puede el pensar ser un freno ante el mal? Pensar, actividad invisible, diálogo del yo consigo mismo - aunque el yo, como enseñó Niklas Luhmann, no se trata a sí mismo como alguien que aún no sabe, ni como a alguien que posiblemente rechaza lo que él mismo propone, ni como a alguien a quien únicamente se puede alcanzar por medio del empleo de signos-, diálogos que amparan el dialogo de otros, el diálogo con otros, diálogo como búsqueda de sentido (no tanto de verdad), búsqueda para hacer, búsqueda cuidadosa, ya que puede aparecer cualquier sentido, cualquier curso de acción. Atención, el cuidado es parte del juicio, y el juicio político es similar al juicio estético tal como lo concibió Kant, juicios para reconciliarnos con el mundo. Pero, ¿cómo reconciliarse con este mundo de desapariciones?

Desaparición y apropiación, expropiación de la vida. Hanna Arendt consideró a la natalidad como la categoría central del pensamiento político, y al totalitarismo como el borde, el umbral de nuestro tiempo. En este tiempo está el mal, el volver superfluos a los hombres en tanto hombres, y ello más que el usar a los hombres como medios, ya que aún así se deja intacto su ser hombres y se daña únicamente a la dignidad humana. Superfluos en tanto hombres. En este espacio, que aún es el de Esma, está el mal, el volver superfluos a los desaparecidos en tanto desaparecidos. Desaparecer, olvidar la violencia de la desaparición, volver superflua la memoria, las ideas, los juicios. Apropiados, desaparecidos, aquí, extendiendo Esma, superfluos en tanto hombres.

Mal como Massera, sin profundidad ni imaginación; ni motivación ni enraizamiento. Mal como esa generalidad, mal de pasividad: la pasividad es un andar irreflexivo. Ante ello, ¿qué oponer? ¿El pensar, la voluntad, el juicio? ¿El perdón y la

promesa mutua? ¿La revolución, que es anhelo de fulgor, claridad, poder capaz de comenzar, metafísica de lo inaugural y original, acontecimiento, operación instituyente? ¿El arte? La política. La política y el gusto como juicios, no de verdad, de reflexión, que ayudan a decidir cómo debe mirarse el mundo, para practicar, para ensayar qué podemos hacer, cómo podemos hacernos, gozar del privilegio de nosotros mismos, no desaparecidos, de nosotros, animales envueltos en la desaparición.

¿Dos caminos? Dos ciudades. Jerusalén, los profetas, el judaísmo tradicional, la teología, la fe bíblica: el hombre caído necesita restricción, ley. Y Atenas, la filosofía, Sócrates, el fundador de la ciudad virtuosa en el discurso, en la cual el hombre puede alcanzar la perfección. Si decimos, primero escuchar y luego de evaluar, decidir, nos inclinamos por Atenas. ¿Si desaparecer? Miles de años después. aplastados en Buenos Aires.

Todo ideal es abstracción, toda normatividad, ficción. Lo político, enseñó C. Schmitt, se constituye por referencia a la posibilidad real de la muerte física de los hombres. Pero no existe una meta tan racional, ni una norma tan justa, ni un programa tan ejemplar, ni un ideal social tan bello, ni legitimidad o legalidad que puedan justificar que los hombres se maten por ello entre sí. Lo político es lo decisivo; no puede ser valorado, ni medido por un ideal. Su diferencia específica sería la diferencia entre amigo y enemigo. Entre sus consecuencias, acaso la diferencia entre aparición y desaparición, espectros, fantasmas ambos, chatos, aplastados. El momento del enemigo adquiere preeminencia. El momento de la desaparición se prolonga. La política como seriedad de la vida, achatada, como si se hubiera renunciado a la pregunta por lo justo, como si se hubiera aceptado esta falsa seguridad.

El Gesto Inaudito

Alain Badiou, en *San Pablo. La fundación del universalismo* (Anthropos, Barcelona, 1999), halla en la conexión paradójica entre un sujeto sin identidad y una ley sin soporte la posibilidad de una predicación universal. El gesto de Pablo - *inaudito*, califica Badiou - consiste en sustraer la verdad del control comunitario, trátase de un pueblo, de una ciudad, de un imperio, de un territorio o de una clase social. Lo que es verdad - o justo, en este caso es lo mismo- no se remite a ningún conjunto objetivo, ni según su causa ni según su destinación. No importa que se este ante una fábula, importa el gesto subjetivo tomado en su fuerza fundadora. Y ese gesto separa cada proceso de verdad de la historicidad donde la opinión pretende disolverla. Ese gesto muestra que la política no puede ser reemplazada por la conciencia histórica, de la misma manera que la memoria no sustituye al sentido. “Te basta mi gracia, ya que la fuerza se pone de manifiesto en la debilidad”, así le dijo el Señor a Pablo, Corintios II, 12. La gracia, lo que acontece sin ser debido. Eventualidad estremecedora, un materialismo, una mistificación de la gracia.

La ley hace vivir la muerte. Bajo la seducción del precepto, en el hombre de la ley el hacer está separado del pensamiento. La ley es lo que constituye al sujeto como impotencia del pensamiento. Y la práctica en el mundo. Tal como lo predijo Marx, el mundo por fin un mercado mundial: la lógica capitalista de la equivalencia general y el universal abstracto del capital. Junto a este proceso, la lógica de la fragmentación en identidades cerradas, la ideología culturalista y relativista, las persecuciones locales. Y un concepto inclusivo de humanidad. Historias, como mitos, relatos, de fantasías de

pertenencia que producen lazos sociales. Que hacen al arte del pastoreo, la política. Los hombres acercándose entre sí cuando se hacen más extraños entre sí; unidos por la extrañeza del amo y el esclavo: sociedad de clases, exclusiva inclusividad, caza de hombres por los hombres. Hoy, la política y el arte de la pertenencia mutua en medio de un individualismo postsocial, siempre, la política como la repetición de los hombres por obra de los hombres.

Ante la dimensión fáctica de la vida al desnudo, de la vida sin forma, de la simple existencia como único fin, sobre ese horror total; ante el fascismo del estrechamiento perceptivo, lo banal, lo monótono, árido, tedioso, desértico ¿ante ello qué? ¿El abrigo de las verdades de la ciencia? ¿Mimesis, catarsis o pastoreo? ¿Cuál fábula? Tal vez aquella del trabajo, de la práctica, de la contracción, la descreación. ¿Qué gesto? ¿Ejercer la fuerza, ejercer una ilusión que nadie posee? Tal vez el roce con lo impersonal, el abandono, el cortar raíces. Tal vez el gesto más *inaudito*, el gesto de Simone Weil.

Atención

¿Cuestión de derechos? No creer tener derechos. Desarraigarse de los derechos. Contienen algo de comercial, de intercambio, de repartición. Claro lo vio Simone Weil. Creer tener derechos, interponer un habeas corpus. Creer tener derechos, peticionar y esperar una respuesta. Creer tener derechos. ¿Una indemnización? Derecho a una compensación económica. En Esma desaparecieron los derechos. Desaparecieron las personas. Cosa de bestias. ¿Por qué les hicieron daño? No es cuestión de derecho, sí de justicia. Quedo algo impersonal, los desaparecidos. Queda la experiencia de la desventura, de la desgracia, del *malheur*. Desatención a la desgracia. Indiferencia a la tragedia. Aplastamiento de las almas bajo la mentira, la fealdad, la injusticia. Privación de cuerpos. Privación de almas. Privación de atención. Privación de aspiración a la justicia.

Las necesidades de los hombres como obligaciones. Cada necesidad es el objeto de una obligación, escribió Weil en su *Profesión de fe*, de 1943. Necesidad de seguridad y riesgo. Enferma el miedo a la violencia, al hambre, o a cualquier otro mal extremo. También enferma el aburrimiento causado por la ausencia de todo riesgo. Es un crimen todo aquello que cause el desarraigo, el exilio, la emigración. Enfermedades, brutalidades que hicieron este reino de la miseria, la fealdad, la tristeza, el aislamiento egoísta. Hay tantas privaciones por curar. Hay tantas manchas por observar. Y sacrificios por hacer. Empezar por observar con atención extrema. Observar lo ausente, eso impersonal, los desaparecidos, la desgracia, todo eso impersonal, extraño, todo ese desamparo, un sinfín agotador. Atender, espera sin angustia, ausencia y vacío, suavidad del pensamiento, intimidad de la impersonalidad, claridad del vacío. Desaparición que no se deja pensar, que cesa de estar, que se escapa a la atención. Atención extrema, apertura a lo ausente, espera que es lo no desaparecido de toda desaparición.

HOMENAJE A ENRIQUE E. MARI

Roberto Bergalli*

Solicito a Claudio Martyniuk, como organizador del homenaje que se rinde a Enrique E. Mari, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que tenga la gentileza de leer en mi nombre las líneas siguientes.

Conocí a Enrique E. Mari cuando él ya era un filósofo y yo un joven egresado de Derecho y Ciencias Sociales que procuraba encontrar explicaciones a muchos interrogantes, no sólo vinculados al saber jurídico, sino a muchos otros. No fuimos entonces amigos muy cercanos, pero seguí mucho sus reflexiones; era la década de 1960, aquella en la que se iba a decretar la defunción de la última época de lujo para la Universidad de Buenos Aires. La universidad que había rectorado Risieri Frondizi e Hilario Fernández Long y en la cual yo milité como estudiante y me formé con maestros de la talla de Luis Jiménez de Asúa quien, como todos saben, pese a su brillo académico e intelectual, costó mucho imponerlo como profesor..

Algo semejante pasó luego con Enrique, cuando él manifestó su deseo de profesar en esta Facultad de Derecho, proviniendo de Filosofía; otra clase de intolerancia a la que después volveré. Mientras, yo marché hacia Europa, cuando no fue posible continuar en la Universidad, después de la “noche de los bastones largos”. Desde lejos seguí bastante de cerca las reflexiones de Enrique. En un regreso que se hizo breve a comienzos de 1970, retomé el contacto personal con él que ya mantuvimos ininterrumpidamente, pese a mi regreso a Europa. En sus viajes y estancias cortas, en Francia o Alemania, me llegaban más frecuentes sus noticias. Naturalmente no le ví en el tiempo que pasé secuestrado y detenido, cuando hice un regreso a Buenos Aires en 1976. Pero, supe de su preocupación y me llegaban sus manifestaciones de solidaridad. Desde entonces, nuestra amistad fue sólida y atravesada de afecto, no sólo entre los dos; también con Cuca y luego con sus hijos. Cuando creímos que Argentina renacería a la paz y la democracia, intensificamos nuestros intercambios; nos escribíamos y hablábamos mucho en los encuentros. Hicimos tareas comunes; publicamos un libro y artículos juntos. Participamos en congresos, encuentros, seminarios en Europa y en América. Juntos también padecimos la frustración cuando esperando que por fin triunfara la verdad y la justicia sobre tanta ignominia, tanto atropello, tanta inmoralidad. Pero, en las visitas a Buenos Aires era imposible que no nos alojáramos en su casa. Allí hemos gozado todos juntos y no sólo hablando de muchas cosas propias a nuestros comunes intereses intelectuales. Su (nuestra) afición al tango, el recuerdo de un Buenos Aires desaparecido,

* Facultad de Derecho-Universidad Nacional de Buenos Aires. Texto escrito em Barcelona, 11.octubre de 2001.

como su adhesión a Villa Crespo y Atlanta eran temas muy discutidos, pero muy discutidos (¡¡!!) entre nosotros.

Dentro de ese marco de ternura conocí mucho a Enrique Marí y así deseo recordarlo. Pero, en una ocasión como la presente no quiero dejar de mencionar, junto a los enormes atributos de una personalidad tan rica, las vicisitudes de una vida académica en la cual él también conoció la intolerancia. Cuando con toda justicia él insistió en obtener la plaza de profesor titular de Filosofía del Derecho, quienes investían la capacidad para imponer a candidatos que respondían a enfoques divergentes de los sostenidos por Enrique, recurrieron a argucias y artimañas a fin de cuestionar los antecedentes que como filósofo le daban una enorme consistencia a su pretensión. Mas, la verdad llegó, aunque demorada y Enrique obtuvo la titularidad.

Mientras tanto, había cosechado un reconocimiento inmenso en los ámbitos en que se leían sus obras y conocían sus análisis. Su labor como epistemólogo fue de magnitud y de gran valor. Cuando en Argentina se navegaba por la filosofía de las ciencias todavía con las velas del idealismo, él introdujo el debate epistemológico, junto a algunos pocos, pero desde un punto de vista único. Su intento de comparar las dos grandes tradiciones, la anglosajona del positivismo lógico y la estructural marxista, no sólo fue un éxito desde el punto de vista cultural, sino que sirvió para abrir los ojos de las jóvenes generaciones de universitarios que estudiaban sus disciplinas de manera endógena o interior a las mismas. Trajo a Jeremy Bentham de la mano con Michel Foucault, con lo que quienes peroraban sobre la cuestión criminal, desde un punto de vista unidisciplinario, quedaron desubicados y creo que, desde entonces, sin discípulos. Enrique se ganó el reconocimiento y la admiración de todos esos jóvenes que le escucharon, le leyeron o dialogaron con él como sólo él sabía hacerlo, juvenil y didáctico. Sus enseñanzas en estos campos del control y la disciplina ya no permiten vuelta atrás; ya no hay jóvenes argentinos que transitan esos ámbitos disciplinarios -juristas, antropólogos, sociólogos, psicólogos- que se crean la esencialidad del delito o la naturaleza criminal de sus autores. Podemos decir que, a pesar que él no cultivó la relación con estudiantes y colegas como la propia a un maestro que fue, sin embargo ha dejado muchos seguidores. Nunca designó discípulos; quienes se ganaron ese título, quizá muy pocos, serán como él de honestos y humildes. Jamás se vanagloriarán por serlo; los que así lo hayan hecho, no pudieron ser nunca auténticos discípulos de Marí, pese a que con ese título puedan haber obtenido reconocimientos.

Pero quiero decir que Marí no únicamente ganó adeptos en el Plata. Las muchas oportunidades que visitó España recogió la admiración de los filósofos del derecho, en particular de aquellos que alistados en posiciones analíticas supieron reconocerle su capacidad dialéctica para polemizar en cuestiones relativas a la teoría jurídica. Fueron muy comprendidas sus opiniones en torno a las ficciones del derecho. En sus repetidas conferencias y seminarios que nos impartió en Barcelona generaba, como no podía ser distinto, una corriente de simpatía, pero sobre todo daba enorme fuerza a los modestos discursos críticos que han ido ganando terreno en el ámbito de las disciplinas humanas. Fue invitado numerosas veces a la Facultad de Derecho y a la de Filosofía; en esta última, por académicos de posiciones muy diferenciadas entre sí, como las que por caso pueden representar Miguel Morey y Manuel Cruz, dos brillantes filósofos jóvenes.

Yo hubiera querido pronunciar estas palabras en el acto en que se le rinde homenaje en nuestra Facultad de Derecho. Sin embargo, una vez más mi presencia en esta Facultad - a la que siempre consideraré mía, pues allí me formé -, como en ocasiones

anteriores, no ha sido aceptada. La intolerancia que sufrió Marí, se manifiesta de otro modo, burdamente en mi situación. Lamento que deba empañar el acto con la manifestación de mi desasosiego por no estar físicamente junto a quienes rinden homenaje a Enrique. Mas, si bien él se indignaría por el veto, estoy seguro que me disculparía al tiempo que agradecería que yo haga público el motivo de mi inasistencia; en efecto, Enrique Marí era, ante todo, un demócrata.

Enrique Marí se ha marchado. Yo no le tendré más en persona como amigo y como el más válido interlocutor. Me queda, nos queda, su enorme carga intelectual, pero asimismo su presencia imborrable de verdadero *gentleman* que siempre se enalteció con sus modestos orígenes y sus finas maneras. Su legado intelectual debería ser de orgullo para los universitarios de Buenos Aires, mientras su honestidad y calidad humana quedan para su familia y quienes fuimos sus amigos.

ENRIQUE MARÍ, *IN MEMORIAM*

Alicia E. C. Ruiz* *

El lunes fue durante años el día de reunión de la cátedra de Teoría Crítica (la cátedra de Filosofía del Derecho con orientación crítica si se trata de ser más precisos).

En 1995, cada lunes de septiembre, octubre y noviembre, Enrique Marí leyó para alumnos, ayudantes, jefes de trabajos prácticos, profesores de la cátedra, capítulos de la tesis doctoral en la que venía trabajando desde hacía mucho tiempo.

Mientras se hacía la noche nos guiaba por el fascinante mundo de las ficciones en la literatura y en la filosofía, se detenía, una y otra vez, para volver sobre un aspecto especialmente complejo, subrayaba un párrafo o una cita, respondía a todas las preguntas, por momentos ironizaba sutilmente y nos llenaba de expectativas y de intriga cuando anunciaba, ante nuestras inquietudes insatisfechas, "... de eso me ocupo al tratar las ficciones en el derecho".

Los que conocíamos su obra y sabíamos bien con qué insistencia y desde qué distintos lugares venía ocupándose del tema de las ficciones, sentíamos la misma fascinación y un deleite parecido al de quienes lo escuchaban por primera vez.

Ese hombre sonriente y delicado, de cabellos blancos, siempre tan elegantemente sobrio como poco atento, casi desentendido de cuestiones prácticas creaba el "clima" del que hablaba refiriéndose a Proust o a Zola. Ese "clima", en el que belleza y verdad ocupan alternativamente la escena, inundaba el saloncito de atrás del Departamento de Carrera Docente, donde nos amontonábamos en unos sillones desvencijados.

Enrique ponía en acto, sin proponérselo, lo que había escrito en el prólogo de "Papeles de Filosofía: "Tengo ... la sensación, de que estos papeles, mis papeles, se inspiran sin contradicción en las voces del poeta (el poeta es González Tuñón) aunque estén tan lejos de su belleza (y en esto se equivoca porque participan de la misma belleza), pero no del sentido que le acuerda a la filosofía, y por qué no decirlo, a la vida, sus avatares y la multiplicidad de sus tonos y colores".

No olvidé aquellos encuentros, cuya magia contagiaba a cuantos participamos. Y quiero evocarlos hoy porque siento que lo retratan más adecuadamente que cualquier detallada enumeración de sus obras o de los títulos que alcanzara en el país y en el extranjero, y que expresan lo que Enrique significa para la filosofía jurídica, para esta

* Texto especialmente producido y leído por su autora, en razón del acto homenaje a Enrique Marí desarrollado el 11 de octubre de 2001 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Profesora Adjunta Regular, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Facultad de Derecho (a la que tanto quería y cuyo reconocimiento le importaba de manera particular), para la Universidad de Buenos Aires: "...que, con su enseñanza laica y gratuita, posibilitó el ambiente académico deseable para mi actividad de docente e investigador" como la definiera en la dedicatoria de *El banquete de Platón* y, por fin, para los que tuvimos el honor y el privilegio de ser sus discípulos y de honrarnos con su amistad.

En aquellas reuniones nos encontrábamos distintas generaciones que, con miradas y preocupaciones diversas, aprendíamos con él. Aprendíamos mucho más que filosofía o tal vez, aprendíamos sin darnos cuenta, lo que es más propio y peculiar de la reflexión filosófica.

Aprendimos y (al menos los más viejos compartimos y sufrimos) con él que la labor intelectual es tanto un compromiso ético y político como un placer único e intransferible. Que hurgar en los textos y en los estantes de las bibliotecas provoca una irrefrenable adicción para la cual no hay tratamiento eficaz. Que los dogmatismos de cualquier signo aniquilan las ideas tan brutalmente como los cuerpos. Que, la búsqueda y la construcción de un espacio pluralista imponen un esfuerzo permanente al que no se puede renunciar si, de verdad, uno comparte un pensamiento crítico.

Enrique escribió mucho acerca del poder, del disciplinamiento que provoca, del vínculo inescindible entre poder y derecho, del modo en que racionalidad e imaginario convergen en el discurso del orden de la sociedad moderna.

Se acercó una y mil veces al derecho desde lugares diferentes, provocado por los desarrollos teóricos de disciplinas como el psicoanálisis, la teoría política, la filosofía, la historia del derecho. Pero insisto, a lo largo de su vida nunca dejó de ocuparse del derecho. Trabajó el discurso jurídico interdisciplinariamente, a partir de los presupuestos que explicita en las muchas páginas que escribiera acerca del concepto de ciencia, de la relación entre ciencia e ideología, del estudio comparativo y crítico de distintas corrientes epistemológicas, que conocía con profundidad.

Es un representante paradigmático de la teoría crítica del derecho que contribuyó a instalar en la Argentina. Advierte con notable claridad la capacidad del discurso jurídico para presentarse como un todo homogéneo, autosuficiente y dotado de una uniformidad semántica que oculta sistemáticamente los "...otros discursos diferentes en su origen y funciones (*que*) se entrecruzan con él" (*Moi Pierre Riviere ... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*). En la misma línea argumentativa subraya en su tesis doctoral hasta qué punto "...con las ficciones y las presunciones el derecho crea un mundo propio, poniendo en escena un juego de significantes y un sistema de representaciones que suelen romper los paradigmas del tiempo real y provocar experiencias semejantes a las de las narraciones de las novelas". La última parte de su Tesis doctoral –referencia postergada en aquellas reuniones de los lunes del 95 – sorprende por la minuciosidad con que presenta las mil maneras en que las ficciones recorren el discurso del derecho. Con la prolijidad de un jurista escoge de cada rama del derecho los ejemplos más relevantes, con la paciencia del historiador transita desde el derecho griego hasta nuestros días para fundar la pertinencia de sus reflexiones. Como lo hiciera en sus trabajos acerca de la interpretación, aborda las cuestiones más problemáticas de la teoría general y de la dogmática del derecho con estilo inusual y propone conclusiones riquísimas en contenido que rompen la monotonía a la que los textos jurídicos nos tienen habituados.

La extraordinaria erudición de Enrique no constituyó nunca un obstáculo para la comprensión de su pensamiento y para el disfrute del lector. Recurría a sus autores preferidos como quien llama a los viejos amigos para incorporarlos al debate, para analizar junto con ellos una cuestión difícil o simplemente por el gusto de tenerlos cerca y conversar con ellos. Así aparecen en sus textos Platón, Marx, Bentham, Hobbes, Foucault, Wittgenstein, Althusser, Freud, Lacan, interlocutores que lo acompañaron a lo largo de su vida junto con tantos otros a los que traía a cuento cuando el asunto que lo ocupaba se lo requería. Y los temas que le interesaban eran tan variados como las formas que escogía para presentarlos: ensayos, artículos en diarios y revistas, entrevistas, polémicas, conferencias.

Dos palabras finales para recordar junto con ustedes que Enrique Marí obtuvo el título de Doctor en Derecho hace apenas unos meses. Estoy segura de que, con la defensa de su tesis, sintió que podía dar por concluido un capítulo de su historia con la Facultad de Derecho, pero sólo uno porque como era un optimista y creía en el futuro ya estaría imaginando cuáles serían los próximos. Este acto es parte de esa nueva etapa, y una manera de decirle que seguirá junto a nosotros en las aulas del viejo edificio de Figueroa Alcorta.

Me gustaría poder creer (pese al agnosticismo que profeso) que sabe que nos hemos convocado en este Salón Rojo para rendirle homenaje, porque lo queremos mucho y porque lo necesitamos. Como escribiera Carlos M. Cárcova, pocos días después de su muerte, "...en estas épocas de confusión e inseguridad, Enrique nos resulta imprescindible." Muchas gracias.

**EL MAESTRO INAUDIBLE
RECUERDO DE ENRIQUE MARÍ**

Carlos M. Herrera*

“Decir, yo he conocido, es decir: Algo ha muerto”
Raúl González Tuñón

Me acuerdo, fue en tiempos que Carlos Cossio llamó de otoño filosófico en las universidades argentinas que encontramos a Enrique Marí. El plural no es de majestad: eramos varios que buscábamos alguna razón para seguir en aquella Facultad de Derecho de esos años ochenta llenos de alfonisismo e insatisfacciones - “yo tan sólo veinte años tenía”, sonreiría él -. La filosofía se parecía a esa razón. Y si Althusser aseguraba que era “lucha de clases en la teoría” ... ¿ porqué no practicarla sin culpa? La cuestión era dónde. Una intuición de que había algo más nos hacia reacios a las enseñanzas de shakespearianos escuderos que ignoraban de Kelsen todo lo que no estaba en una traducción de Eudeba. Ya en esos días Nino comenzaba a descubrir el derecho como práctica política, pero ese jusnaturalismo que despuntaba en sus ideas no estaba hecho para convencernos.

Así que la búsqueda seguía y buscábamos en libros de Foucault, Habermas, Poulantzas, Deleuze. Aquello se parecía a veces a ese deambular cansino por los pasillos de la Facultad ¿ Qué nos retuvo en ese pequeño cartel manuscrito que anunciaba un seminario de “Teoría crítica del derecho”? - “en el fetiche de un afiche de papel”, sonreiría él -. Lo he olvidado: de lo que sí me acuerdo es de ese hombre menudo y elegante, concentrado y de pie, que hablaba de manera tan pausada como desordenada con el impermeable puesto. Y encima, no hablaba de Althusser, ni de Foucault, ni de Derrida, sino del positivismo lógico, de Wittgenstein, de Carnap, de Popper. Pero había en ese andar algo distinto: una práctica de la filosofía. Y la primera lección había comenzado sin que nosotros, casi, nos diésemos cuenta.

Seguí después - “ qué importa del después ”, sonreiría él - sus seminarios, uno sobre *Marx, Freud, Kelsen*, otro sobre *Las lecturas del Banquete de Platón*, y el del '89 sobre un tema que ya me olvidé ocupado como estaba en hacer valijas. La erudición de Enrique podía contener el interés de cada uno de sus asistentes, ya sea por el psicoanálisis, o la literatura, o la política, o el positivismo. Tal vez eso dio la ilusión de una escuela crítica. Pero el maestro era inaudible. Y eso que su personalidad despertaba una fascinación extraña, sin *pathos*, reflejo tal vez de su manera de admirar la belleza de las mujeres sin machismo, del fútbol sin fanatismo, del tango sin sentimentalismo.

* Universidad de Cergy-Pontoise/Institut Universitaire de France.

EL MAESTRO INAUDIBLE RECUERDO DE ENRIQUE MARÍ

Estoy seguro que vocación para discípulos de Enrique no nos faltaba; pero él gambeteaba con elegancia la admiración y el seguimiento. Quizás porque tenía siempre presente esa frase de Alejandro Korn que se encuentra en una nota de *Neopositivismo e ideología* (de memoria, cito: “los herederos intelectuales son tan desagradecidos como los otros”). Tal vez su linaje se emparentaba con aquel de Joseph Jacotot, *le maître ignorant* que enseñaba lo que no sabía, aunque, Enrique en realidad, nos mostraba lo que él buscaba, es decir, nos decía simplemente lo que sabía, solamente lo que estaba leyendo, lo que iba a escribir, sin verificar siquiera si lo habíamos entendido. Mucho menos iba a dar directivas. Sí, una: “hay que darle al lápiz Faber n° 2”. Trabajar, es escribir. Por eso el ataque más duro que podía permitirse contra un antiguo discípulo suyo que lo maltrataba era citar la frase del Borges de Evaristo Carriego: “escribía poco, lo que significa que sus borradores eran orales”. Y sin embargo, los hombres que él declaraba admirar antes que nada eran aquellos que se habían jugado la vida en la defensa de los derechos humanos en nuestros años setenta.

Podemos confesarlo ahora, que ningún cargo académico le será negado: la acusación que le lanzaban desde el despacho del tercer piso era cierta. No era un filósofo del derecho; era simplemente un filósofo. Su problema era, ni más ni menos, la verdad. De última, no era esa una palabra ausente en aquellas aulas, donde se oía hablar de verdades reveladas, verdades ópticas, verdades correspondencia. El problema era que Enrique la buscaba en el reverso de la verdad y eso era lo académicamente imperdonable. La exploraba en los pliegues de la ideología. La descubría en la ficción. La mostraba en el imaginario social. No es casual que el banquete haya sido la topografía que lo retuviera hasta el final, allí donde la verdad podía aparecer entre vómitos rojizos y estertores - “risa que precisa la confianza del alcohol”, sonreiría él -.

Enrique no se ofendería si confieso, hoy, aquí, algo que se pareció a un distanciamiento - “y alegre me alejé en aras de otro amor”, sonreiría él -. La llegada a otra tradición universitaria me mostró cosas que la cercanía me ocultaba. Su erudición no era ilimitada. No, realmente mi hermano Gustavo tenía razón, no escribía tan bien. Su lectura de Kelsen ya no me convencía. Lacan no era Gardel y Legendre su Lepera. Casi a modo de despedida, hice una reseña de Papeles de filosofía para una revista francesa; también le dediqué una conferencia donde criticaba su lectura de Bentham. Y empecé una relación distinta con él. Comencé a responderle el tuteo. Lo iba a visitar en esos inviernos porteños gloriosos de sol y hablábamos de París, o de tango, o de tangos que hablaban de París. No sé cuanto tiempo me llevó darme cuenta que, pese a todo, buena parte de mis preocupaciones filosóficas ya estaban contenidas en trabajos suyos que hacía un lustro no leía. Ciertamente, no era su discípulo en el terreno de las ideas. Pero las lecciones de Enrique, ahora lo sabía, no habían sido sobre Freud, Marx, Stegmüller, sino sobre ética. Sin duda para él, la ética podía enunciarse, y se debía, pero, sobre todo, Enrique la mostraba, *wittgensteiniano* en actos en eso que ética y estética son la misma cosa.

La tradición en esta institución quiere que se tenga “un” maestro. Ni hablar en este país donde trabajo y vivo, donde la lengua ni siquiera distingue entre maestro y amo. Pero yo le debo a mi maestro no haber estado nunca condenado a un maestro. Enrique Marí fue mi primer maestro, no sólo cronológicamente hablando, sino en sentido estructural, aquel que me formó indeleble a cualquier sumisión intelectual o académica. Claro que si se piensa que la relación maestro-discípulo es por definición exclusiva, posesiva, expansiva, hay que admitir que Enrique fue la exacta y perfecta negación de un “maestro”. Es decir, un verdadero maestro. “Dejó un pedazo de vida, y se marchó” - sonreiría él.

SEMBLANZA DE ENRIQUE MARÍ: INTELLECTUAL Y ARTISTA DE LA PALABRA*

Eduardo S. Barcesat* **

Estas líneas no se proponen una labor biográfica o dar cuenta de la producción intelectual de Enrique E. Marí. Por lo entrañable de la amistad que mantuvimos, junto a Jorge L. Rébora, quiero aportar el relato - intimista, tal vez - de nuestro encuentro y las experiencias docentes en la Filosofía de Derecho.

Nos conocimos en el año 1967, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el entonces Instituto de Filosofía del Derecho, junto al inolvidable Rébora. Nos habíamos inscripto, los tres, para cursar el doctorado en esa especialidad, y en el caso de Jorge y mío, miembros de la carrera docente, renunciando del año 1966 tras el golpe de Estado de la autoproclamada "Revolución Argentina", el propósito manifiesto era mantenernos vinculados a la investigación y especialización con la esperanza de regresar, en algún momento, a la docencia.

No era un clima muy simpático el que imperaba en el Instituto de Filosofía del Derecho. Con Rébora éramos los únicos renunciando, en esa especialidad, tras la noche de los bastones largos - en tanto que, los que habían anunciado renunciar... se quedaron para "luchar". Por "luchar" se entendía guiñar el ojo o enarcar la ceja cuando, examinando un texto clásico, se nombraba al "tirano" La audiencia debía interpretar que esa mirada o gesto cómplice tendía a denunciar y debilitar a Onganía.

La simpatía y la amistad surgieron espontánea e inmediatamente entre este trío de "desarraigados" del Instituto, y a los pocos minutos de conocernos Marí hizo una cita de Carlos Marx, lo que terminó de identificarnos. A las pocas clases se sumó Elena Muñoz, y nos constituimos en los "tres mosqueteros y su D'Artagnan".

Desde luego éramos el grupo contestatario dentro de un elenco que, homogéneamente en ese entonces, seguía los dictados de la filosofía analítica y del positivismo lógico. Nos reuníamos todos los sábados para estudiar y proseguir nuestro curso de doctorado, reuniones que se hacían tras montañas de tostados mixtos y tortas caseras que honraban culinariamente la Investigación filosófica. La amistad del grupo se hizo entrañable. Jorge, que cursaba la carrera de filosofía, comandaba incuestionablemente al elenco, por su saber y erudición. Él era mucho más brillante y comunicativo en un pequeño grupo, como éste que conformábamos, que exponiendo

* Publicado en la Revista *Locas*, Buenos Aires, octubre de 2001. La Secretaría de Redacción de *Crítica Jurídica* en Buenos Aires, agradece muy especialmente al *Staff* de dicha publicación y a la *Asoc. Madres de Plaza de Mayo*, el permiso para reproducir en sus páginas este valioso aporte.

** Abogado, Profesor Titular Regular de Teoría General del Derecho y Derechos Humanos, Facultad de Derecho (UBA). Docente en la Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo.

62 SEMBLANZA DE ENRIQUE MARÍ: INTELLECTUAL Y ARTISTA DE
LA PALABRA

en público, donde su timidez o humildad le imponían una suerte de autolimitación. Cuando Jorge se presentaba a rendir una materia del curso de filosofía era porque ya no soportaba seguir sin darla. Era exigente, empezando por sí mismo. Desde luego, pocas veces supe que le hubieran puesto una nota inferior a diez.

El doctorado comprendía dos cursos y dos seminarios, ambos de duración anual. Por razones de horarios debimos dividirnos en los seminarios. Con Jorge nos inscribimos en uno sobre la metafísica en la obra de Platón a cargo de Jorge Bacqué - quien luego sería ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; el único que votó la inconstitucionalidad de la "obediencia debida" -, en tanto Marí y Muñoz se inscribieron en un seminario sobre Strawson a cargo de Roberto J. Vernengo. En las reuniones de los sábados intercambiábamos información sobre el dictado de estos seminarios y el "clima" imperante en cada uno. En nuestro caso - el del seminario sobre Platón - sorprendimos al curso cuando Rébora propuso el tema que abordaríamos juntos: 'Elementos órficos y pitagóricos en la metafísica platónica'. ¿Impresionante, no? Pensé lo mismo cuando lo escuché a Jorge anunciar el tema, y a la salida de la clase lo increpé, desesperado, para que me informara, al menos, de qué se trataba. Luego supe que abordaríamos un tema fascinante, el de la función de los mitos en la dominación social, que de eso se trataba, bien que investigado a través de la influencia del orfismo - una religión desaparecida que ha influenciado fuertemente al cristianismo, particularmente en sus ritos, y de las formulaciones de Pitágoras bastante efectivas en eso de meter miedo al pueblo. En tanto, Marí y Muñoz preparaban su monografía sobre Strawson.

Marí nos había transmitido su malestar por la forma dogmática en que se impartía la enseñanza. Para ser sinceros, también el curso principal, destinado a la obra de uno de los notables del Círculo de Viena, Rudolf Carnap, se dictaba en forma dogmática, acrítica, aunque, debemos confesarlo nos divertíamos haciendo rabiar a los docentes con nuestros cuestionamientos... desde la vereda de enfrente.

Si me he detenido en relatar pormenores del curso de doctorado en Filosofía del Derecho, es porque él producirá un vuelco fundamental en la vida de Marí y de todo el elenco.

Jamás me olvidaré de cómo fue la defensa de la monografía que elaboramos junto con Rébora. Vino la plana mayor del Instituto de Filosofía, comandada por un señor, incomparable, como era Ambrosio L. Gioja, y personalmente temblaba porque me tocó exponer en primer término. Sin embargo, no hubo sobresaltos: a quien realmente esperaban era a Rébora. Tanto que al escribir sobre el pizarrón haciendo chirridos con la tiza, Gioja no pudo contenerse y exclamó: "... Rébora, seréne o póngale aceite a la tiza...". Pero, en nuestro caso, todo concluyó con calificación "sobresaliente"

No fue así en el caso de Enrique. El titular del seminario, tal vez respondiendo a las impugnaciones que Marí hizo durante el dictado del seminario, incurrió en el 'error histórico' de desaprobó la monografía. Y allí cambió la historia de la Filosofía del Derecho. Quisieron molestar a un estudioso que expresaba lo que pensaba con integridad intelectual, y dieron lugar al parto de un gigante del saber jurídico y filosófico.

Con humor no exento de realismo, la vida de Marí puede dividirse en dos etapas: antes del seminario de doctorado; después del seminario.

Enrique, personalidad tranquila, humilde y sencilla en el trato cotidiano, se convirtió en una fiera. Para calmarlo todos leímos su trabajo y concluimos que era bueno, muy bueno, para ser sinceros. Pero nada lo apaciguaba. Preparó la respuesta, bautizada por nosotros como las 'nuevas catilinarias'.

En esa determinación Marí se inscribe para cursar filosofía en la Universidad de Buenos Aires. Fue un alumno brillante. No satisfecho con cursar una nueva carrera impulsó que hiciéramos un curso con Raúl Sciarreta, amigo personal de Rébori y que - como algunos cultores del saber apreciaron- fue un erudito, un ermitaño dotado de una cultura enciclopedista; un científico superior sin título universitario, pero que deslumbró en Europa.

Toda esa acumulación de saber se volcó en la respuesta aportada por Marí, impugnando la desaprobación de su monografía sobre la filosofía analítica, y el texto de esa respuesta, ampliado y corregido se convirtió, en poco tiempo, en su obra *Neopositivismo e Ideología*, editada por Eudeba y donde Sciarreta se desempeñaba entonces como asesor editorial.

El lector encontrará en las páginas preliminares una dedicatoria a Rébori, Muñoz y a mí que reconoce el esfuerzo común.

Al mismo tiempo se producían cambios notables en la política y consecuentemente en la universidad. La dictadura se derrumbó y Héctor Cámpora inauguraba aquella transición democrática breve. Mario Kestelboim es designado decano de la Facultad de Derecho y a poco de instalado emite una resolución por la que se declaran nulas las renunciaciones de los docentes que se alejaron en la ‘noche de los bastones largos’.

Rébori, con toda justicia, es designado profesor titular interino de Introducción al Derecho y las Ciencias Sociales, y por supuesto lo acompañamos junto con Marí y Muñoz.

En el cuatrimestre siguiente y como un reconocimiento al valor de los aportes de nuestra cátedra, se nos nombra docentes en Filosofía del Derecho. Nuevamente es designado titular Rébori, y como primer adjunto, Marí. Sólo puedo definir esa etapa como un tiempo de vértigo. Nuestras cátedras nucleaban 34 docentes.

Por ese entonces Louis Althusser, que había comenzado a traducir al francés el libro de Marí, *Neopositivismo e Ideología*, se carteaba con nuestro elenco docente.

Seminarios, cursos, congresos, encuentros y debates nos tenían absorbidos. En algún momento Rébori, fatigado, quiso dejarle a Marí la cátedra de Filosofía del Derecho y a mí la de Introducción al Derecho y las Ciencias Sociales. Decía, no sin razón, que había perdido su vida privada.

Pero como todo lo bueno que puede suceder en nuestro país dura poco, bien pronto la denominada ‘misión Ivanissevich’, suerte de topadora universitaria, se encargaría de aliviar nuestros tiempos. En efecto, nos quitaron ambas cátedras y como gesto de condescendencia no se quemaron nuestras publicaciones, editadas por la Facultad, porque -como lo reconociera Francisco M. Bosch, decano de la topadora-: “...no se podía cuestionar el mérito científico de nuestras publicaciones... pero éramos incompatibles con el proyecto peronista...”. Incompatibles éramos, en efecto, pero de Isabel, el ‘brujo’ López Rega y la Triple A”.

Así que, nuevamente, desde el segundo cuatrimestre del año 1974, a la calle y a proseguir la lucha por otros senderos, no en el quehacer universitario.

Poco tiempo después la preocupación por la actividad docente que nos fuera sustraída se convirtió en angustia, lucha y solidaridad en defensa del derecho a la vida y a la libertad. Rébori fue desaparecido, junto a su esposa Celia S. Machado, en la noche del 1 de febrero de 1977. Estaba en vísperas de viajar a Francia donde había logrado exiliarse a su hija. Tenía pasajes por la línea aérea *Sabena*, a la que la dictadura le canceló

la autorización para hacer escala en la Argentina como represalia por las críticas del gobierno belga. *Sabena* le cambió los pasajes para que volara por *Alitalia*... dos días después. En ese intervalo ocurrió el secuestro y desaparición forzada de Jorge.

También fue desaparecido, el día siguiente, Horacio Rébora, hermano de Jorge, y seguramente por la sola circunstancia de ser su hermano. Ese día previo a su desaparición, habíamos radicado el *hábeas corpus* pidiendo por él y por Celia. Proseguí a título personal e invocando la condición de amigo -hasta hay mismo, y no cesaré - la causa por la desaparición forzada de los tres.

Marí se encontraba dictando cursos en la Universidad de Friburgo, Alemania, y se conmovió por la noticia de la desaparición del común amigo. Logró que muchos intelectuales y centros universitarios europeos reclamaran de la dictadura militar la aparición de Jorge y sus familiares. Todo inútil al igual que el *hábeas corpus*, luego convertido en querrela por privación ilegal de la libertad agravada, y mas luego en afluente de la Causa N° 13/84, y ahora en tributaria en la causa llevada adelante, por genocidio, ante el Juzgado N° 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, España, por el juez Baltasar Garzón.

Años después el reencuentro con Marí aquí no pudo ser un abrazo feliz. En el medio estaba la figura del amigo ausente, ausente para siempre.

Enrique siguió siendo para mí la figura inspiradora del diálogo con el conocimiento. Conozco su producción y su batallar por recuperar los lugares académicos que le correspondían. La transición democrática iniciada en 1984 no fue generosa para con los docentes universitarios perseguidos.

Pudimos reinsertarnos en forma aislada y transitoria, hasta que llegaron los concursos docentes. En algunos casos tuvimos que soportar que en los dictámenes de los jurados se expresara, a nuestro respecto: "... no tuvo un ejercicio continuo de la actividad docente..." como si nos hubiéramos alejado de la docencia e investigación por nuestra propia voluntad y no arrastrados y golpeados por las palas y los picos de los genocidas de la vida y del saber.

Los reconocimientos y las posiciones académicas llegaron varios años después, pero llegaron. Claro que a Marí la condición de profesor titular en la Facultad de Derecho de la UBA le costó no sólo el esfuerzo de concursar, sino de impugnar y litigar, por espacio de años, contra un dictamen miserable que lo desaconsejaba como profesor titular a pesar de existir la vacante. Por unanimidad el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y de la UBA anuló dicho dictamen y otorgaron a Enrique el lugar que merecía.

Lamentablemente para muchos futuros abogados Marí accedió a la titularidad cuando ya estaba próximo a cumplir la edad límite de 65 años con que aún se discrimina en la UBA. Pero para fortuna del saber, Enrique ocupaba también lugares únicos en la Facultad de Ciencias Sociales y en la Facultad de Filosofía, además de la de Derecho. Su aporte se brindaba en institutos especializados, en cursos de posgrado y a miembros de las carreras docentes de las facultades.

Las publicaciones de Marí merecen un párrafo aparte no sólo por su contenido profundo, erudito, universalista, sino también por su estilo. Amante como pocos de la literatura e investigador de los entrecruzamientos entre literatura y derecho, los textos de Marí seducen por esa alegría y belleza de su pluma realmente incomparable.

Siempre que necesité un consejo, él fue mi consejero, erudito y humilde a la vez. Lo había propuesto como director de tesis para concluir mi doctorado en Filosofía

del Derecho. Aguardo producir un texto que honre, la amistad que tuvimos. Afortunadamente y sin saber que el amigo rozaba el final de su existencia, pudimos cumplir un nuevo emprendimiento. Fue en la Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo. Respondiendo a la gentil invitación de Vicente Zito Lema y Gregorio Kazi no sólo acepté sumarme con entusiasmo al compromiso docente, sino que transmití la invitación a Marí. Dije al presentarlo en su primera exposición que era para mi una emoción, porque se incorporaba un investigador y docente de la más alta calificación científica, comprometido y dotado de un humanismo y sencillez impar. Enrique esbozó una tibia sonrisa y mirándome exclamó: "... qué exagerado! ..."

Sin embargo no exageraba un ápice. Tan sencillo y modesto este amigo que, cuando afectado por el padecimiento que lo llevó a la muerte, declinó aceptar un nuevo cielo docente invocando "razones de viaje".

Cierro recordando un tramo de la lucha por el común amigo Rébori. En un momento de pesadumbre, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación nombrada por la dictadura y para intentar conmover las piedras, tracé un retrato de él: "... así como Julius Fucik nos dejó la imagen del que tuvo la alegría de la lucha y que por esa misma alegría marchó hacia el cadalso, reconocía en Jorge L. Rébori al hombre que tuvo la alegría del conocimiento y que murió, por esa misma alegría, sin ninguna otra razón..."

Marí tuvo y ejercitó también la alegría del saber, y brindó esa alegría a todos los que tuvimos el privilegio de conocerlo y compartir su amistad.

No quiero concluir con tristeza, aunque ella me embarga al tiempo de escribir. Quiero dejarles la imagen del Enrique sonriendo con esa ironía suave y penetrante de intelectual y artista de la palabra, admitiendo que nos tocaba vivir en un país raro, incorregible. Él con su erudición y sus citas literarias, con esa poesía que fluía de una escritura y discurso formidables. Con su saber contenido, para no herir y - fundamentalmente- con su compromiso y sus principios ineludibles.

Hasta siempre Enrique...

LA RIQUEZA HUMANA COMO CRITERIO DE VALOR*

Joaquín Herrera Flores**

Que yo sepa, nadie está usando los elementos del aire que dan dirección y movimiento a nuestras vidas. Sólo los asesinos parecen extraer de la vida, en grado satisfactorio lo que le aportan. La época exige violencia, pero sólo estamos obteniendo explosiones abortivas. Las revoluciones quedan sesgadas en flor, o bien triunfan demasiado deprisa. La pasión se consume rápidamente. Los hombres recurren a las ideas comme d'habitude. No se propone nada que pueda durar más de veinticuatro horas. Estamos viviendo un millón de vidas en el espacio de una generación. Obtenemos más del estudio de la entomología, o de la vida en las profundidades marinas, o de la actividad celular...

(Henry Miller, *Tropico de Cáncer*, 1986, 18-19)

La imposibilidad de realizar la bondad sobre la tierra, no es sino la imposibilidad con que tropieza un pobre loco para realizarla. Todas las puertas quedan abiertas. ...

(Luis Martín Santos, *Tiempo de silencio*, 1983, 76)

Como se habían vuelto criminales, inventaron la justicia y redactaron códigos para encerrarla en ellos...

(F. M. Dostoyevski, *Sueño de un hombre ridículo*, O. C., III, 1240)

Introducción

En su juventud, Marx escribió: “toda la historia es la historia de la preparación y desarrollo del *ser humano* como objeto de la conciencia *material* y de la necesidad del *ser humano como ser humano*”. Los derechos humanos han constituido la formulación más general de esa necesidad. Han sido vistos como la exigencia normativa más abstracta y universal de la exigencia humana por encontrarse a sí misma en la lucha histórica por la dignidad. Sin embargo, esa generalidad y esa pretensión de registrar las características básicas de la humanidad han conducido en muchas ocasiones a idealizaciones y fundamentaciones trascendentes de los mismos. La más abstracta es la que afirma que los seres humanos tienen derechos por el mismo hecho de haber nacido; derechos que les pertenecen más allá de su propia inserción en contextos particulares; derechos, pues, que están situados en el vacío de una naturaleza humana desvinculada de las situaciones, los espacios y la cultura donde desarrollamos nuestra lucha por una vida digna de ser vivida. Al presentarse como postulados generalizables a toda la humanidad,

** Director del Programa de Doctorado *Derechos Humanos y Desarrollo*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

los derechos humanos han sido el campo de batalla donde los intereses de poder se han enfrentado unos a otros para lograr institucionalizar “universalmente” sus puntos de vista sobre los medios y los fines a conseguir. Por ello, toda clase social en ascenso formula sus pretensiones en nombre de la humanidad; toda ideología hegemónica pretende justificar los intereses que le subyacen bajo la forma de lo universal; y toda cultura dominante exige la aceptación general de sus presupuestos básicos.

Acudir al concepto de *lo que es común a lo humano* constituye una tendencia histórica de largo alcance por la que múltiples pueblos y distintas formaciones sociales han intentado formalizar sus pretensiones más genéricas. Es posible ir rastreándola en multitud de documentos, inscripciones y monumentos de índole religiosa, filosófica o mitológica. Este hecho nos va mostrando cómo “lo humano” se va construyendo como un proceso de liberación de cadenas biológicas o naturales que nos atan a los instintos –de ahí el “malestar” profundo de toda estructura cultural ya denunciado por Freud. Pero, paralelamente, también nos muestra que toda justificación ideológica con pretensiones de universalidad pretende relacionarnos con realidades trascendentes a nuestra finitud e insignificancia. Véanse las diferentes justificaciones a favor y en contra de la esclavitud para darnos cuenta de lo dúctil que es el argumento de lo humano universal.

Bajo esa apelación se han cometido los mayores horrores y se han construido los ideales más hermosos. Se han justificado la conquista, dominación y genocidio de pueblos enteros, y, al mismo tiempo, se ha luchado por la igualdad de todos los seres humanos o se han erigido monumentos a la tolerancia, tanto en Occidente como en el resto de culturas que conviven en este mundo. Por poner un ejemplo: ¿De qué se defendían los hombres y mujeres del 2 de Mayo madrileño pintados por Goya?. Atacando ideales universalistas de la Ilustración francesa, los “rebeldes” se dejaban matar por ideales, asimismo, universalistas de la tradición antiilustrada española. Mientras, los soldados del ejército de la libertad los asesinaban en nombre de los ideales más universales surgidos de la Revolución ilustrada. Siendo dos particularismos, se llegaba a la violencia en tanto que se presentaban como ideales universales que todos debían aceptar. Lo humano abstracto contra lo humano abstracto; triunfo y miseria de ideales enfrentados a realidades sociales o formaciones culturales asimismo preñadas de afanes universalistas. *El siglo de las luces* de Carpentier; *Los versos satánicos* de Rushdie; *Las cruzadas vistas por los árabes* de Maaluf; las “instantáneas” de Salgado; y tantas otras obras inmortales, nos recuerdan que las referencias a lo humano universal es un tema recurrente a lo largo de la historia y que ha justificado tanto el mayor horror como la más profunda de las bellezas. La referencia a lo humano universal lo podemos hallar tanto en la selva Lacandona, como en los despachos del Banco Mundial.

Lo que interesa resaltar aquí es cómo los derechos humanos han servido para “ajustar” la realidad en función de intereses generales de poder de la clase social, la ideología y la cultura dominantes. Y cómo bajo esa pretensión de definir “lo humano” se ha ido consolidando la necesidad ideológica de abstraer los derechos de las realidades concretas. La “racionalidad” no era más que lo que se ajustaba a esa formulación abstracta, ideológica y pragmáticamente separada de los contextos. Al ser la visión occidental-liberal de los derechos la que se presenta *globalmente* como la universal, cualquier desviación de la misma es vista como una violación sangrante de esa ética y esa justicia universales. Esta visión se presenta, pues, como la ideología global de los derechos humanos: no como una perspectiva *parcial* de los mismos que deba ser

contrastada con otras formas culturales no hegemónicas. Al final el universalismo del Banco Mundial triunfa sobre el de los lacandones.

Un particular: “la cultura occidental” vence y se autonoombra lo universal, relegando las otras culturas al campo de la barbarie o de la inmadurez. O todas las culturas y formas de vida aprenden a hablar según el idioma universal de la concepción occidental de los derechos, o tendrán dificultades para ver garantizadas sus propias opciones, sean económicas, políticas o culturales. La fuerza de las armas o de las cuotas de mercado imponen un criterio que determina si una cultura cumple o no con los requisitos de adecuación al orden hegemónico. Todas estas constataciones nos llevan a las siguientes preguntas: ¿existe algún criterio que nos permita apelar a lo humano sin caer en esas abstracciones ideológicas? ¿ese camino del ser humano al ser humano dependerá sólo de la fuerza y del poder hegemónicos, o los débiles, los excluidos o los olvidados por ese orden dominante tienen algo que proponer? afirmar que *toda* construcción universalista se compone de ficciones sin más objetividad que la que le otorga la hegemonía cultural ¿impide buscar un criterio que nos permita juzgar si tal o cual teoría o práctica social suponen un progreso o un retroceso axiológico?

En nuestra búsqueda partimos de la siguiente hipótesis: la existencia de un criterio de enjuiciamiento lo suficientemente amplio como para permitirnos afirmar o negar la generalidad de un derecho, de una teoría o de una práctica social; y lo suficientemente concreto que repudie cualquier trascendencia que se sitúe más allá de lo que somos y en dónde estamos. Para esta tarea vamos a acudir al arte. La obra artística es un ejemplo de que hacen falta dos libertades para construir un conocimiento adecuado de la realidad. La razón científica sólo reconoce una libertad: la del grupo de especialistas que manejan los instrumentos cognitivos y materiales necesarios para acercarse al resultado de la investigación. En el arte siempre hay que contar con dos libertades: la del autor y la del lector, y ambos no pueden separarse del contexto general sobre la que se sitúa la obra. La razón científica se presenta como objetiva, racional y universal, relegando al arte a lo subjetivo, lo emocional / pasional y lo particular, es decir, no generalizable más allá del trasfondo cultural sobre el que se ha realizado. Todo lo contrario que la razón científica, siempre potencialmente aplicable a cualquier contexto y cualquier forma cultural. La imagen de lo científico es la flecha; mientras que la de lo artístico es la espiral, ascendente y descendente, vertical y horizontal, como la escalera de Montaigne o los dibujos de Escher. La razón científica busca un punto final, la verdad, el resultado. El arte, como defendió Freud en su artículo “Análisis terminable e interminable” (1937), se somete a la continua y fluida interpretación siempre renovada: es comprensión de las relaciones, proceso.

¿Existe una sola verdad, o al estilo de, por ejemplo, Joseph Raz, un conjunto de “valores verdaderos” a los cuales sólo podremos llegar por un único camino? ¿Ayudaría esto en algo a *Lord Jim* de Conrad, como arquetipo de aquellos que huyen de sí mismos y de su responsabilidad? ¿Qué es la verdad, o cuáles son los valores verdaderos de aquellos campesinos dibujados por Scorza en *Redoble por Rancas*: la de los teóricos modernizadores de la globalización, o la narración de un “cerco” que los va ahogando y encerrando cada vez más en su incompreensión de lo que ocurre? ¿No es posible tender un puente entre el saber racional del filósofo occidental y el mundo espiritual del monje budista? ¿Un libro como el *Quijote*, escrito en la interacción externa de tres culturas: la judía, la árabe y la cristiana, y en el centro de la lucha interna entre dos visiones del mundo: la aristocrática decadente y la burguesa ascendente, no le es

posible hablarnos desde y para diferentes perspectivas culturales al mismo nivel que una teoría científica exitosa?

Nuestra pretensión es huir de todo universalismo a priori. Hay que dudar de todo. Hay que cuestionarlo todo. Incluida la Razón Científica. Y el arte tiene como base dudar hasta de sí mismo. La ciencia *analiza*, rompe lo real para conocer las partes. El arte *realiza*, nos relaciona con nosotros mismos y con el mundo siempre en función de la presencia real del otro y de lo otro. La ciencia establece una “autoridad”, un meta-nivel que potencia la aparición de mediadores, de “representantes” de la verdad. El arte permite el múltiple comentario, la dúctil y plural interpretación, la variedad de lecturas y recepciones. La verdad científica pretende afirmar cuatro principios: el de “independencia” con respecto a la existencia humana (sólo podemos actuar para “encontrarla”); el de “correspondencia” con la realidad; el de “bivalencia”, cada enunciado es verdadero o falso; y el de “singularidad”, ya que sólo hay una completa y verdadera descripción de la realidad. Mientras que los del arte, si seguimos al maestro Steiner, son el de inmediatez, el de compromiso personal y el de responsabilidad. La ciencia avanza eliminando lo que considera errores. Por el contrario, el arte actúa como memoria de lo humano; el arte funciona como Cinoc, aquel personaje de *La vida instrucciones de uso* de George Perec, cuyo oficio consistió durante años en “matar palabras” fuera de uso, y al final se dedicó a recopilar lo que él mismo deshizo en un gran diccionario de términos, que aun olvidados, seguían hablándole como ser humano. “El bienestar del hombre –afirmaba Joao Guimaraes Rosa- depende del descubrimiento del suero contra la varicela o la mordedura de la serpiente venenosa, pero también de que devuelva a la palabra su sentido original: meditando sobre la palabra, el hombre se descubre a sí mismo”. No podríamos describir mejor el papel que juega el arte en nuestras vidas y en nuestra acción.

El camino que nosotros elegimos en la búsqueda de ese criterio de valor, consiste en partir del análisis de cuatro grandes obras de arte que, en su complejidad y ductilidad interpretativas, niegan esos cuatro principios de toda racionalidad cientifista y nos ponen ante las huellas de lo humano concreto. Estas cuatro grandes obras negarán *ab initio* la existencia de un acuerdo, pero vistas a distancia permitirán una lectura a contrario que nos pondrá en marcha hacia la posibilidad del mismo. Desarrollemos paso a paso nuestra argumentación.

2 La Imposibilidad del Acuerdo

En la cultura moderna y contemporánea podemos encontrar múltiples ejemplos en los que se ha expuesto la *falta* de ese criterio de valor. Reduzcamos el número a cuatro pilares de nuestra concepción del mundo, tales como J. J. Rousseau, F. M. Dostoievski, R. Musil y A. Berg, con sus respectivas obras *La Nouvelle Heloise*, *Los Hermanos Karamazov*, *El Hombre sin atributos*, y la versión operística de *Wozzeck* de G. Buchner. Todas y cada una de estas obras comparten un elemento: la tragedia del hombre contemporáneo enfrentado a un mundo que se le opone fieramente y frente al que la impotencia, la inacción, el aislamiento, la locura y, quizá, la ironía, constituyen las únicas armas “reales” de las que se puede disponer.

Estos cuatro momentos artísticos, ejemplos claros de cómo la obra de arte no puede ser entendida fuera o aislada del proceso cultural, filosófico y científico de su

momento, apuestan, cada una a su manera, por cuatro “imposibilidades”, hijas predilectas de la que podemos llamar la Gran Imposibilidad: la existencia de valores fijos y universales.

La Nueva Eloísa nos presenta la imposibilidad de la pequeña comunidad rural libre de conflictos; el capítulo *El Gran Inquisidor*, de la obra cumbre de Dostoievski, nos pone ante la imposibilidad de la comunidad religiosa fiel a los principios humanitarios del cristianismo originario; *El Hombre sin atributos* nos muestra la imposibilidad de la comunidad burguesa; y el *Wozzeck* de Alban Berg, pone en evidencia la imposibilidad del individuo golpeado por los frentes irracionales del poder, la ciencia y los sentimientos. ¿Cómo encontrar una verdad, aunque sólo sea una, en este mundo de imposibilidades? “La auténtica verdad que une a dos personas no se puede expresar. En cuanto nos ponemos a hablar las puertas se cierran; la palabra sólo sirve en las comunidades irreales, se habla en las horas en que no se vive...”.¹ Así Musil; y con él los otros autores mencionados y todo aquel insatisfecho ante la realidad que le viene dada.

“La palabra sólo sirve en las comunidades irreales”. Frase esta que resume las inquietudes proyectadas en las otras obras, y que encuentra un apoyo sólido en la “Quinta Ensoñación del Paseante Solitario”, y en el silencio pesado y terrible del Cristo dostoyevskiano. En las obras mencionadas hay un intento común por buscar la verdad fuera de la sociedad, y el resultado es trágico; suicidio de Julie, condena a la hoguera del mismo Cristo, la duda hiriente de Ulrich, y el asesinato y muerte de Wozzeck.

En *La Nueva Eloísa*, el canto al amor y el desprecio a los prejuicios y a los celos, conduce a sus protagonistas a postular la “soñada” unidad de belleza y bien, pero no en los libros, no en la razón, sino en el ámbito del corazón, es decir, en la naturaleza bien ordenada, carente de modelos a imitar. El amor aparece como contrapolo de la razón y el deber, la sabiduría del prejuicio, la persona de la sociedad, ya que “El hombre es un ser demasiado noble para ser tan solo el instrumento de los demás, y no debemos aplicar aquello que es conveniente a todos sin considerar también lo más conveniente para cada uno; porque los hombres no dependen del entorno, más bien el entorno está hecho para los hombres, y para situar convenientemente las cosas no es tan importante buscar la mejor distribución del trabajo sino buscar el trabajo más apropiado a cada hombre, aquel en el que se sienta lo más feliz posible”.² La verdadera vida humana, para la cual el hombre ha nacido, y a la que no se da por perdida hasta el día de la muerte, es la vida de *bonheur* descrita por Rousseau en la “Comunidad de Clarens”. Comunidad en la que el bienestar coincide con el mínimo vital; en la que la superación de la miseria se debe a la caridad y a la piedad; una comunidad de hombres y mujeres felices que huyen de la opresión de la colectividad y de lo impersonal o desordenado. Ese “mundo feliz” es un mundo donde “un reducido número de personas tranquilas y apacibles, unidas por necesidades mutuas y por una recíproca amabilidad y concordia, en aras de un objetivo común, encontrando cada uno en su estado todo lo necesario para ser feliz y no desear ser otra cosa; sentirse siempre libre de ataduras con

¹ R. Musil, *El hombre sin atributos* (trad. del alemán por J. M. Sáenz), Seix Barral, 4 tomos, 4ª ed., Barcelona, 1983. Para el texto citado vid. Tomo II, p. 105. Para el *Gran Inquisidor*, se han utilizado las *Obras Completas* de F. M. Dostoyevski: *Los hermanos Karamazov*, trad. y edición a cargo de Rafael Cansinos Assens, Tomo III, pp. 204-218. Por lo que respecta a *La Nouvelle Heloise*, la edición manejada ha sido la de las *Obras Completas* de J. J. Rousseau, Bibliothèque de la Pléiade, Tomo II, pp. 5-748.

² J. J. Rousseau, *Julie ou La Nouvelle Heloise*, op. cit., “Première Partie”, L. XII, y el “Preface Dialogué”.

el único deseo de garantizar el cumplimiento de los deberes”.³ *La Nueva Eloísa* constituye un elogio de lo inmediato y de lo no excesivo, que hallará posteriormente un defensor sólido en Feuerbach. Inmediatez como base de una felicidad frágil que se rompe al menor conflicto entre necesidades individuales y que muestra al final la imposibilidad de una sociedad, por pequeña que sea, regida por la “voluntad de todos”.

En el *Gran Inquisidor*, Ivan Karamazov se dirige a su atónito hermano Alíoshka, desplegándole una tesis opuesta, en principio, a la de los personajes de la obra rousseauiana. En este terrible, y a la vez, clarividente capítulo, se afirma que para conseguir la felicidad, los seres humanos tienen que renunciar a la rebeldía -es decir, a la libertad- y entregarla a quien la administre; “nunca en absoluto” -le grita el Gran Inquisidor al Cristo encarcelado en la Sevilla del siglo XVI- hubo para el hombre y para la sociedad humana nada más intolerable que la libertad”.⁴ La libertad sólo es apropiada para los elegidos, para un pequeño grupo de seguidores puros y fieles a las enseñanzas del maestro; pero en absoluto puede ser esto proyectable a la masa: “... esa gente está más convencida que nunca de que es enteramente libre, y sin embargo, ellos mismos nos han traído su libertad y sumisamente la han puesto a nuestros pies”. En vez de enarbolar la libertad, dales pan y tendrán a quien adorar; si no satisfaces sus necesidades básicas, buscarán a otro para uncirse su yugo. La tranquilidad de la conciencia arrastra a la humanidad, y ello no se consigue mediante la libertad, mediante el argumento de la libertad, sino eliminando la libre elección, el conocimiento “personal” del bien y del mal. Dales pan, argumenta el Inquisidor, pero también hay que darles *milagros*, porque “... el hombre busca no tanto a Dios como al milagro”; y, asimismo, hazlos depender de algún misterio en virtud del cual tengan que sentirse culpables a ciegas, aún a hurtadillas de su conciencia; y termina por imponerles la *autoridad* construyéndoles el imperio terrenal.

Sólo a través de estos elementos, unidos a la necesidad de *Poder*, es como se tranquilizarán las conciencias y se podrá reunirlos a todos en un común hormiguero... porque el ansia de la unión universal es el tercero y último de los tormentos del hombre. Siempre la Humanidad en su conjunto afanase por estructurarse de un modo universal (...) Con nosotros todos serán felices y dejarán de ser rebeldes; no se exterminarán unos a otros, como con tu libertad, en todas partes, ¡Oh! Nosotros los convenceremos de que sólo serán libres cuando deleguen en nosotros su libertad y se nos sometan... Sobradamente estimarán ellos lo que significa someterse para siempre. Y en tanto los hombres no lo comprendan, habrán de ser desdichados... Los más penosos secretos de conciencia... todo, todo nos lo traerán, y nosotros les absolveremos de todo, y ellos creerán en nuestra absolución con alegría, porque los librará de la gran preocupación, las terribles torturas actuales de la decisión personal y libre. Y todos serán dichosos... los embaucaremos con el galardón celestial y eterno.⁵

La imputación-satisfacción de necesidades básicas, la creencia en lo irracional y en la fe en la igualdad y unidad absoluta - ecuménica - de la humanidad, constituyen las tres tendencias que conforman el índice de felicidad del ser humano. Tendencias que no pueden ser llevadas a efecto a través de la libertad o de la libre elección personal. De esta libertad surge el caos y la guerra. La felicidad y la dicha no serán resultado sino de la renuncia a la libertad en favor de la adoración, de la creencia en el misterio y los

³ Ibid. op. cit. “Cinquieme Partie”, L. II, p. 536 del texto citado (el subrayado es nuestro).

⁴ F. M. Dostoyevski, *El Gran Inquisidor*. Op. cit., p. 208.

⁵ Ibid. Op. cit., pp. 213-214.

milagros, y de la entrega a una autoridad absoluta que invada hasta los rincones más recónditos del alma humana. El Gran Inquisidor nos muestra la imposibilidad de la comunidad ecuménica basada en la reivindicación optimista de la libertad individual. Si *La Nueva Eloísa* conducía a la tragedia individual, el *Gran Inquisidor*, concluye con la tiranía y la opresión colectiva.

En sus *Tagebücher*, Robert Musil se preguntaba: ...¿cómo situarse para entenderse con un mundo que no tiene firme alguno? No lo sé, y de eso se trata⁶. El problema quedaba planteado; la solución ni siquiera se entreveía; pero el “de eso se trata” parecía abrir un camino de salida a la consiguiente frustración. *El Hombre sin atributos* es como esas iglesias góticas que perduran siglos y a las que los añadidos no les afectan sino que las enriquecen. La falta de atributos del hombre contemporáneo se hace tópico a partir de la obra del vienés. Los últimos días de *kakania*, son el paralelo escéptico y casi claudicante de aquellos “Últimos Días de la Humanidad” del gigante solitario Karl Kraus, inmortalizado por Elías Canetti en el tomo II de su autobiografía, sutilmente titulada *La Antorcha al oído*. Las aventuras y desventuras de Ulrich en medio de un mundo por “asaltar”, son los ejemplos más estremecedores de la pérdida de sentido de una burguesía añorante de las maneras de una aristocracia decadente que, a su vez, miraba envidiosa la opulencia de banqueros e industriales, y de una burguesía y una aristocracia recelosas del polvorín de miseria y marginación desde el que se levantaban sus mansiones y palacios.

“El tiempo corría. Gente que no vivió en aquella época no querrá creerlo, pero también entonces corría el tiempo. No se sabía hacia donde. No se podría tampoco distinguir entre lo que cabalgaba hacia arriba y hacia abajo, entre lo que avanzaba y lo que retrocedía. Se puede hacer lo que se quiera -se dijo a sí mismo el hombre sin atributos-; nada tiene que ver el amasijo de fuerzas con lo específico de la acción”.⁷

La ausencia de “firme” provocaba la situación de vacío y de mareo que sufría Ulrich al darse cuenta de la falta de criterios sólidos para poder vivir, o lo que es lo mismo, en términos del “hombre sin atributos”, de actuar en la comunidad de su época; “... lo que mantiene la vida estriba en el hecho de que la humanidad haya logrado sustituir el aquello por lo que merece la pena vivir, con la otra frase; vivir para; en otras palabras reemplazando su estado ideal por el de su idealismo. Es un vivir ante algo; en vez de vivir se “aspira”, y, desde entonces su esencia reside tanto en empujar con todas sus fuerzas hacia la ejecución, cuanto en estar eximido también de dar alcance a aquello. Vivir para algo, es el sustituto verdadero del vivir “en”...”.⁸

Todo es una máscara, hasta los decorados de interiores muestran lo inespecífico de la época. Todo es un engaño, “la verdad no es, claro está, ningún cristal que se puede meter en el bolsillo, sino un líquido ilimitado en el que uno cae”.⁹ Y cuando uno se siente rodeado por la humedad de ese líquido, el único sentimiento albergable es el de repulsa; el de una repulsa negativa, sin alguna posibilidad de agarradero, como no sean nuestros propios cabellos. “Bien mirado -dirá el hombre sin atributos-, quedan

⁶ Texto citado por György Lukács, *Estética I. La peculiaridad de lo estético* (trad. de Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1982, volumen 2 “Problemas de la mimesis”, p. 476.

⁷ R. Musil, *El hombre sin atributos*, op. cit., 1, 2.

⁸ *Ibid.* Vid. Los “bocetos desarrollados sobre proyectos de lo años veinte y nuevos bocetos de 1930-1931/1933-1934” en *El hombre sin atributos*, ed. cit. Tomo IV, pp. 500-501.

⁹ *Ibid.* Op. cit., II, 110.

sólo los problemas lógicos de interpretación”.¹⁰ La política, la industria, los salones, la policía secreta, el amor fraternal y nada platónico, los sentimientos, el placer estético, las costumbres amaneradas, la falsedad; estos y otros momentos de la gran obra de Musil, no son sino compartimentos estancos en los que el ser humano deambula sin posibilidad alguna de comunicación con un mundo sin base firme, pues todos los valores en que descansaba la comunidad ancestral austro-húngara han perdido su vigencia y van siendo sustituidos, ficticiamente, por ideales cabaleresco-burgueses periclitados y ridículos. Las figuras que se pasean y argumentan en la obra de Musil no tienen más proyección que la que le ofrecen los espejos relucientes del “Biedemayer” decadente de los grandes salones. No existen bases, no hay pilares ni criterios sólidos donde apoyarse; lo único que queda es aprender del barón de Münchhausen y curarse del mareo a base de cerrar los ojos; “así uno llega por multitud de caminos contiguos a la afirmación de que los hombres no son buenos, hermosos y auténticos, sino *que prefieren serlo*; y uno barrunta cómo, tras el convincente pretexto de que el ideal es inalcanzable por naturaleza, encubren la grave cuestión de por qué esto es así”.¹¹

Es posible notar cómo en Musil aún cabe añorar la falta de por qué; del mismo modo, en Rousseau vemos como cayendo la tragedia sobre los protagonistas, los valores siguen incólumes esperando la llegada del Mesías: “la voluntad general”; en Dostoyevski, Cristo logra escapar a las garras del dogmatismo, con lo que parece que la libertad aún puede realizarse. Sin embargo, *Wozzeck*, el desdichado Wozzeck, torturado por la ciencia y vapuleado por el poder en un cuartel donde se reflejan la miseria y la locura del mundo, no le queda más que la alucinación y la visión de la sangre, cuando le arrebatan lo único que le hacía sentirse hombre: ¿el honor? El resultado de la ópera es de un *nihilismo aplastante*, como lo muestra la escena V del acto III, en la que un grupo de niños juega inocentemente al margen de la tragedia y entre los que se halla el hijo de Marie y Wozzeck, del que cabe decir es la imagen más destacada de la indiferencia ante la miseria y abandono del mundo absurdo que le espera amenazante. La falta de todo orden, de todo criterio sólido, necesitaba una *forma* precisa para ser expresada. Ni las cartas de Rousseau, ni el monólogo kamarazoviano, ni la incertidumbre narrativa de Musil pudieron mostrar en toda su crudeza la pérdida total de sentido del mundo circundante. Con su ópera, Berg logra ponernos delante del descalabro de la manera más sutil que cabría esperar; siendo cada escena un movimiento autónomo y cada acto una forma cíclica igualmente independiente -representación magistral del individuo encerrado en su particularidad y enfrentado a juegos lingüísticos cerrados en sí mismos, el oyente no sufre esta superposición de elementos aislados, sino más bien, sufre la tragedia en su conjunto; tragedia que no es otra que la del hombre moderno, la del “pobre hombre explotado y atormentado *por todo el mundo*”.¹²

En estas obras artísticas –como en muchas otras: en *Rayuela* de Cortázar o *Bajo el volcán* de Lowry- se nos expresa la gratuidad de una existencia sin proyecto alternativo. Son obras que reflejan un mundo sin esperanza, dada la distancia que se da entre lo que el ser humano exige y necesita y un orden social, económico y cultural que no deja otra vía de salida que la competitividad o el aislamiento. Son obras que a pesar

¹⁰ *Ibid. Op. cit.*, I, 46.

¹¹ *Ibid. Op. cit.*, IV, 501.

¹² Carta de Alban Berg a Anton Webern de 19 de agosto de 1918, citada por O. Neighbour, P. Griffiths y G. Perle, *La segunda escuadra vienesa*, Colección *New Grove*, publicada en castellano por Muchnik edit., trad. P. Sorozábal Serrano, Barcelona, 1986, p. 152.

de su distancia espacio/temporal pueden entenderse unidas ya que comparten un mismo contexto ideológico. Son hitos de un *mythos*, de una misma matriz cultural, que nos explica las razones de su crítica radical al orden existente. En este sentido Rousseau se halla más cerca de Musil, o Dostoyevski de Berg, que de algunos de sus contemporáneos. Lo importante en este momento es afirmar que con la obra artística nos abrimos más al otro y a lo otro que con la formulación científica; ésta estará más atenta al éxito frente al competidor, enmascarando objetividades bajo la nebulosa de lo empírico, que a la apertura a la pluralidad y ductilidad de sentidos. A través de la obra de arte podemos captar el choque entre universalismos, sin enfrascarnos en disputas academicistas. Aceptamos más la *presencia real* del otro y de lo otro, aún cuando el sentido explícito del texto sea el nihilismo. Esto nos abre la puerta a aquello que Levinas llamó la “infinitud”, es decir a la inacabable potencialidad de relaciones entre los seres humanos. Y esto ocurre con las obras que hemos elegido: la negación de un sentido absoluto, nos abre la puerta a la presencia de una multiplicidad de interpretaciones y lecturas.

En el terreno de la filosofía, este silencio y esta desesperación que aparecen como negación de un criterio absoluto de valor se interpreta de un modo trágico e irresoluble. Es el caso de L. Feuerbach, S. Kierkegaard y L. Wittgenstein. Estos pensadores intuyeron genialmente el fracaso axiológico de la sociedad burguesa, e instalaron sus argumentos en uno u otro momento de la crisis. Sin embargo, no es arriesgado afirmar que el pensamiento de estas tres personalidades de la cultura contemporánea es un pensamiento fetichista, desde el momento en que elimina la riqueza de relaciones que contiene todo fenómeno susceptible de ser analizado. Para Feuerbach, el único modo de resolver la crisis es a través de la relación Yo-Tú; Kierkegaard, coloca el “existir”, el estar fuera con los otros, en el estadio estético, siendo los otros dos estadios restantes -el ético y el religioso- un viaje sin retorno hacia lo singular o, a lo más, hacia pequeñas islas desesperadas dentro del océano de la sociedad burguesa; Wittgenstein, a pesar del valor de sus afirmaciones para la filosofía y la ciencia social actual, estableció un dualismo absoluto entre la forma lógica y el contenido del mundo, obviando con ello toda comprensión histórica de los juegos lingüísticos, al permanecer en la constatación de su existencia múltiple, dispersa e incommunicable.

Todos los análisis, por lo demás profundos y esclarecedores, de la filosofía contemporánea acerca de la multidimensionalidad del poder de manipulación -Foucault, de la entronización del consumo como “fetichismo” de la sociedad moderna -Baudrillard-, y de la irreductible tendencia del sistema cultural y político a ocultar la diferencia ontológica, la polarización ineludible de lo real -Deleuze, Derrida-, constituyen un espejo límpido de la realidad que nos rodea, pero, como todo espejo, sólo muestra una cara del objeto que refleja. Estas tendencias de pensamiento pueden considerarse deudoras de una sola de las facetas de la esfinge nietzscheana: la crítica a la civilización y al orden moral capitalista; pero, asimismo, obvian que el propósito básico del autor de *Humano, demasiado humano*, consistía precisamente en la transvaloración, en la *tendencia* a conseguir formular una nueva jerarquía de valores basada en la vida y el poder de trascendencia del orden moral instituido. Si en realidad queremos atrapar el espíritu de la crítica radical nietzscheana, no podemos quedarnos en la mera constatación de la microfísica del poder; para ello, es preciso sobreponerse al minimalismo descriptivo y asumir un *compromiso teórico* que nos permita comprender las relaciones entre los fenómenos y poder postular alternativas, si no de sociedades futuras e hipotéticas, sí cuando menos, de formas de acción.

Paul Ricoeur afirmaba que toda utopía no es más que la apertura de lo posible, y de ahí la necesidad de la misma para impulsar a la acción. Las antiutopías, a veces sueños irrealizables, que hemos comentado, conducen a la inacción, a la desesperanza, a la visión mística de los últimos días de una humanidad perdida en un bosque de imposibilidades y silencio. Parece que tras la lectura de estos filósofos y literatos, el telón bajará definitivamente, y el lector-público marchará ensimismado a recluirse frente a su particular *telescreen*. Sin embargo, y como decíamos más arriba, el arte duda hasta de sí mismo y nos permite múltiples interpretaciones dado su oposición a los principios de independencia, correspondencia, bivalencia y singularidad que predominan en el argumento cientifista. De este modo, estas obras pueden ser interpretadas a contrario para poder ofrecer alternativas a su negativismo. Detrás de *La Nueva Eloísa*, aparecen el amor y la amistad como base de la “comunidad”; detrás del *Gran Inquisidor*, la aspiración de “libertad”; detrás del *Hombre sin atributos*, la “acción”. Y, tras *Wozzeck*, tras el grito desgarrador del individuo perdido en la maraña de desatinos y crueldades, no sólo queda el silencio, o, tal vez, la desesperación sino el compromiso con algún proyecto colectivo, de cambio, de “rebelión”.

Galileo renace de nuevo y pronuncia sin cansancio su *eppur si muove*. Ante la fetichización de lo real puede reaccionarse con la resignación descriptiva, contenta con ofrecer una de las caras de lo real: la dificultad de las relaciones; o, por el contrario, con una actitud combativa, hija predilecta del énfasis y la pasión nietzscheanas, desde la que, por un lado, desvelar y clarificar las relaciones dadas entre los fenómenos a través de la existencia fáctica de luchas que muestran la exigencia de la dignidad y, por otro, apostando por un tipo de praxis humana, individual o grupal, insatisfecha, por naturaleza, ante lo que le viene dado de antemano. Las heridas de la posibilidad siempre permanecen, y deben permanecer, abiertas.

3 Interludio

Si existen reglas no tienen resonancias de unidad, sino de dispersión, de distancias líricas, suspensoras de permanencias, amantes de rupturas y no de series cuantitativas o de prácticas codificadas en recetas

Enrique Mari¹

“En el meridiano del tiempo no hay injusticia: sólo hay la poesía del movimiento que crea la ilusión de la verdad y del drama... lo monstruoso no es que los hombres hayan creado rosas de ese estercolero, sino que, por la razón que sea, *deseen* rosas... Por una razón u otra, el hombre busca el milagro y para lograrlo es capaz de abrirse paso entre la sangre. Es capaz de corromperse con ideas, de reducirse a una sombra, si por un sólo segundo de su vida puede cerrar los ojos ante la horrible fealdad de la realidad. Todo se soporta -ignominia, humillación, pobreza, crimen, guerra, *ennui*- gracias al convencimiento de que de la noche a la mañana algo ocurrirá, un milagro, que vuelva la vida tolerable”¹³. Lo curioso de la evolución de la humanidad, tal y como se desprende de los productos culturales que la adornan y enriquecen, es que a pesar de todo, a pesar de todos los desatinos y crueldades que se cometen, *seguimos deseando rosas*, las

¹ El valor cognoscitivo de la “imaginación fantástica”, 2002.

¹³ Henry Miller, *Trópico de Cáncer*, (trad. Carlos Manzano), Plaza y Janés, Barcelona, 1986, p. 110.

rosas que nos hacen creer que existe la posibilidad del milagro. De un modo o de otro avanzamos en busca del *nombre* de la rosa; y para ello corrompemos el horror de la realidad a base de ideas y sombras. Construimos y creamos sin cesar esperando el milagro que vuelva la vida tolerable.

Si para ello hay que soñar, hagámoslo. Parafraseando a Pessoa podemos decir que estamos cansados de haber soñado, pero no cansados de soñar¹⁴. Todos sabemos que «son los sueños... una cosa sumamente rara. En ellos percibimos con claridad pavorosa, con una artística elaboración, ciertos pormenores... los sueños no los sueña la razón sino el deseo; no la cabeza, sino el corazón, y, no obstante, ¡qué cosas tan complicadas sobrepasa a veces mi razón en el sueño!¹⁵. El *hombre ridículo* dostoyevskiano decide suicidarse; cuando ya nada le queda en el alma, ni siquiera la piedad por los humillados y ofendidos, decide quitarse la vida; pero ese suicidio no se plantea por la falta de sentido de la vida, sino precisamente por todo lo contrario: vivimos en un mundo con exceso de sentido; nuestro lema es el «todo vale», todo tiene su justificación. Sin embargo, tal y como ocurre en el estado de naturaleza hobbesiano, en el que el derecho natural a todo se convierte en el derecho natural a nada, el exceso de sentido en el que vivimos, provoca la apariencia de una falta total de criterios que nos permitan vivir avanzando y ser felices. Pero sumerjémonos por un momento en el sueño de nuestro hombre ridículo en el mismo umbral de su suicidio.

Nuestro “hombre” se duerme justo antes de poner en práctica su definitiva decisión. En su sueño se ve arrastrado por un ser sobrenatural que lo saca de la tumba en la que ha sido enterrado tras el pistoletazo que ha acabado con su vida. El ser lo abandona en una estrella perdida en una galaxia lejana, que resulta ser una copia exacta de la Tierra. En esta copia los hombres y mujeres son “felices”, no conocen el dolor, la envidia, hablan la misma lengua que todos sus semejantes, incluso pueden comunicarse con los animales y los árboles. El hombre de nuestra historia llega a amarlos, pero siempre echando de menos la naturaleza violenta y dolorosa del planeta abandonado por propia voluntad. Poco a poco les va introduciendo el sabor agrio del conflicto, el aroma fresco de la voluptuosidad, la hermosura de la mentira. Al final esos seres felices, acaban por odiarse mutuamente, por crear grupos enemistados unos con otros, en definitiva, *los va convirtiendo en seres humanos*. Nuestro hombre siente pánico cuando ve reproducirse en aquellos seres, todo lo malo y repugnante de la naturaleza humana. Pero también es consciente de que ellos ya no pueden vivir sin mentir, sin la voluptuosidad, sin la independencia frente a la naturaleza. Los introduce en el conocimiento del mal, y ni siquiera su ofrecimiento de que lo crucifiquen al haberlo inducido a tales “males” los hace renunciar a la belleza de ser seres humanos *completos*.

Dostoyevski en este relato, además de mostrar de un modo original la evolución de la humanidad, nos advierte de que todos los males que padecemos tienen un único origen: nuestro deseo de conocer. Para Dostoyevski hay algo contra lo que luchar: la idea de que “el conocimiento de la vida está por encima de la vida... el conocimiento de

¹⁴ Fernando Pessoa, *Libro del desasosiego de Bernardo Soares* (trad. del portugués, organización, introducción y notas de Ángel Crespo), Seix Barral, Barcelona, 1987, parágrafo 125, p. 117; concretamente el texto de Pessoa dice lo siguiente: “He soñado mucho. Estoy cansado de haber soñado, pero no cansado de soñar. De soñar nadie se cansa, porque soñar es olvidar, y olvidar no pesa y es un sueño sin sueños en el que estamos despiertos. En sueños lo he conseguido todo”.

¹⁵ F. M. Dostoyevski, *Sueño de un hombre ridículo en Diario de un escritor (1861-1881)*, *Obras Completas*, edic. cit. Tomo III, p. 1234.

la felicidad, está por encima de la dicha". Para vivir, para conseguir la felicidad que el hombre ridículo observa en aquella copia de la Tierra, hay que huir del conocimiento. El conocimiento es ciencia, y la ciencia tiende siempre a la disgregación, para supuestamente llegar a conocer mejor lo que nos rodea. La ciencia, para Dostoyevski, es el peor de los males en tanto que por su sola existencia surge la creencia de que todos los problemas pueden resolverse, entre ellos el de la búsqueda constante de la verdad. Cuando la ciencia cree haber hallado la verdad, aquí comienza el horror. Esa verdad divide la humanidad, por lo menos en dos bandos: los omniscientes y los no omniscientes. Como los primeros son los únicos que conocen la verdad, no tienen otra solución que dominar o eliminar a los que no están en ella...

La ciencia, el pretendido conocimiento absoluto de la verdad, separa a los que creen haber llegado a ella, de aquellos que no han probado sus mieles. De aquí procede, siguiendo el relato dostoyevskiano, la violencia, la crueldad y, podemos añadir, la exclusión. De estos sentimientos se derivan la envidia, la voluptuosidad y la voluntad de apropiación constante. Y de estos, pasamos al "goce" de la vergüenza, el gusto por el dolor, y la hermosura de la mentira. Aquellos seres felices se ciegan sobre todo por lo último, por el poder seductor de la mentira, y de ahí van surgiendo las grandes *ideas* que van ocultando la maldad que está en la base de su corrupción. Todas esas ideas no son más que el producto de la tendencia humana, después de la caída del Paraíso, a construir ficciones, engaños necesarios que nos permiten seguir existiendo. ¡Qué mayor ficción que las declaraciones de derechos humanos, dirigidas a un mundo habitado por seres humanos atomizados y particularizados! ¡Qué mayor mentira que la religión, que nos hace creer en la vuelta al paraíso perdido! En lo que la religión falla es en ese repetir la posibilidad del paraíso: los hombres recuerdan su estado de felicidad, conocen el estado de suprema dicha, pero también comprenden su imposibilidad, y lo que es más cruel, no lo desean, no quieren recuperar lo perdido, pues el edificio de mentiras que han construido es tan hermoso que ya no pueden vivir sin él. *Preferimos la rosa con sus espinas a la pasividad y al desconocimiento*. Preferimos la violencia al aburrimiento. Preferimos la mentira a no conocer más que lo que nos entra por los sentidos. La humanidad ha elegido el camino más tortuoso hacia la felicidad: precisamente el camino que nunca conducirá a la felicidad total.

Todo esto no quiere ser una posición nihilista. El sentido de traer aquí a colación el texto dostoyevskiano, obedece precisamente a lo contrario. La humanidad se sustenta en mentiras, pero en mentiras hermosas, en mentiras de las cuales no podemos prescindir. Constituyen nuestra esencia. Nuestras mentiras: la literatura, la música, la ciencia, la filosofía, la religión, hasta el lenguaje y el deseo, es decir, todas las formas de objetivación donde se van consolidando los productos de nuestra *nuestra* falsedad y autoengaño, son el mundo que recibimos, que heredamos, que reproducimos y que rellenamos de nuevas mentiras, y sobre todo, de nuevas interpretaciones de mentiras antiguas. Este es el mundo que amamos y en el que nos sentimos a gusto. Toda vuelta al paraíso además de imposible es indeseable. En definitiva, preferimos amar, aunque ello comporte siempre sufrimiento, a no saber que amamos.

Si esto es así, si nos sentimos a gusto en el abismo de mentiras y ficciones en las que se sustenta la humanidad ¿hay que adaptarse a la falta de dirección denunciada por Miller en 1934? ¿hay que llamar loco a todo aquel que lucha contra la imposibilidad de avanzar hacia el ser humano, tal y como postulaba Martín Santos en 1961? ¿hay, por último, que odiar a la humanidad por haber redactado las declaraciones de derechos, en el sentido que Dostoyevski dio a sus palabras en 1877?...

4 El Acuerdo Posible

Mi objetivo principal no fue...presentar el proyecto de un orden nuevo, sino tan sólo mostrar que el colapso del orden o del desorden existente –que Fourier designó, significativamente, como “orden subversivo”- no implica, en modo alguno, la barbarie. Significa, eso sí, la oportunidad de reinventar un compromiso con una emancipación auténtica, un compromiso que...en vez de ser el producto de un pensamiento vanguardista iluminado, se revele como un sentido común emancipador

Boaventura de Sousa Santos²

El problema que subyace a todo lo anterior, es el tema básico de toda filosofía humanista, o sea, la resolución de la alienación, el ofrecer alternativas a la separación contemporánea, sin signos de cambio de marcha, establecida entre el individuo y la especie. Acudamos a otra gran obra de arte, de la cual somos deudores muchos de los que creemos que la única forma de entender nuestra cultura es contraponerla a los latidos de otros corazones y de otros modos de enfocar la vida. Nos referimos a *Gran Sertón: Veredas* del brasileño Guimarães Rosa. En esta “divina tragedia”, la lucha entre el ser humano y la presencia siniestra del mal, el desgarramiento del ser, el abismo entre el individuo y la especie humana y la violencia transfigurada por una naturaleza enfurecida que hunde voluntades en las quebradas y llanuras “infernales” del *sertão* -espacio universal de pérdida de sentidos-, alcanzan su máxima expresión. Estamos ante un relato de violencia, venganzas, crímenes y luchas situado en medio del horror y de la presencia “absoluta” del mal, personalizado en un diablo antropomorfizado y ubicuo. En ese real corazón de tinieblas late una historia de amor de las más emocionantes y reveladoras de la historia de la literatura universal. Y, al lado de la pasión, surge como fuente clara la exigencia humana por excelencia: la necesidad y la posibilidad de *caminar* hacia uno mismo y hacia los otros. “Cierro. Ya ve usted. Lo he contado todo...mi idea ha confirmado que el Diablo no existe...¡El Diablo no hay!...Lo que existe es el hombre humano. Travesía”. Palabras finales de Riobaldo al que hemos acompañado en ese viaje iniciático de lo humano a lo humano en busca de un criterio que nos salve del silencio y de la desesperación.

Guimarães Rosa nos pone delante la posibilidad de un criterio que nos haga pasar por encima de las “imposibilidades” y del “silencio”, y posibilitemos la formulación de la utopía y de la conformación de la praxis a ella dirigida. Una utopía no es un sueño; este último no tiene un aquí y un ahora que trascender, más bien, lo que hace es huir de todo aquí y de todo ahora, sin pasar más allá de lo que niega. La utopía nos abre el camino de lo posible, de la comunicación, de la acción, aunque por las mismas circunstancias reales no tenga otra forma de expresión que la metáfora y, como ya sabemos, de la ficción.

Ya vimos cómo la apelación a los derechos de la humanidad es ambivalente. Por un lado, ha estado vinculada al vaivén de los intereses de los que tienen la hegemonía social y cultural. Pero, por otro, esa apelación a los derechos humanos surge también de la voz de los dominados, aunque en muchas ocasiones haya sido expresada con el recelo propio de culturas “apisonadas” por el afán –la “idea” diría Joseph Conrad- de colonialismo e imperialismo occidentales.

² A crítica da razão indolente. *Contra o desperdício da experiência*, Vol.1, 2000, p. 383.

Nuestra búsqueda consiste en hallar un criterio que formule la exigencia humana expresada a contrario en las obras de arte aquí mencionadas. Un criterio que exprese la necesidad humana de caminar hacia lo propiamente humano: es decir, la vida, la acción y la lucha por la dignidad. Pensar los derechos únicamente desde una de sus caras, es dejarlos en manos del más fuerte. Sacar a relucir la otra cara, el otro rostro de los derechos, supone dar voz a los excluidos, a los oprimidos, a los dominados.

Como decía Feuerbach e inmortalizó Marx, “arte, religión, filosofía o ciencia, son sólo manifestaciones o plasmaciones de la autentica esencia humana. Hombre, o más completamente hombre auténtico sólo lo es quien tiene sentido estético o artístico, religioso o ético y filosófico o científico, *hombre como tal sólo lo es quien no excluye de sí nada esencialmente humano*”¹⁶. Partiendo de esa concepción íntegra del ser humano, el criterio que nos va a servir para una apelación no colonialista ni imperialista de lo humano universal es el de *riqueza humana*. Este criterio se despliega del siguiente modo: a) el *desarrollo* de las capacidades, y b) la construcción de condiciones que permitan la *real apropiación y despliegue* de dichas capacidades por parte de individuos, grupos, culturas y cualquier forma de vida que conviva en nuestro mundo.

Volvamos al cuadro *Los fusilamientos del 2 de Mayo*: ¿cuál de los dos particularismos elevados a universales potenciarán el desarrollo de las capacidades humanas y la construcción de condiciones para su apropiación y despliegue? ¿Estaba justificado el heroísmo por una apelación a los derechos humanos, o procedía de un nacionalismo irredento? ¿Qué idea universal aplica Conrad en su *El corazón de las tinieblas*? ¿no era el universalismo de un modo de dominación salvaje y destructor de todo lo que se le oponía en su marcha furiosa hacia la obtención de la máxima cantidad de beneficio? La mirada feminista del mundo que Virginia Wolf expone en *Una habitación propia*, o que Ibsen coloca en los labios de Nora ¿no nos interpelan desde otra opción, desde voces diferentes en aras de la consecución de ese criterio de riqueza humana?. *Los condenados de la tierra* de F. Fanon, es un texto que habla más de derechos humanos que la miríada de reflexiones académicas sobre el papel de tal o cual decisión judicial a un nivel nacional o internacional.

Este criterio, además de servirnos de fiel de la balanza a la hora de sopesar en términos de derechos humanos las diferentes posiciones culturales, políticas y sociales, también nos sirve para rehuir cualquier tendencia al relativismo cultural radical: todos los puntos de vista son igualmente válidos. Partiendo de la base de que no se pueden valorar *globalmente* las culturas –al estilo de la cantinela liberal sobre la existencia de “valores verdaderos”- sino aspectos parciales de todas ellas, el criterio de *riqueza humana* nos va a permitir comparar y “enjuiciar” cuestiones de choque o conflicto: el tema de la mujer en la cultura occidental y en la ideología de los talibanes; el consumismo visto desde la cultura islámica o europea; la protección y el respeto a la naturaleza en occidente o en los pueblos indígenas de la Amazonía... Utilizar el criterio de *riqueza humana* nos permite establecer las bases de discusión y diálogo entre culturas.

La realidad de los derechos humanos en nuestro mundo plural y diversificado cultural e ideológicamente debe ser enjuiciada en función de ese criterio de valor. Asimismo, con este criterio podremos jerarquizar, no los derechos mismos ya que todos tienen la misma importancia, sino la prioridad de su satisfacción, y enfocar de un modo más justo el conjunto de políticas sociales, económicas o culturales relacionadas con ellos.

¹⁶ L. Feuerbach, *Principios de la filosofía del futuro*, en *Kleinere Schriften*, 2. Ed., p. 337; texto citado por A. Heller, “Ludwig Feuerbach Redivivo” en *Crítica de la Ilustración. Las antinomias morales de la razón*, (trad. De G. Muñoz y J. I. López Soria), Península, Barcelona, 1984, p. 109, n. 18.

En vez de universalizar una concepción de los derechos, o mantener que *todas* las visiones y prácticas son igualmente válidas, utilizar el criterio de *riqueza humana* nos advierte que los derechos no son algo previo a la actividad política. Los derechos y la política marchan de la mano a la hora de la construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que propicien el desarrollo de las capacidades humanas y su apropiación y despliegue en los contextos donde se sitúen. La relación entre los derechos humanos y ese conjunto de condiciones es estrecha. Por ello, desde la *riqueza humana* se rechaza cualquier universalismo a priori que imponga criterios como si fueran el patrón oro de la idea de humanidad. El único universalismo que podemos defender desde esta posición es un universalismo a posteriori, un universalismo de llegada en el que todas las culturas puedan ofrecer sus opciones y discutirlos en un plano, no de mera simetría, sino de igualdad. Desde esta opción la única definición que puede defenderse es la que ve a los derechos como *el sistema de objetos (valores, normas, instituciones) y de acciones (prácticas sociales, institucionales o no) que abran y consoliden espacios de lucha por la dignidad humana*. Desde esta definición podremos ver los derechos humanos como la formulación más general de esa necesidad por encontrarnos a nosotros mismos en esa lucha por adquirir conciencia de lo que somos y de dónde estamos. Los derechos deben ser vistos, y puestos en práctica, como el producto de luchas culturales, sociales, económicas y políticas por “ajustar” la realidad en función de los intereses más generales y difusos de una formación social, es decir, los esfuerzos por buscar lo que hace que la vida sea digna de ser vivida. Sin imposiciones. Sin dogmas.

Los derechos humanos constituyen una realidad de tres caras: son la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidas y puestas en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestras capacidades y necesidades (esfera *política* de los derechos), con el objetivo de “ajustar” (esfera *axiológica* de los derechos) el mundo a lo que en cada momento y en cada lugar se entienda por dignidad humana (esfera *teleológica* de los derechos). La mayor violación hacia los derechos humanos consistirá en prohibir o impedir, del modo que sea, que individuos, grupos o culturas puedan expresar y luchar por su dignidad. Con la aplicación y puesta en práctica intercultural de este criterio el *Gran Inquisidor* no encontraría motivos para degradar la humanidad a masa informe y consumista, y tanto Ulrich como Wozzeck hallarán un sentido por el que dirigir sus vidas.

Estamos, pues, ante un criterio formal que hay que rellenar de contenido en el diálogo intercultural y al que habrá que institucionalizar del modo más flexible y justo que se pueda.

Tal y como defendía *el hombre ridículo*, hasta las ideas más hermosas son ficciones, aunque ficciones necesarias. Apostemos por esas ficciones que potencien la *riqueza humana* entendida como desarrollo de capacidades y apropiación de las condiciones que permitan su plena satisfacción. No todo derecho o teoría sobre los derechos nos pone ante la exigencia y la necesidad de que los seres humanos desarrollen y se apropien de lo que les corresponde en su camino hacia la dignidad de sus vidas. Luchemos por derechos y teorías que apelen a lo humano concreto que se despliega bajo el criterio de *riqueza humana*. Quizá enarbolando este criterio podamos generalizar aquel rótulo con el que los revolucionarios franceses señalaban sus fronteras: “aquí comienza el reino de la libertad”.

Por estas razones seguimos soñando. Por estos motivos seguimos deseando rosas.

LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL*

Juan S. Pegoraro**

"Pensaba que con la filosofía poco se goza y, ante la dureza de la vida, aconsejaba al amigo echar veinte centavos en la ranura, "si quería ver la vida color de rosa".

Enrique Marí, sobre Raúl González Tuñón, en su bellissimo prólogo a *Papeles de Filosofía*.

Introducción

El orden social como propuesta con capacidad pacificadora de las relaciones sociales siempre estuvo y estará ligado a las relaciones de fuerza existente en una sociedad y a la amenaza o el ejercicio de la violencia para hacer cumplir las leyes que emergen del propio orden social. Por ello el derecho y la paz como aspiración del orden social y el orden social mismo tiene que ser despojado de toda ontología y de toda metafísica (Resta, 1995) para situarlo en la "artificialidad" de su construcción social (Pavarini, 1995) y en el resultado de un complejo proceso de relaciones de fuerzas enfrentadas. Por lo tanto el derecho y la paz, como aspiración o componentes de tal orden conviven en situación inestable con las violaciones al derecho y con la violencia para imponerlo. Resulta así que el asombro ante la violencia es simplemente una cuestión amnésica del proceso histórico y por ello, como dice Eligio Resta hay que asombrarse del asombro que produce tal asombro (Resta, 1995). Entre la violencia considerada legítima (¿la violencia estatal?) y la violencia considerada ilegítima (¿la violencia privada?) media el arduo proceso de construcción de un orden social - siempre inestable - en el que los individuos, los grupos humanos, las clases sociales reconozcan tal orden como la Ley.

Por tanto la violencia expresada en el delito "común"¹ ha sido y es considerado como un problema para el orden social. Subyace en sus referencias la oscura sospecha

* Se trata de una versión modificada de *Control Social Penal: la Ley y el Orden* que se publicara en la revista *Encrucijadas*, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2001.

** Investigador en el Instituto Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

¹ Me refiero con "delito común" al generalmente violento que se ejerce sobre las personas o las propiedades, como por ejemplo: el robo, el asalto, el secuestro extorsivo, la violación, que se diferencian de aquellos que se denominan delitos de cuello blanco en la tradición sociológica. Al respecto, el clásico de Edwin H. Sutherland, *El Delito de Cuello Blanco*, publicado por primera vez en EEUU en 1949, Ed. La Piqueta, con prólogo de Rosa del Olmo, Madrid, 1999.

84 LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL

que las conductas delictivas expresan un desacuerdo con los límites “contractuales” que la vida social impone a sus asociados, y que tales conductas pueden ser o son algo más que el producto de una irracionalidad o de una pasión incontenible o un instinto o perversión o anormalidad. Esa “oscura sospecha” se alimenta de la percepción que los delitos de “necesidad” o “subsistencia” se nutren también de necesidades simbólicas o inmateriales lo que complejiza fuertemente la explicación de este fenómeno social ya que como advirtiera Hobbes hay hombres que violan las leyes por debilidad pero hay otros hombres que desprecian las leyes². Así, el delito ha sido considerado como un problema y como tal, parte de la historia real y de la reflexión directa o indirecta de quién se ha comprometido con las formas de gobernar y de preservar o mejorar la vida social.

En tal sentido el orden social y la herramienta penal para preservarlo frente a la violencia que implica un delito ha sido abordado desde diferentes lugares (los dioses, la moral, la religión, la soberanía del Estado, el progreso, la revolución) pero siempre desde la necesidad del mantenimiento del orden social y de los objetivos que se propone.

Hobbes afirmaba, acerca de las causas que pueden disolver el Estado (el orden que éste representa), y fomentar la sedición es permitir a los individuos...*que el discernir lo que está bien de lo que está mal es algo que corresponde a cada individuo en particular..... porque ya se ha demostrado que las leyes civiles son las que establecen lo que está bien y lo que está mal, lo que es justo y lo que es injusto, lo que es honesto y lo que es deshonesto*³.

Frente a esta demoníaca ambigüedad de un “estado del orden social” voy a presentar unas “opciones” conceptuales que identifiqué como “antagónicas” en el sentido de que su elección condicionará los interrogantes y las respuestas que plantean los problemas humanos de la vida en sociedad, de la administración y distribución del poder, con sus desigualdades y jerarquías, de la administración de premios y castigos y su relación con la violencia. Tal administración no es otra que el control social penal que implica, a no dudarlo, uno de los problemas más inquietantes en el campo de la reflexión intelectual ya que su ejercicio produce efectos o consecuencias sociales, abarcando a la sociedad en su conjunto; producen o preservan valores de grupos sociales, en la forma de prácticas o de políticas de control social.

La idea de “hegemonía” como concepción del mundo que expresara Antonio Gramsci está íntimamente ligada al ejercicio del control social y por lo tanto de la gobernabilidad; Ahora bien, como dice el historiador inglés E.P.Thomson: *“Una hegemonía tal, sólo puede ser mantenida por los gobernantes por medio de un constante y diestro ejercicio de teatro y concesión.... y mas bien impone anteojeras que impidan la visión en ciertas direcciones mientras la dejan libre en otras”*⁴. Su pretensión de orden social es que sea aceptado, internalizado, legitimado por todos los grupos sociales pero esto no significa desconocer diversas formas o expresiones de resistencia; de tal manera el orden social siempre es un orden social inacabado. Al respecto E.P.Thomson, hablando de los finales del siglo XVIII decía: *Durante casi cien años los pobres no fueron los completos perdedores. Conservaron su cultura tradicional: lograron atajar parcialmente la disciplina laboral del primer*

² Hobbes, Thomas, *De Cive*, Alianza, Madrid, 2000, p. 239.

³ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 196.

⁴ Thompson E.P. *Tradición, Revuelta y Conciencia de Clase*. Editorial Crítica, Barcelona, 1984, p. 60.

industrialismo, quizás ampliaron el alcance de las Leyes de Pobres; obligaron a que se ejerciera una caridad que pudo evitar que los años de escasez se convirtieran en crisis de subsistencias; y disfrutaron de las libertades de lanzarse a las calles, empujar, bostezar y dar hurras, atacar casas de panaderos o disidentes detestables, y de un comportamiento bullicioso y no controlado que asombrara a los visitantes extranjeros y casi les indujo erróneamente a pensar que eran “libres”.

Las prácticas penales que, casi con exclusividad, realiza el Estado, (esa creación humana que se yergue frente a nosotros con pretensión de autonomía y supuesto consenso de sus actos, y que monopoliza el poder de castigar públicamente con legitimidad) son un resultado de haber alcanzado la soberanía, que implica su contracara: el sometimiento de la ciudadanía a tal “resultado”.

En esta dirección la mayoría de los penalistas siguen sosteniendo que las conductas “desviadas” o las delictivas son la razón de ser del sistema penal, y por lo tanto apoyan una pedagogía que aparece como “corrección”, como reacción o respuesta a tales conductas. Esta supuesta reacción omite considerar la fuerza que conlleva un acto de poder como el dictado de una ley que más que una respuesta responde a la iniciativa y construcción de un orden social, que dispone lo que está bien y lo que está mal, lo permitido y lo no permitido produciendo subjetividades en su estrategia de una continuada reproducción del orden social.

Pero además y como otra promesa incumplida de la modernidad, la existencia de leyes no es un obstáculo para el poder porque la ley no actúa sin mediaciones, tanto de mediaciones institucionales (Cárcova, 1996) como de funcionarios administrativos o de funcionarios judiciales; esas mediaciones son la realidad del ejercicio del control social penal y como tal pone en acto la ley, o la desactiva si le es conveniente. El observable de la ley es su funcionamiento y no sólo su enunciado. Por ello en la realidad, el poder reprime y tolera, castiga y facilita y aún promueve actos ilegales. En su estrategia de reproducción del orden social realiza prácticas que recorren un arco que se propone inicialmente la integración-cooptación de los individuos o grupos sociales, y en caso necesario prosigue con la corrección, con la represión, con la estigmatización, con la exclusión, con la incapacitación, y finalmente si es necesario con la eliminación.

El concepto de Control Social ha sido objeto de consideraciones diversas. Fue la sociología norteamericana de las dos primeras décadas del Siglo XX la que utilizó el concepto como sinónimo de conductas acorde con el interés común y de un control sobre uno mismo y conjuntamente como el control que los ciudadanos ejercían entre sí y sobre los órganos de gobierno que creaban (Melossi, 1995). Esta idea de control social “de abajo hacia arriba” no ha dejado de estar presente en la perspectiva de la lucha política y mantiene intacto su convocatoria a la ciudadanía a participar en tal control. De lo que se trata entonces, es de la forma de cómo resolver el viejo problema que existe entre individuo y sociedad, entre naturaleza humana y sociedad, entre diversidad humana y sociedad. Pero este “irresoluble” conflicto parece más depender de la relación de individuos con el orden social creado por otros individuos que del espejismo de la posible existencia de un orden social armónico (la sociedad) sólo circunstancialmente asolada por las patologías o maldades individuales. La “conciencia colectiva” que según Durkheim (1993) se expresa más fuertemente en el derecho penal, en particular en sociedades pre-modernas, no ha dejado de necesitar una continua coacción en las sociedades modernas; pese al gran desarrollo de los derechos llamados por Durkheim “cooperativos” como el derecho civil y comercial la diversidad humana no ha podido ser integrada totalmente. Por lo tanto el concepto de control social también

ha sido concebido como una estrategia de integración-cooptación (Pegoraro, 1995) pero también de corrección, de exclusión, de represión, de incapacitación, herramientas necesarias para la reproducción del orden social.

De tal manera el abordaje del control social de esta manera estuvo y está ligado a determinada visión de que orden social se trata y el campo académico no ha sido objetivo ni neutral: responde a esas “visiones” (Stanley Cohen, 1988) que tenemos del orden social o de la sociedad. El imaginario social de la Burguesía en la Modernidad estuvo marcado por la visión de una fábrica con un reglamento carcelario, y del orden social como el control sanitario de una ciudad apestada (Foucault, 1976). Es con esas imágenes que el orden social necesitó de la utilización de la amenaza penal, función que cumplieron una red institucional alimentada por la idea de *sociedad disciplinaria* que sería como el resultado tanto de la fábrica como del orden social, tanto de la cárcel como de la ciudad apestada. La fábrica como espacio de la producción de bienes para satisfacer necesidades y el orden como idea ligada al progreso fabril. La cárcel como lugar de corrección pero también de incapacitación para defender a la sociedad, y la ciudad apestada (ordenanzas, reglamentos, permisos, clasificaciones, distribuciones, etc.) para hacer posible la sociedad. Pero la existencia de un orden social no homologa las concepciones de la vida, de la justicia, de la equidad, de la libertad que tienen los individuos, los grupos humanos, las clases sociales y esas visiones referidas condicionan por ello la *interpretación* de la historia, de los fenómenos sociales, de los cambios que se producen en el pensamiento o en la estructura social.

Por esto, y de manera exploratoria identifiqué en este trabajo cinco opciones conceptuales que son un *a priori* para abordar la relación entre el orden social y el control social:

- El Control Social de la Sociedad o del Orden Social;
- El Control Social como una ética o como una política;
- El Control Social como expresión de la Soberanía o del Sometimiento;
- El Control Social para la Defensa Social o para el Garantismo individual;
- El Control Social como respuesta a la Desviación Social o como iniciativa de

Censura Social.

Estos distintos enfoques que considero antagónicos, los describiré de manera esquemática, sin tener en cuenta sus matices y claroscuros, con el objetivo de hacer más visible las implicancias conceptuales de la elección.

1 El Control Social de la Sociedad o del Orden Social

Al abordar conceptualmente la naturaleza de las relaciones sociales se presenta la elección de uno u otro paradigma. En primer lugar es necesario preguntarse sobre el grado de legitimidad y de suficiencia conceptual de “sociedad” ya que su invocación nos dice muy poco sobre su estructura, sobre las formas de propiedad en su interior, sobre la naturaleza del poder y las relaciones de dominación, sobre la forma del Estado, sobre sus metas culturales, sus ideas predominantes, la forma de producir la vida (Marx, 1977). Además supone un orden normativo que los individuos cumplen de una manera casi automática; la motivación de su acción social racional (Weber, 1974) con arreglo a fines también contemplaría la acción social con arreglo a los valores de la sociedad; pero ¿dónde colocar las conductas delictivas en esta sociedad?, ¿sólo en sus confines,

en sus márgenes?. Por otro lado el concepto de sociedad implica una desmemoria de su proceso constitutivo y en él, el papel de la violencia en el proceso histórico que la ha constituido.

Recordemos que la sociología norteamericana (en especial la Escuela de Chicago) fue la sociología académica hegemónica en el mundo intelectual desde el fin de la primer Guerra Mundial hasta los años 60 y que impuso una teoría sociológica basada en el concepto de “sistema social” (Parsons, 1974)⁵ y que enfatizó un modelo de sociedad con la metáfora del organicismo social que realimentaba la existencia de un consenso político libre y democrático de los individuos que han tenido una similar socialización, respetan las mismas normas y aspiran a los mismos valores y normalmente conviven en armonía. Su agenda de investigaciones incluía la práctica intelectual que se afanaba sutilmente en tratar de descubrir desviaciones sociales, anormalidades, disfunciones sociales y la forma de resolverlas. En este campo, la creación o invención del Estado, con su nueva forma, Estado Asistencial o Benefactor o del *Welfare State* trataba de solucionar, ya sea con la asignación de recursos o con reformas institucionales los conflictos o problemas que emergían en una sociedad tan compleja y en especial con recurrentes crisis en su integración social, en particular por las sucesivas oleadas inmigratorias y las dificultades de su asimilación. Claro que no obstante esta dificultosa integración social, la estructura social y el orden que ella suponía no era cuestionado y en su caso allí estaba el Estado del *Welfare* para abordar “la desviación” de forma tal que el conflicto o la desviación pareciera un problema marginal o psicológico individual, aunque involucrara a grupos humanos. Ch.W.Mills (1964) calificó como “patólogos sociales” a los intelectuales dedicados a la búsqueda y señalamiento de tales formas de “desviación”.

La metafísica de la existencia de una ley de la naturaleza humana funciona como el imperativo moral para que los individuos se adapten al orden social llamado sociedad. Es entonces el sistema social el que -según Parsons-⁶ tiene la capacidad reguladora y de integración de individuos, de homeostasis, de equilibrio; la metáfora del organismo se ofrece no solo como descriptivo sino también en su obcecada versión como optimista o esperanzada. La idea de estar transitando hacia una sociedad armónica tranquiliza y permite naturalizar el orden social y traducirlo en un esquema organicista social; esto posibilita y justifica la distribución de premios y castigos entre la ciudadanía, porque estas visiones realimentan y justifican el poder de castigar que estaría fundado en un consenso moral. La “ilusión” (Freud, 1976) de alcanzar tal sociedad, no obstante la desigualdad social, es la fuerza del deseo de vivir en paz, que el orden desigual, en su caso, sea aceptado como provisional en tanto y en cuanto sea capaz de invisibilizar la violencia y la desigualdad como estructurante y definitiva.

Por otra parte la idea de sociedad supone que la moral y el derecho, los valores positivos presentes en el imaginario colectivo, orientan las conductas humanas, o por lo menos deberían orientarla hacia la felicidad y el bienestar. Pero recordemos que Sigmund Freud⁷ decía en “El Malestar en la Cultura” en referencia a las fuentes del

⁵ Para un análisis crítico, Alvin Gouldner, *La Crisis de la Sociología Occidental*, Amorrortu, Buenos Aires 1973. También Norbert Elias, *El Proceso Civilizatorio*, FCE, México 1982. Introducción.

⁶ Parsons, Talcott (1974: 14) señalaba que: “... uno de los principales problemas de integración de un sistema de acción lo representa la coordinación de sus unidades constitutivas, (...) los seres humanos (...) por tanto atribuimos al sistema social la supremacía en la función de integración”.

⁷ Freud, Sigmund. *El Malestar en la Cultura*. Siglo XXI Editores, México 1980.

sufrimiento humano que: “... *no podemos entender la razón por la cual las normas que nosotros mismos hemos creado no habrían de protegernos y beneficiarnos a todos*”.

Por ello, la descripción y análisis de los “problemas humanos” y su control será diferente si nos acercamos a ellos con una visión organicista de la “sociedad” o con una visión del “orden social” impuesto por las relaciones de fuerza, fuerzas que someten, dominan, imponen su ley. Esa visión del orden social tiene observables como la estratificación social, sus clases sociales, su forma de división del trabajo, la distribución de los ingresos o la distribución de status, su normativa legal, el monopolio de la fuerza, la “soberanía” estatal. En este sentido, la sociedad puede considerarse como una ideología y el orden social como su realidad material.

2 El Control Social Penal Como Una Ética o Como Una Política

Esta opción implica una postura que determina una forma muy particular de abordar los problemas que presenta la conceptualización de la violencia y del conocimiento del control social penal. Foucault (1980, 28) señala que para conocer las prácticas sociales “*debemos comprender cuales son las relaciones de lucha y de poder. Solamente en esas relaciones de lucha y de poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros...*”.

La disyuntiva de aproximarse al tema del control social y de la realidad de la ley y el orden atribuyendo a ellos una teleología ética o una teleología política permite entender que Cesare Beccaría y su fundamental alegato de 1764 *De los Delitos y las Penas*, sea no sólo una propuesta humanista de reducir las penas y sufrimientos de los condenados sino también un alegato político del Tercer Estado necesitado de certeza y previsibilidad jurídica en su lucha contra el *Antiguo Régimen* y la creación de un nuevo orden, a punto tal que si bien elimina la pena de muerte para los delitos comunes la mantiene y la funda para los delitos políticos que son los que pueden poner en peligro el orden social.

Pero no se trata de establecer una teoría general del conocimiento sino de un modelo que permite abordar ciertos y determinados observables de las relaciones sociales con esta perspectiva, en especial la práctica de la política penal de premios y castigos (Foucault, 1980) y no sólo el enunciado de la norma. El observable sociológico del sistema penal es su funcionamiento concreto y real, la represión pero también la tolerancia y aún la utilización o aprovechamiento de prácticas delictivas; como diría Foucault (1996, 85), *el juego recíproco de los ilegalismos forma parte de la vida económica y política de la sociedad* y por ello el sistema penal se expresa en una política penal.

Esto permite entender y no sólo asombrarse que el orden social pueda reprimir y perseguir delitos, y al mismo tiempo convivir con él, tolerarlo, utilizarlo, facilitararlo (Foucault, 1996). Tampoco asombrarse por el éxito de un discurso que apela a un imaginario social (Marí, 1993; 219) de ley, orden y progreso, que concibe al derecho y al orden social ontológicamente naturales y que rechaza críticas de pensadores liberales o radicales que utilizan ideologías que llevan a ampliar el campo de la reflexión sobre el delito incluyendo para esto la crítica al orden social. Culpan así al mensajero de los problemas de una política penal selectiva que como tal es por una parte de represión sobre sujetos débiles y por la otra de tolerancia de los cometidos por sujetos poderosos.

3 El Control Social Penal para la Defensa Social o para el Garantismo Individual

Estos dos paradigmas se ofrecen como alternativos en las prácticas de control social. Si bien el paradigma garantista del Derecho Penal clásico es poco cuestionado en el campo teórico o académico, la política penal real, el funcionamiento concreto del sistema penal, responde al paradigma del positivismo criminológico de la defensa social. En efecto, el pensamiento garantista se expresa en la normativa penal que establece de manera taxativa los tipos penales y a su vez las limitaciones legales en el accionar punitivo del Estado. Pero, fundado en la idea de que todo orden social requiere de la seguridad interna como valor máximo a preservar la política criminal no duda en someter o reducir las garantías y libertades del ciudadano invocando la defensa social (no otra cosa es la apelación a la “razón de estado”); la sospecha de peligrosidad de todo individuo (por aquellas monomanías descubiertas por la psiquiatría en el Siglo XIX, Foucault, 2000) se materializa precisamente en la amenaza o violación de sus garantías individuales.

En la fundamentación de la Defensa Social siempre se apela a una “contingencia” amenazante para limitar los derechos individuales sugiriendo que la libertad es un bien, pero debe ser regulado y controlado por el Estado. Así, si bien el pensamiento penal clásico con sus cimientos garantistas es hegemónico en las teorizaciones en el campo académico del derecho penal, las políticas penales que se instrumentan son dependientes de concepciones positivistas de la defensa de la sociedad y de la peligrosidad y son ejecutadas por el Poder Policial que con esta lógica, subordina, en los hechos, al Poder Judicial.

Alessandro Baratta (1986) enunció en los inicios de la década de los 80 los presupuestos de tal defensa social y de su política criminal, basada en principios tales, como la existencia ontológica del *delito natural*; el principio *del bien y del mal* donde la sociedad era el bien y el individuo un permanente sospechoso de ser portador del mal; el principio de *legitimidad* del accionar del estado por encarnar la actividad racional tendiente a la felicidad humana y el pacto o contrato social libremente acordado; el principio de la *culpabilidad* que supone una homogeneidad moral-cultural-social al interior de una sociedad; el principio de la *prevención* que pone en acción la adjudicación de niveles de peligrosidad a individuos o a grupos sociales, y el principio de la *igualdad ante la ley*, por encima de una desigualdad social y en una sociedad de propietarios y no propietarios.

Este paradigma de la defensa social se ha desligado de los argumentos o fundamentaciones “retribucionistas” asociado a formas de dominación política premodernas, para plantearse la necesidad de que su fundamento esté basado en la utilidad social. Si bien este fundamento utilitario clausura improntas teológicas o absolutistas y se presenta como laica y liberal (Pavarini, 1992), su “utilidad” resulta difícil de comprobar y su ejercicio tiende a sobrepasar los límites legales en su defensa de la sociedad y es proclive a aceptar las tentaciones más autoritarias y peligrosistas. Luigi Ferrajoli (1994) por ejemplo, se preguntaba en *Derecho y Razón* “¿en qué consisten las utilidades procuradas y /o los daños ocasionados por el Derecho Penal?; ¿quiénes son los sujetos de cuyas utilidades se hace referencia?” Y entonces distinguía una versión del utilitarismo, *la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados*, y otra versión: *el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados*. No obstante este importante señalamiento de Ferrajoli deja

90 LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL

abierta la discusión acerca de qué es “la mayoría no desviada” como también qué es la “minoría desviada” ya que así pareciera producto de una ontologización de esos conceptos.

Si el fin o la utilidad del sistema penal es la defensa social (la utilidad de la “mayoría no desviada”), *a priori* se justifica y legitiman los medios o procedimientos que sean necesarios para ello. Por ejemplo penas más y más severas, la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas y la represión que invocando contingencias o razones de estado. En su funcionamiento concreto más que en sus normas, la minimización del sistema penal es una deuda no saldada de la modernidad.

4 Teoría Soberanía o Teoría del Sometimiento

De alguna manera nuestra actividad intelectual está signada por una antigua pregunta, pero que hace unos años, a finales de los años 70, actualizara Barrington Moore (1989, 59). Así se preguntaba “¿qué les sucede a los seres humanos para que lleguen a someterse a la opresión y a la degradación?”

Como sabemos la idea de soberanía ha sido la vestimenta del poder político estatal en el campo de la teoría jurídica, basadas más en la filosofía que en la historia política. Esta idea de soberanía omite el proceso constitutivo de ella: no se nace soberano, se conquista la soberanía por medio del sometimiento de los otros, a los que transforma en súbditos y se naturaliza el sometimiento (Hobbes, 2000). De tal manera es preciso considerar que si bien la dominación ha sido una constante en la vida humana, su contraparte ha sido y es el sometimiento. Esta realidad, por lo tanto incluye ambos espacios sociales: soberanía y sometimiento, y el énfasis con el que carguemos estos conceptos dará cuenta de nuestra visión del orden social con lo que implica de relaciones desiguales en diferentes aspectos de la vida social. Lacan (1978) dice que: “...*Sócrates refuta la infatuación del Amo, encarnada en un hombre libre de la Ciudad antigua, cuyo límite está dado por la realidad del Esclavo es la realidad del esclavo*”.

Ya a finales del siglo XIX Max Weber (1974) había instalado el tema cuando en *Economía y Sociedad* analiza la Sociología de la Dominación; ahí identificaba al “como si” como el operador de la legitimidad de la dominación: el individuo actuaba *como si* su conducta respondiera a un mandato interior, ya sea por respeto a la tradición o costumbres, al carisma de su líder o conductor o soberano, o la aceptación e internalización de las leyes y formas burocráticas de vida. Pero el “como si” no es un hecho natural sino social, construido socialmente y ahí radica entonces su “artificialidad” cuyo resultado es el sometimiento. Norbert Elías (1982) también considera una cierta base sociogenética y psicogenética en el sometimiento señalando la importancia de la estructura de los miedos en la sociedad moderna.

Esto nos indica que el fenómeno de la soberanía-dominación (o sometimiento) no es una contingencia en la historia humana tendiente a desaparecer en cuanto se logre afianzar una posición de carácter “Iluminista”; por el contrario creemos que está fuertemente ligada a condiciones materiales de formas de vida y de relaciones sociales.

Foucault (Foucault, 1992) sostiene que: “... *decir que la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales, quiere decir que el discurso y la técnica del derecho han tenido esencialmente la función de disolver*

dentro del poder el hecho histórico de la dominación y de hacer aparecer en su lugar los derechos legítimos de la soberanía y la obligación legal de obediencia”. Considerar a la soberanía como un “hecho histórico” no natural, no inmutable también fue señalado por Hans Kelsen cuando advertía la imposibilidad de la existencia de una humanidad basada en la cultura del pacifismo asolada por las guerras de soberanía. La persistencia del concepto de soberanía funda, sostiene, legitima la violencia estatal y la guerra como su sustento. Por eso la apuesta de Kelsen al derecho como “certeza” frente al “azar” de la violencia (Resta, 1985). Es por tanto la realidad del sometimiento la que funda las bases para que exista la soberanía, soberanía lograda por medio de una relación de fuerzas triunfante que tiende a naturalizarse en la medida que se cancela la memoria histórica de su origen y reproducción social.

5 El Control Social Penal como Respuesta a la Desviación Social o como Iniciativa de Censura Social

Históricamente la cuestión de las conductas desviadas devino prontamente en una sociología de la desviación, lugar en el que la teoría sociológica ponía en observación una heterogénea gama de individuos que se comportaban con algún grado de diversidad considerada negativa. En particular fueron colocados en esta categoría, aunque con diferente énfasis los homosexuales, los alcohólicos, los travestis, los vagabundos, prostitutas, los jugadores de dados o poker o de carrera de caballos, los bohemios, los músicos de la noche, los drogadictos, los apóstatas, los ateos, los anarquistas, los locos, las lesbianas, los/las divorciadas/os, etc.

El concepto de desviación se ligaba al supuesto de lo considerado amoral y también a conductas “raras”, poco frecuentes; y el estigma, la segregación, la exclusión, la represión o la penalización fueron el arco de políticas que ejerció el Estado y sus prácticas de control social, un poco a impulso de “empresarios morales o instigadores de la moral” (Becker, 1972) y otro poco por la propia lógica del poder impulsado a afianzar una supuesta homogeneidad moral y cultural.

Una primera sospecha de que se necesitaba algo más que una conducta para ser desviado, lo propuso Edwin M. Lemert (1967, 98), a finales de la década de los 40: *“Los sociólogos han de preocuparse menos por las definiciones esenciales de desviaciones tales como el desorden mental y el alcoholismo y más por los procesos por los cuales las organizaciones llegan o no a reconocerlas como defecto moral o enfermedad, a constituir las o no en la base para excusar otros actos desviados o para decidir asignar o no beneficios a aquellos a quienes se atribuyen desviaciones”.* En este sentido David Matza como representante de la corriente sociológica del interaccionismo simbólico señalaba en esa época la falta de simetría del positivismo criminológico que nunca había considerado en la Teoría de la Desviación incluir al Estado en su accionar concreto como un supuesto sujeto ético y representante de una sociedad ideal, definidor, precisamente, de qué se considera una conducta desviada y/o delictual y cual no.

En el contexto ideológico-cultural de la Sociología de la Desviación, el desviado es sinónimo de un individuo con ciertas carencias que lo llevan a comportarse así; por ejemplo: la carencia de bienes materiales (pobreza) o la carencia de una educación-socialización suficiente que le permitan comportarse como la sociedad le requiere.

92 LA VIOLENCIA, EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTROL SOCIAL PENAL

También consideró la existencia de rebeldes culturales, inapropiadamente socializados, o de “rebeldes sin causa” que vivían en la opulenta sociedad norteamericana de la posguerra. Estas categorías carecen de base científica en cuanto deben ser contextualizados en el marco de concepciones políticas-morales, y como tales más que una sociología de la desviación serían expresiones de la censura social (Sumner, 1994). Esas categorías consideradas negativas requieren de un necesario análisis del proceso de creación de su censura, para así demostrar su “privación de la historia”; al respecto decía Roland Barthes (1982) en *Mitologías* que la burguesía logra al analizar un fenómeno social cancelar el proceso histórico que lo constituyó: “*la historia se evapora, es una especie de sirvienta ideal: prepara, aporta, dispone, y cuando el patrón llega desaparece silenciosamente*”; en este caso la consideración del proceso histórico tendrá como objeto poner en descubierto las raíces estructurales, las formas ideológicas e institucionales que adquiere la censura social y la política criminal y las consecuencias o efectos para los “sujetos débiles”; a ellos y sólo a ellos se les aplican los discursos estigmatizadores y las políticas correccionales o incapacitadoras que realimentan la sociología de la desviación.

6 A Modo de Conclusión

Entonces, la elección de uno u otro paradigma o parámetro para la reflexión y práctica intelectual sobre el control social no solo es relevante académicamente sino que tiene consecuencias no exentas de violencia moral y material. Por un lado la sociedad, concebida como orgánica, homeostática y en pos de la armonía con la ley, el orden y el progreso; la interpretación de que el control social es una concepción sólo filosófica-humanista cuando asume la ideología de la defensa social; la óptica ontológica y de la esencialidad de las conductas desviadas. Esto implica una determinada agenda de problemas a investigar signados por una visión acrítica de los valores del orden social que se expresa en la persecución de sujetos débiles y la impunidad de sujetos poderosos.

A su vez será otra nuestra agenda de trabajo al adoptar enfoques críticos del orden social y del control social, de la práctica y funcionamiento del poder de castigar, de la ideología de la defensa social por sus avances ilegales sobre la ciudadanía, y de la crítica a la supuesta racionalidad instrumental de la censura social.

Creo que esta elección conceptual marca diferencias sustanciales en la práctica intelectual acerca de las complejas relaciones de la violencia y la sociedad que implica determinado tipo de preguntas. Por ejemplo: ¿puede un orden social que produce normas legales y que se reproduce en base al “teatro y la concesión”, la violencia y el delito, la desigualdad y el sometimiento, construir relaciones sociales para la armonía y el bienestar humano?. El escepticismo sobre su resolución no impide que reflexionemos sin pausa sobre este problema tan humano.

CIENCIA Y TÉCNICA: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MEDALLA?

Axel O. Eljatib^{*}

Introducción**

Suele entenderse por “ciencia pura” el proceso de investigación avocado exclusivamente al desarrollo del conocimiento o del mundo de los contenidos objetivos del pensamiento. Actividad semejante sería racional y objetiva, neutral y desinteresada, progresiva y plenamente beneficiosa para la humanidad (modelo felizmente denominado “heroico”¹). Por otro lado, la “ciencia aplicada” o tecnología sería el conjunto de las modificaciones que el hombre operaría sobre el mundo de las cosas, siguiendo las fórmulas y categorías abstractas –plasmadas en lenguajes formalizados – aportadas por la ciencia teórica. Esta distinción encierra la consideración de que la ciencia pura teórica, que avanza y se comporta obedeciendo sólo a su propia lógica, quedaría exenta de juicios críticos y normativos vinculados a los límites que sería necesario imponerle desde fuera por razones extrasistémicas. Los debates sobre el “conocimiento prohibido” son tan antiguos como el propio conocimiento.²

Esta concepción ingenua que asocia acriticamente ciencia (moderna)³, verdad, razón, progreso y neutralidad valorativa, no es sin embargo simple, puesto que encierra

^{*} Abogado. Docente de las Facultades de Ciencias Sociales y de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

^{**} El presente ensayo está afectuosamente dedicado al Prof. Enrique Marí, a quien tuve la suerte y el honor de conocer hace unos años cuando colaboré con él en algunos cursos de la Facultad de Derecho. (UBA) siendo todavía estudiante. Su asombrosa erudición, siempre avocada al servicio de un férreo compromiso democrático y humanista, armonizaba tan bellamente con su excelente sentido del humor, calidez, humildad y generosa vocación docente, que todos los que lo conocimos y disfrutamos estaremos eternamente agradecidos.

¹ Cf. APPLEBY, J., HUNT, L. y JACOB, M., “El modelo heroico de ciencia”, en *La verdad sobre la historia*, Andrés Bello, Barcelona, 1998, p. 27: “Hemos asignado a este modelo de ciencia el apelativo de *heroico*, pues transformó a genios de la investigación en héroes culturales. Reinó sin discusión hasta épocas recientes, equiparando ciencia y razón: desinteresada e imparcial, su aplicación rigurosa garantizaba el progreso en este mundo”.

² Cf. el hermoso trabajo de Shatuck, Roger, *Conocimiento prohibido*, Taurus, Madrid, 1998.

³ Cuando se habla de “ciencia” de aquí en adelante se hace referencia al modelo moderno de producción de conocimiento iniciado por Galileo y Newton, no a la “ciencia” en el sentido de *Wissenschaft*, término alemán que significa, en cambio, el modo más alto, perfecto o acabado de conocimiento en general – similar a la *episteme* de los griegos. Entendida esta sencilla distinción – más que meramente semántica – resulta ahora mucho más claro por qué para ciertos filósofos alemanes su disciplina sería la que más derecho tendría a llamarse “ciencia”. Por ejemplo, Hegel se ha referido a “las tareas científicas del presente” o a “la verdad como sistema científico” o al “desarrollo de la conciencia hacia la ciencia”, en el Prólogo a su magnífica *Fenomenología del Espíritu*; también E. Husserl habría propuesto hacer de la filosofía una “ciencia estricta” (*strenge Wissenschaft*).

no pocas ambigüedades. No es sencillo entender cómo el proceso de producción de conocimiento puede ser desinteresado e imparcial y simultáneamente ser instrumento de progreso: el término “progreso” denota una categoría fuertemente normativa y propia de una época muy concreta de la historia de la humanidad: la modernidad. Signifique ora desarrollo económico, ora aumento de la calidad de vida, ora mayor posibilidad de desarrollo espiritual, claro está que no sería posible distinguir entre ciencia pura como desinteresado intento de acercamiento progresivo a la verdad y a los secretos de la naturaleza objetiva y subjetiva, de las aplicaciones concretas en el seno de la sociedad, que serían las que fácticamente harían posible tal “progreso”. La búsqueda de conocimiento no es un fin en sí mismo: estaba bien interesada en fines muy concretos. La legitimidad de la ciencia se beneficiaría con esta ambigüedad, como suele suceder con tantos otros términos plurisémicos.

Muchas serían las formas de encarar una crítica de las ideas señaladas. El vínculo estrecho entre ciencia, tecnología y mundos de la economía y de la política podría apreciarse con sólo mencionar el hecho público y notorio de las fuertes inversiones que los estados más poderosos del planeta realizan actualmente en la investigación científica y tecnológica con vistas al desarrollo de sus industrias productoras de armas y de medicamentos — entre otras — y las magníficas ganancias y beneficios que todo ello implica. O bien, podría volverse retrospectivamente la mirada y constatar que desde los siglos XVII y XVIII y especialmente desde fines del siglo XIX, “con la investigación industrial a gran escala, la ciencia, la técnica y la revalorización del capital confluyen en un único sistema”.⁴ O también nos podríamos referir a la relevancia histórica que tuvo la ciencia en el desarrollo industrial de la Europa del norte del siglo XVIII que, a diferencia del sur católico, facilitó su despegue gracias a la libertad de prensa y la relativa ausencia de autoridad clerical.⁵ En adelante, en cambio, señalaremos la *conexión intrínseca* que existe entre ciencia y técnica, desde un punto de vista *trascendental*, lo cual no sólo no contradice lo premencionado sino que lo fundamenta más firmemente aun. Es cierto que la ciencia matemática de la naturaleza, sin embargo, nació casi dos siglos antes que la técnica moderna, por eso Martin Heidegger se pregunta: ¿cómo podría estar ya puesta al servicio de la técnica moderna? Efectivamente, puede constatarse que la técnica moderna sólo se puso en marcha cuando pudo apoyarse en la ciencia exacta de la naturaleza, pero ello sería correcto desde un punto de vista meramente historiográfico, pero que “pensado históricamente (*geschichtlich*), no acierta en lo verdadero”.⁶

2 La Opinión de Heidegger, Marcuse y Habermas

Heidegger dice en *La pregunta por la técnica*, conferencia del año 1953 pronunciada en la Academia Bávara de las Bellas Artes, que la esencia de la técnica es la “imposición” (*Gestell*), según la traducción de Adolfo Carpio.⁷ Siendo la técnica un

⁴ Cf. Habermas, J. *Ciencia y Técnica como “ideología”*. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 86-87.

⁵ Cf. Appleby, J., Hunt, I. y Jacob, M., *El modelo heroico de ciencia*, op.cit., pp. 27 y ss.

⁶ Heidegger, M., “La pregunta por la técnica”, *Época de filosofía*, Barcelona, N° 1, 1985, p. 19.

⁷ Cf. “La pregunta por la técnica” en revista *Época de filosofía*, op.cit. La palabra *Gestell* ha sido traducida también como “estructura”: “A aquella interpelación que provoca, que coliga al hombre a solicitar lo que sale de lo oculto como existencias, lo llamamos ahora la *estructura de emplazamiento (Gestell)*” (cfr. traducción de Eustaquio Barjau en Heidegger, M., *Conferencias y artículos*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994). También la he visto traducida como “engranaje”, cf. traducción de Raúl Gabás del libro de Sfranski, R., *Un Maestro de Alemania. Heidegger y su tiempo*, Tusquets, Barcelona, 2000.

modo del desocultar, tiene la particularidad de ser uno que exige, provoca, requiere, explota a la naturaleza, considerada ésta exclusivamente como “reservorio de energía”. Lo requerido no es desoculto como “objeto” (*Gegenstand*), sino como “fondo” (*Bestand*), stock, existencia, y sometido a la mayor utilización posible con el menor gasto. La esencia de la técnica impone una cadena consistente en abrir, transformar, almacenar, distribuir e intercambiar lo que ella ofrece al hombre. La “imposición” no es sólo la interpelación provocante del hombre a la Naturaleza: el hombre es a su vez requerido a comportarse de esa manera, corriendo el peligro él mismo a su vez de convertirse en “recurso humano”, en *Bestand*. El hombre es parte de la cadena del desocultar provocante y por ende está condicionado en última instancia por la *Gestell*.

Heidegger destaca que la esencia de la técnica moderna es la misma que la de la ciencia moderna,⁸ la ciencia exacta de la naturaleza: la física pura que sólo puede mirar a la naturaleza como un “plexo calculable de fuerzas”. “Uno de los fenómenos esenciales de la Edad Moderna es su ciencia. La técnica mecanizada es otro fenómeno de idéntica importancia y rango. Pero no se debe caer en el error de considerar que esta última es una mera aplicación, en la práctica, de la moderna ciencia matemática de la naturaleza. La técnica mecanizada es, por sí misma, una transformación autónoma de la práctica, hasta el punto de que es ésta la que exige el uso de la ciencia matemática de la naturaleza. La técnica mecanizada sigue siendo hasta ahora el resultado más visible de la esencia de la técnica moderna, la cual es idéntica a la esencia de la metafísica moderna”.⁹

Esta idea es retomada por Herbert Marcuse: “La ciencia de la naturaleza se desarrolló bajo el *a priori* tecnológico que proyecta a la naturaleza como un instrumento potencial, un equipo de control y organización. Y la aprehensión de la naturaleza como instrumento (hipotético) precede al desarrollo de toda organización técnica particular”.¹⁰ Agrega que la racionalidad científica, que es una tecnología *a priori*, se encamina a establecer una tecnología *específica*: el control social y la dominación del hombre por el hombre, a través de la dependencia al “orden objetivo de las cosas”. La racionalidad de la ciencia y de la técnica “ya es por su propia esencia una racionalidad del disponer, una racionalidad del dominio”,¹¹ y en el *a priori* material que las determina se encierra “un proyecto de mundo determinado por intereses de clase y por la situación histórica”¹². Debido a la permanente colonización del mundo de la vida por parte de la acción racional con arreglo a fines, lo que Weber llamó “modernización” o “racionalización”, la racionalidad de la ciencia y técnica modernas funcionaría como “ideología”, especialmente en una época – la que escriben Marcuse – en que el “capitalismo regulado” permitiría un generalizado aumento de las comodidades de la vida y de la productividad del trabajo, con la consiguiente desradicalización de la clase obrera y reducción del conflicto entre clases sociales – el cual quedaría en “estado de latencia”.

⁸ Cabe señalar la inteligente mención de que el método, como requisito indispensable para que un conocimiento adquiera el status de científico, es en sí mismo, una técnica determinada con fines específicos: “Aún la verdad objetiva, tal como la concibe la ciencia, llega a ser un resultado de una metodología, es decir, es el ‘producto’ de una actividad técnica. De una concepción científica de la tecnología, se pasa a una visión tecnológica de la ciencia” (Del Percio, Enrique, *Tiempos modernos*. Altamira, Buenos Aires, 2000, p. 281).

⁹ Cf. Heidegger, M., “La época de la imagen del mundo”, (*Die Zeit des Weltbildes*), conferencia pronunciada el 9 de junio de 1938, publicada en *Caminos de bosque*, Alianza, Madrid, 1996.

¹⁰ Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Planeta, Barcelona, 1993, p. 180.

¹¹ Habermas, J., *Ciencia y Técnica como “ideología”*, op. cit., p. 58.

¹² *Ibidem*, p. 59.

Habermas también reúne a la ciencia y la técnica dentro de la misma esfera, la de la *acción racional con arreglo a fines*, en el contexto de una concepción epistemológica general que distingue analíticamente dos tipos fundamentales de acción que no deben confundirse. El lugar que antaño ocupara el sujeto trascendental corresponde en realidad a la *especie humana* que se reproduce bajo condiciones culturales, es decir, que sólo se constituye a sí misma en un proceso de formación que tiene lugar gracias a un movimiento de reflexión. Este movimiento es un *proceso de conocimiento* y a la vez un *proceso de formación* (del tipo al de la *Fenomenología* de Hegel) que no es incondicionado sino que depende de las condiciones de un proceso individuante de socialización de los individuos en interacción, por un lado, y por el otro, de las condiciones de un intercambio de materia con un entorno que agentes en relación comunicativa tienen que hacer técnicamente manejable.¹³

Volviendo a la ciencia y la técnica, Habermas considera - en consonancia con Heidegger y Marcuse - que el sujeto del proceso de la investigación, *i.e.* la comunidad de los investigadores, *objetiva la realidad desde el punto de vista trascendental de la manipulación técnica posible*. La ciencia exacta de la naturaleza y la técnica modernas se circunscriben al marco trascendental dado por la esfera de la acción instrumental. En consecuencia, los enunciados que resultan son de tipo nomológico, que aprehenden la realidad con vistas a una manipulación técnica posible siempre y en cualquier parte, bajo condiciones específicas. Detrás de este tipo de comportamiento hay un interés rector, un *interés cognitivo técnico* que persigue el éxito como “función vital” - como superación por parte de la especie de las adversidades que permanentemente presenta su entorno.

Existe otro tipo de acción, que tiene que ver con la realización de la intersubjetividad, de aquella “*realidad simbólicamente preestructurada* que Dilthey, partiendo de Hegel, entendió como espíritu objetivo (...) y Husserl como mundo social de la vida”.¹⁴ En esta comunidad estructurada lingüísticamente es donde “pueden las personas ponerse de acuerdo sobre algo general que les permite identificarse a unos con otros, conocerse y reconocerse recíprocamente como sujetos similares; pero, al mismo tiempo, los individuos pueden también, en la comunicación, mantener sus distancias unos con otros y afirmar unos frente a otros la identidad inalienable de su yo”.¹⁵ Se trata del reconocimiento recíproco junto a la no identidad de uno con otro. El “suelo” de la intersubjetividad es el lenguaje ordinario, entendido como praxis vital - retomando la categoría de “juego de lenguaje” de Wittgenstein -, el cual provee de categorías inevitablemente universales para que las personas se interpreten a sí mismas y al resto de sus semejantes, a la vez que coordinan su acción a través de la interacción mediada simbólicamente o “acción comunicativa”. De este aspecto constitutivo del proceso de formación de la especie humana se ocupan las ciencias del espíritu, cuyo marco trascendental está dado por la gramática de los juegos de lenguaje ordinario. Sus enunciados son de tipo hermenéutico, que “aprehenden interpretaciones de la realidad con vistas a la intersubjetividad posible de un acuerdo orientador de la acción”.¹⁶

¹³ Cf. Habermas, J., *Conocimiento e interés*, Taurus, Buenos Aires, 1990, p. 212.

¹⁴ Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales*, Taurus, Madrid, 1988, p. 458.

¹⁵ Habermas, J., *Conocimiento e interés*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶ *Ibidem*, p. 199.

Detrás de todo ello subyace un *interés cognitivo práctico* de salvaguardar la intersubjetividad de una comprensión.¹⁷

Los contextos de la acción instrumental y de la interacción simbólicamente mediada determinan la validez de los enunciados posibles, sean de las ciencias de la naturaleza como de las del espíritu, de manera tal que sólo poseerán una función en esos contextos si es posible que sean explotados técnicamente o son prácticamente efectivos: de allí que pueda hablarse de intereses cognitivos, técnico o práctico. Detrás de este *proceso de formación* de la especie que penetra el movimiento de la reflexión, existe un *interés de la razón por la emancipación* que se dirige a la realización de esas condiciones de la interacción simbólicamente mediada y de la actividad instrumental, y por ende, asume las formas restringidas que representan el *interés cognitivo práctico* y el *interés cognitivo técnico*.

3 Conclusión

Del análisis de habermasiano resultaría explicado de manera completa y del todo coherente la relación dialéctica entre dos tipos de ciencias que se ocupan de dos aspectos igualmente originarios e importantes de la praxis vital humana, ya que se ha reubicado el análisis del conocimiento posible en general junto al proceso de formación cultural de la especie humana, análisis que el auge del neopositivismo habría intentado cancelar, por entender que todo discurso que no fuere el de las ciencias empíricas carecería de sentido.¹⁸ Según sus partidarios, el análisis lógico destinado al esclarecimiento del contenido cognoscitivo de las proposiciones científicas y el significado de sus palabras es el único propósito de la “teoría del conocimiento”, sinónimo de “lógica aplicada”, según R. Carnap.¹⁹ Las proposiciones de la lógica y la matemática, *sensu stricto*, carecen de sentido (*Tractatus logico-philosophicus*, prop. 4.461), no son figuras (*Bilder*) de la realidad, ni representan ningún posible estado de cosas (4.462), pero sin embargo no son absurdas (4.4611): son simples tautologías o contradicciones. Todas las demás proposiciones son absurdas, y se les aplica peyorativamente el mote de “metafísicas”. Por ende, se concluye que en lugar de hablar de lo no se puede, mejor hay que callar (7ª y última del *Tractatus*). El neopositivismo del siglo XX habría “descubierto” en la lógica la herramienta que eliminaría los resabios metafísicos - los sinsentidos - del único tipo de discurso que valdría la pena: la ciencia empírica, y tal sería la tarea exclusiva y excluyente de la filosofía. La lógica, disciplina fundada por Aristóteles, pasa ahora de ser una rama más de la filosofía a ser toda filosofía posible, si es que ella no quiere finalmente derrumbarse en el sinsentido. Por este motivo, en un artículo del líder del Círculo de Viena, Moritz Schlick, publicado en el

¹⁷ En un sentido similar, el antropólogo Clifford Geertz ha afirmado que él considera que el fin de la antropología consistiría en “ampliar el universo del discurso humano (...) se trata de una meta a la que se ajusta particularmente bien el concepto semiótico de cultura” y, podemos agregar, su concepto de *descripción densa*. Cf. *La interpretación de las culturas*. Gedisa, Barcelona, 1990, pp. 19 y ss.

¹⁸ “El método correcto de la filosofía sería propiamente (...) no decir nada más que lo que se puede decir, o sea, proposiciones de la ciencia natural – o sea, algo que nada tiene que ver con la filosofía” (Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*, prop. 6.53).

¹⁹ Cf. el ensayo de R. Carnap, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, aparecido originalmente en revista *Erkenntnis*, vol. II, de 1932 y luego publicado en Ayer, A., (compilador), *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 66.

primer número de la revista *Erkenntnis* (Conocimiento), se proclama a todas voces que ha acontecido el “viraje” o “giro” decisivo de la filosofía.²⁰

Habermas, desoyendo algunas de las pretenciosas conclusiones a las que los positivistas quieren arribar – como las arriba mencionadas – no duda en rescatar, sin embargo, algunas de sus más inteligentes reflexiones y reunir las en un único sistema junto a los aportes más fecundos del pensamiento alemán: Hegel, Marx, escuela de Frankfurt, Freud, Heidegger, entre otros. Encontró en el positivismo, pragmatismo, en Popper y otros autores similares, análisis muy complejos y acabados sobre lo que implica la ciencia como desarrollo de una acción racional con arreglo a fines imprescindible para la reproducción y supervivencia de la especie humana, enlazando tales reflexiones con las categorías marxistas de trabajo y de fuerzas productivas. Pero sin conformarse con ello, distinguió analíticamente esta esfera, la de la acción racional con arreglo a fines, de la de la acción comunicativa, la de la interacción (que Marx pensó pero de manera reduccionista al entenderla sólo como relaciones de producción o superestructura)²¹, tomando prestadas para ello algunas categorías de autores como Dilthey, Hegel, Heidegger y el “segundo” Wittgenstein.²²

Dentro de este esquema, el vínculo entre ciencia y técnica queda claramente establecido, toda vez que ambas estarían configuradas desde el punto de vista *transcendental* de la acción racional con arreglo a fines, sólo ocupado en objetivar la realidad desde el interés de la especie por el control técnico de la naturaleza, con miras a su supervivencia.

²⁰ Schlick, M., “El viraje de la filosofía”, en *El positivismo lógico*, op. cit., pp. 59 y ss.

²¹ “El concepto de producción es concebido de una forma tan amplia que comprende también a las relaciones de producción, lo que ofrece a Marx la posibilidad de remachar la idea de que la producción genera también el marco institucional dentro del que se produce (...) Los intentos de reducir por definición todos los momentos de la práctica social, al concepto de producción, no pueden ocultar que Marx tiene que contar con presupuestos sociales de la producción que no pertenecen de forma inmediata a los elementos del proceso de trabajo (...) la relación institucionalizada de coerción, que fija la distribución de los instrumentos de producción, se apoya en una conexión de interacciones mediadas simbólicamente, que pese a todos los subterfugios terminológicos, no puede quedar disuelta en elementos de la producción, o sea, en necesidades, acción instrumental y consumo inmediato”. (Habermas, J., *Conocimiento e interés*, op. cit., pp. 64-65).

²² Tan duramente criticado por “su maestro”, H. Marcuse: véase cap. VII de *El Hombre unidimensional*, op.cit.

ENRIQUE MARÍ, PRIMAVERA DE 1993

Eros Roberto Grau*

“Con mi más afectuoso saludo y profundo agradecimiento (alexiano).
Espero verte pronto em Bs. Aires.
Enrique Primavera 1993”

O velho salgueiro, com seus ramos debruçados por detrás da construção do muro ocre, ainda estava lá, na Primavera de 1993, quando celebramos a amizade, durante alguns poucos dias, aqui em Tiradentes, Enrique, Alcía e Carlos, minha mulher e eu.

Houve um congresso, em Curitiba - não estou bem certo disso - e os três vieram passar um par de dias conosco.

Carlos e Alcía trouxeram vinho e, Enrique, um lindo cd de Gardel. Ao final desses dias deu-me o *Papeles de filosofia*, que acabara de ser editado: “*Con mi más afectuoso saludo y profundo agradecimiento (alexiano). Espero verte pronto em Bs. Aires. Enrique Primavera 1993*”.

Quando o conheci pessoalmente, em Buenos Aires, alguns anos antes, assim que o vi na sala percebi que Carlos não exagera nem um milímetro ao dizer que Enrique não pisava sobre o chão quando caminhava, mas flutuava sobre o solo. Um anjo, certamente. A voz de ternura e os cabelos brancos de um irmão mais velho.

Em Tiradentes falamos longamente. Também algumas vezes, em Buenos Aires, quando estivemos juntos, sempre pela mão de Carlos e de Alcía. Sobre a interpretação/aplicação do direito, sobre Habermas, Alexy, mais importante do que tudo, sobre a vida.

Não o li o quanto o deveria ter lido. Mas com ele aprendi muito. Aprendi que o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade, a lei, e o lugar do imaginário social como controle da disciplina das condutas humanas e da sua sujeição ao poder, o que me permite compreender o sentido trágico dos momentos em que se torna mais agudo o descompasso entre uma e outro, momentos em que se espera sucumba o velho, para ser substituído pelo novo, obrigando os homens a se decidir, ainda suspenso entre dois mundos. E me permite compreender, mais, nesse descompasso, o paroxismo da ausência de ordem, que se instala quando o velho já sucumbiu e nos falta, como que irremediavelmente, o que haveria de ser o novo. Assim já estamos, ou estaremos amanhã...

Aprendi a discernir os sintomas dessa doença crônica que envelhece o jurista que pretende fazer ciência à custa do isolamento do direito, transformando-se em um

* Professor Titular, Departamento de Direito Econômico na Universidade de São Paulo – USP.

mero tecnólogo ou tecnocrata, nada mais do que um mero leguleio, perdido em análises de conceitos, critérios descritivos e classificatórios das condutas que as normas proíbem ou autorizam, sacerdote de uma religião tão absurda como o mundo de Kafka,¹ isolado, ele próprio, da realidade, para, ingenuamente, “fazer o jogo” do poder.

Enrique ensinou-me muito, ensinou-me - coisa que os kelsenianos de meia pataca jamais conceberiam - ter sido Kelsen o “arquitecto profano del más sólido artefacto de conexión entre discurso de razón e imaginario social: la *Grundnorm*”.²

Além de tudo isso, e muito mais, Enrique me permitiu viver uma experiência existencial maravilhosa.

Houve um congresso em Buenos Aires. Fomos todos almoçar em Santelmo. Veio até o nosso grupo, então, um certo filósofo do direito que não participou do nosso encontro - não havia mesmo porque dele participar - para cumprimentar um de nós. Não sei o que fizera aquele senhor abalar-se a tanto. Mas o que chamou minha atenção foi a sua arrogante antipatia, um inescandível não escondido sentimento de despeito pela presença e pelo respeito intelectual que Enrique inspirava. A falta, no filósofo analítico, daquilo que Norbert Elias chamaria de *courtoisie*, deixou-me profundamente irritado.

Anos após houve um outro congresso, em São Paulo, sobre semiologia jurídica. Enrique não estava. Vi na platéia, quando chegou o momento de minha exposição, o filósofo analítico. Conduzi então minha explanação de modo que, a um certo ponto, pudesse encaixar a seguinte afirmação: “*Como diz o maior jusfilósofo argentino de nosso tempo*”. Neste preciso instante fixei bem os olhos naquele que preparava os ouvidos para o ecoar de seu nome no salão nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e completei: “*Como diz o maior jusfilósofo argentino de nosso tempo, Enrique Marí...*”.

Maravilhosamente, vinguei, em meu coração, o Amigo.

O analítico bateu em retirada. Ergueu-se e saiu do salão pisando duro, à verdade reagindo com mais uma falta de cortesia...

À noite telefonei ao Carlos, pedindo que contasse a Enrique da minha bravata. Por certo que Enrique me censurou, ainda que com doçura. Mas carregou comigo o sabor desse momento, maravilhoso.

Há pouco, almoçando na varanda, comentei com Tania o quanto me faz falta o velho salgueiro abatido por um raio, com seus ramos debruçados por detrás da construção do muro ocre. De imediato, no entanto, lembrando-me de um verso de Rilke, me veio a certeza de que, se eu gritasse, lá, do mais alto da hierarquia dos anjos, Enrique me atenderia.

Tiradentes, 15 de junho de 2002
Eros Roberto Grau

¹ A expressão é de Fábio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio, 1978, pág. 472.

² *Papeles de filosofia*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1.993, pág. 247.

SONHOCÍDIO: ESTRAGOS NEOLIBERAIS NO ENSINO DO DIREITO OU “LA BUSQUEDA DEL BANQUETE PERDIDO”, COMO DIRIA ENRIQUE MARÍ*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

“Quem morre? (...) Morre lentamente quem não vira a mesa quando está infeliz com o seu trabalho, quem não arrisca o certo pelo incerto para ir atrás de um sonho, quem não se permite pelo menos uma vez na vida fugir dos conselhos sensatos”

Pablo Neruda

I Metáfora da Construção do Sujeito: Relendo o Grupo Escolar

- Este é o caminho. Estás vendo?
- Sim.
- Aproveita bem e presta atenção que amanhã tu vens sozinho. Homem nessa idade já sabe o que faz!
- Tá.
- Olha aqui: esta é a Rua do Príncipe, a mais perigosa. Olha bem para os dois lados. Se não vier nada, passa. Nada de se afobar prá não cair. Tá bom?
- Tá.
- Depois segue toda a vida. Ah!, depois do Clube Joinville e da casa dos Douat tem aquela ruazinha ali, tá vendo?
- Tô.
- Pois toma cuidado ali também que de vez em quando sai um maluco lá de dentro da Prefeitura. É um perigo prá essa criançada do Colégio Santos Anjos.
- É.

* O presente texto começou a ser escrito durante minha permanência na *Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, Espanha, onde estava dando aulas na disciplina *Sistemas de Protección de los Derechos Humanos*, no Curso de Doutorado em *Derechos Humanos y Desarrollo*. Agradeço a colaboração dos seus diretores Joaquín Herrera Flores e David Sánchez Rubio, assim como, consentado, dedico-o à memória do querido amigo Enrique E. Marí, ex-professor de Filosofia do Direito e Epistemologia do Conhecimento Social na Universidade de Buenos Aires, que nos deixou há pouco. Nada, porém, sobre o vazio deixado por ele é mais significativo do que aquilo que foi dito por Alicia Ruiz, no que deveria ser o Prólogo de seu último livro, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho* (Buenos Aires : Editores del Puerto, 2001).

** Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFPR. Especialista em Filosofia do Direito pela PUC/PR; Mestre pela UFPR; Doutor pela *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*. Coordenador eleito do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.

102 SONHOCÍDIO: ESTRAGOS NEOLIBERAIS NO ENSINO DO DIREITO OU “LA BUSQUEDA DEL BANQUETE PERDIDO”, COMO DIRIA ENRIQUE MARÍ

- Depois é só ir em frente pela calçada da esquerda: bombeiros, casa do bispo, até a esquina. Dobra à esquerda aqui na rua do Grupo, entendeu?
- Entendi, sim senhor.
- Pronto, é aqui. Vai lá que daqui a pouco chamam teu nome. Olha, sem bagunça: a mãe já disse prá diretora que se tu saíres da linha é prá ela passar a cinta. Viu?
- Sim senhor.
- Às 11h30 estou aqui neste mesmo lugar prá te apanhar.
- Tá bom.

Era um 15 de fevereiro de muito calor. Todo mundo na praia. Só nós dois em casa. Mal sabia meu pai que eu já conhecia aquele caminho de cor; que o Grupo já era íntimo das peladas no campinho, daquelas onde todos vão em cima da bola onde quer que ela esteja. Isso prá não falar do morro do velho cemitério, atrás do muro da escola, do qual se falava sempre ligando à assombração. E nós lá, volta e meia.

Seria um ano normal, não fosse 1964.

Começavam ali anos e anos de atividades escolásticas, jamais findas. Mas nenhuma lembrança é mais querida que aquela. Depois tudo parece repetição.

Professora era Professora, com P maiúsculo. Dona. Respeito era regra inarredável. Ainda ensinavam à antiga, embora tivessem abandonado o castigo no milho. Mas não tinha conversa: saiu do compasso, já se sabia... Elas eram como uma segunda mãe. E nós aprendíamos, de verdade, ainda que fosse um Grupo do Estado.

Eu não conseguia entender e provava uma sensação de pena quando a galeguinha lá no fundo fazia xixi nas calças. Não havia reação de desdém, de ninguém. Até o Ado, o mais sarcástico, surpreendentemente não dizia nada, pelo menos ali, na sala. Depois, a história é outra; e o Ado é o Ado...

Mas não eram só eles. Tinha uma Marisa, ou melhor, duas: uma loura e uma morena que corria prá burro. Tinha o Ike, meu dileto amigo de caminho, sempre quietinho. Tinha uma Amélia, grandona; uma Leila, bonita; o Puccini, que sempre ganhava na peca; e o Aluísio, que sempre perdia. Eram tantos que não recordo de todos. O Batschauer, sempre falante. E o Zé. Melhor seria dizer os Zés. Eram muitos, mas quando se falava em Zé pensava-se primeiro naquele. Ele era maior, mais velho e fumava escondido. Morava lá prá baixo, perto do Cachoeira. Era um grande amigo e me ajudava a cuidar das árvores recém-plantadas, hoje grandes e de sombra. – Quanta cola demos ao Zé!; todos nós, até o Kill, um verdadeiro gênio, daqueles que aparecem um em milhão e a gente não vê a hora de vê-lo estourar.

Pecado o nosso Zé. A notícia da morte em Florianópolis deixou claro que não era tão-só vítima de uma “overdose”; mas da falta de direção e de segurança. Enquanto o mundo estudantil começava a reagir por um espaço de poder, nós, daquela geração de 64, sofríamos o contragolpe. Pouco a pouco fomos esquecendo de discutir, numa robotização sem fim. E o Roberto Carlos cantando música prá ganhar dinheiro...

Um dia, lembro-me bem, um sábado. Na cerimônia cívica, depois do hino, ninguém havia sido designado para declamar os versos do Casimiro de Abreu, do Castro Alves ou do Cruz e Souza. Tinha lá na frente um homem. Terno cinza, largo. Não parecia que falava; o tom era de ordem. Microfone na mão, falou em novos tempos. Falou que nós éramos o futuro do Brasil; que receberíamos e viveríamos em um país melhor, grande, mais justo. Quase acreditamos. E o Zé morreu de “overdose”!

Dona Irma, como Diretora, nunca mais deixe ninguém fazer isso. Meus novos amiguinhos podem até acreditar pois hoje os pais não mais acreditam na capacidade das crianças de seguirem o caminho sozinhos; do Grupo e da vida. Pecado!

2 Eu = Outro, mas Diferente: O Processo de Identificação

Não é difícil entender que a construção do sujeito se dá pelo efeito dos limites. Afinal, são eles que permitem desejar; desejar o que se não tem. Claro! Deseja-se o que se não tem. O que se tem, goza-se! Goza-se, por evidente, o quanto é possível, até porque não é possível gozar tudo, por pura sorte ou, como querem alguns, pela graça de Deus. Afinal, não teria sentido seguir vivendo se não fosse para tentar encontrar, amanhã, o gozo que hoje não se encontrou. Sem “ter o que fazer amanhã”, por primário, restaria pouco para viver, num equilíbrio muito perigoso, mormente quando se começa a projetar o suicídio como forma última de expressão da diferença; como uma forma de se fazer presente. É (ser) certinho, digamos, politicamente correto (para a tradicional família...), mas tanatológico, não fosse, antes, a face da falsidade por excelência. A expressão do que, em definitivo, não somos. Aí está, porém, a representação (de tragédias gregas em relações dialógicas) que somos: imagens ambulantes onde o que vale mesmo é o que está atrás do espelho que oferecemos aos outros; espelho a refletir uma mera aparência do que não é. Aqui não se deseja: desliza-se nas imagens! O desejo é outra coisa; “o desejo do homem é o desejo do Outro.”¹ Mas atenção! Quando Lacan diz isso, assim o faz para explicar que “Não há outra metalinguagem senão todas as formas de canalhice, se designarmos assim as curiosas operações que se deduzem” da assertiva, para concluir: “Toda canalhice repousa nisto, em querer ser o Outro – refiro-me ao grande Outro – de alguém, ali onde se delineiam as figuras em que seu desejo será captado.”² É o enterro da Verdade das imagens: dos estelionatários que vendem brochas para os outros se pendurarem; dos mercadores da Pureza; do Uno; do pensamento Único; do pensamento Unliberal.

Na impureza, no sujeito clivado, no outro enquanto tal, no outro como ele mesmo, naquilo em que o indivíduo é dividido (dois em um: [in]divi-duo), no espaço que está para além da totalidade³ e assim por diante, que repousa a possibilidade de amor e, em ultima ratio, a democracia. Os direitos humanos – e sobretudo a cidadania – só se constroem com um inarredável respeito pela diferença, onde a dignidade humana ganha foros de princípio fundante.

A impureza, contudo, vem de fora, imposta pela linguagem, porque outro meio não há. É só ver o que se passa ao nascer: Jacinto!, disseram (dissemos) e dizem (dizemos) todos os dias, milhões de vezes. E pronto! Sai o tipo selado com a marca da cultura por toda a vida, carregando o fardo: furado pela palavra. Os cacocs junta com o tempo, para formar (seria melhor dizer armar) um quebra-cabeças que não só não termina mais como, por outro lado, perdidas algumas peças, nunca mais se vai completar. No lugar do que falta, por suposto, mete palavras. Palavras (para tentar dizer a coisa ou sobre a coisa) que nunca serão a coisa (embora façamos tanto esforço para tanto), porque – não esquecer – as peças se perderam. Se somos um quebra-cabeças do qual algumas peças se perderam (e está aí a nossa incompletude, que é constitutiva), não somos Todo; e somos isso que está aí: seres onde falta; e onde a palavra assume um papel transcendental, tentando tapar o furo.

¹ LACAN, Jacques. *O seminário: livro 17: o avesso da psicanálise*. Versão brasileira de Ari Roitman. 2ª ed., Rio de Janeiro : Zahar, 1992, p. 57.

² LACAN, J. Op. Cit., *O seminário: livro 17*, p. 57.

³ Como em Dussel e não em Levinas.

104 SONHOCÍDIO: ESTRAGOS NEOLIBERAIS NO ENSINO DO DIREITO OU “LA BUSQUEDA DEL BANQUETE PERDIDO”, COMO DIRIA ENRIQUE MARÍ

Na construção do edifício lingüístico que sustenta o vivente joga cartadas decisivas um processo de identificação. Logo temos um arsenal suficiente para filtrar o discurso (tudo o que fala) e introjetar, ou seja, assimilar de modo tal a poder estabelecer as relações palavra-objeto⁴. Servimo-nos, ademais, de quem está próximo, máxime da função paterna (pai, mãe ou quem estiver a desempenhá-la), e mais que da função materna. Daí nos identificarmos, com frequência, com o poder, não raro para depois repetirmos o que dele mais odiamos: o rigor do comportamento é um bom exemplo, mas não o único.⁵

Por outro lado, o processo não está fixado no tempo, ou seja, é para toda a vida. Como aderentes, seguimos como penduricalhos de estruturas ideais, os nossos modelos. Não fosse isso, trataríamos de dispensar os amigos tão-só conseguíssemos caminhar com nossas próprias pernas. Por evidente que não é assim; além do mais, eles, os modelos, também seguem as suas trajetórias, de constante mutação, oferecendo-se como novo a cada vez, a cada reencontro; e enchendo de vida a mesmice da repetição enfadonha do cotidiano.

Fala aí, nessa relação, com muita força, a transmissão. Como um bruxo/mago que conjuga as funções paterna e materna, o professor é um grande objeto de identificação; e se encontra em um lugar privilegiado. Sublima, porém, tudo o que pode; e na sublimação tenta dar conta de si mesmo, embora não o consiga por completo. Seu lugar, sobretudo, é o mais rico dos campos para sonhar e fazer sonhar.

3 Transmissão, Sublimação e Construção da Cidadania

O professor, pelo papel que desempenha é, sem dúvida, um dos mais importantes objetos de identificação. Em geral, sabe disso. Não sabe, todavia – e os números seriam estonteantes se pudessem ser computados – que seu agir é marcado pela sublimação, a maneira mais “nobre” (ou menos danosa?) de produzir giros lingüísticos na fala do Outro. É por isso que não diz o que quer; diz o que consegue

⁴ HACHET, Pascal. *La mentira necesaria: del trauma social al mito*. Trad. María Antoranza del Pozo. Madrid: Síntesis, 1999, pp. 14-5: “A lo largo de nuestra existencia, las experiencias que vamos viviendo requieren ser asimiladas, tanto si tienen como fundamento un conflicto situado dentro del psiquismo –entre una prohibición moral y un deseo incosciente – como si se trata de un acontecimiento vivido. En cualquiera de los casos, para que nuestro Yo se enriquezca con nuestras experiencias debe acoger con coherencia los componentes de nuestra participación. Este proceso, calificado de ‘introyección’ por Abraham, coloca al sujeto ‘en relación con sus objetos’. De ahí el hecho, observado por Tisseron, de que esté trabado por el vínculo social: un sujeto puede llevar a cabo la introyección de sus experiencias en la medida en que son aceptadas por su entorno. Existen tres modalidades de introyección, o de simbolización, complementarias unas de otras y cuyo establecimiento fue descrito por Tisseron (1981). En un primer momento, el niño simboliza sus experiencias en un modo sensorio-afectivo-motor, discernido a raíz de los trabajos de Wallon (1942). Luego tiene la posibilidad de simbolizar, ayudado de sus imágenes psíquicas; este modo gráfico de la introyección ofrece un apoyo al modo sensorio-afectivo-motor, cuando el establecimiento de éste, durante la relación precoz madre-hijo, ha resultado ser deficiente. Por último, al acceder al lenguaje, puede simbolizar en un modo oral. El equipamiento simbolizante tripartito del niño le permite, así como permitirá al adulto que va a ser, hacer frente a la aleatoriedad de su vida interior y relacional.”

⁵ Às vezes impressiona a todos a (des)razão de alguns que, mesmo odiando aos pais que se embriagavam, acabam por repetir o mesmo, como num ritual suicida. A razão, aí, tem muito pouco a dizer.

dizer, e já é uma grande coisa. Não é por outro motivo que nunca diz Tudo; e não encontra a verdade Toda para dizer. Não forma, portanto; (de)forma; ou, em outras palavras, forma sobre uma verdade outra e, nesse sentido, quanto menos impuser sua verdade, melhor. Por sinal, se é algo que não tem é ela, a verdade, razão por que a não transmite. Tem, sim, a sua verdade (que a verdade não é) e, desde essa visão, quanto menos danificar melhor. Afinal, desde sua pequena “lanterna” o que pode fazer de menos pior é indicar “um” caminho e, por ele (fixado como limite a ser transposto), forçar os alunos a encontrarem “um” para eles mesmos. Como disse Dussel, “analfabetos dos alfabetos que se lhes quer impor”⁶, ainda têm uma chance se a imposição não se fizer. Do contrário, serão como seus mestres e seguirão repetindo a mesma catilina, ou seja, o discurso da Totalidade.

Transmitir, mesmo a partir da “nobreza” da sublimação (que é do transmissor, mas produz efeitos no receptor, por primário), só é aceitável porque se não tem nada para se colocar no lugar e pela crença inarredável em uma razão capaz de fundar a partir do respeito pela diferença, com a torcida sincera de que no caminhar se descubra, construa-se o caminho, como referiu Antônio Machado.⁷ É, assim, um trabalho hercúleo, dado não existir um dosador; e nem uma fórmula mágica capaz de oferecer “o” caminho. Para os catadráulicos⁸ do ensino e todos os demais conservadores, onde isso é possível, forma-se o sujeito (aluno) aí, não raro oferecendo-se ortopedicamente como modelo perfeito, pronto e acabado. Ledo engano, ou melhor, canalhice pura e simples, para ficar com Lacan. O máximo que se pode fazer aqui é “formatar”, para depois, como um disquete qualquer, rodar a serviço de alguma ideologia. Eis a crônica de uma morte anunciada; de um vivente jogado no mundo como mera engrenagem de repetição, como Chaplin em Tempos Modernos.

A transmissão, nesta dimensão, só se dá parcialmente. O mais, o sujeito há de conquistar; até quando puder.

O mínimo a se fazer, contudo, é estabelecer uma base capaz de fundar, pela conquista, a cidadania. Sem ela somos como gado, ora na engorda, conduzido à manjedoura, ora pronto para o abate e conduzido ao matadouro. Desde tal perspectiva, por que não clonar? Afinal, o que está a impedir senão uma ética tão arraigada quanto combatida porque sinonimizada com o velho, o ultrapassado?

Cidadania e cidadão são conceitos fundantes, suportados pela dignidade humana enquanto princípio.

⁶ DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação*. Trad. de Luiz João Gaio. São Paulo : Loyola, s/d, p. 19.

⁷ “Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.”
(Antônio Machado)

⁸ Sabem todos que a expressão foi cunhada por Roberto Lyra Filho, no seu magnífico: *Por que estudar direito, hoje?* Brasília : Nair, 1984. Seriam eles os professores conservadores que servem ao discurso dominante por safadeza. Os demais, da mesma estirpe (conservadora), seriam os ceguinhos (que servem porque não sabem) e os nefetibatas, que se prestam ao mesmo fim mas em razão de viverem nas nuvens, ou seja, sabem muitas teorias, etc. mas não sabem para que servem.

106 SONHOCÍDIO: ESTRAGOS NEOLIBERAIS NO ENSINO DO DIREITO OU
“LA BUSQUEDA DEL BANQUETE PERDIDO”, COMO DIRIA ENRIQUE MARÍ

4 Neoliberalismo e Ensino do Direito: A Morte do Sonho

Princípio, sabem todos, na matriz dos ritos, é motivo conceitual. Depois, como lógico, ou como teleológico, presta-se a sustentar o discurso dogmático sobre a verdade da coisa. No início, porém, como verbo (que é mesmo!), imposto pelo poder, aparece como mito, ou seja, a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito.⁹ Isso rompe a segurança jurídica, para os incautos que dela precisam como muleta discursiva, mas abre um largo espaço para cada um sair ao encaicho de si mesmo.

A dignidade humana, como princípio, não suporta mitigação; e desde um ponto de vista ético seria insuportável tê-la. O problema, porém, não está aí, mas no fundamento epistêmico. Por isso, os senhores do poder e seus intelectuais de plantão, cientes das encruzilhadas, armaram a estrutura a partir de um câmbio epistemológico, substituindo a noção de causa-efeito pela de ação eficiente. Eis o pensamento neoliberal, fundado a partir de Hayek.¹⁰

Com a substituição, como se viu e cada vez se consegue perceber mais, a dignidade humana vem medida pelas ações e, quase que naturalmente, pela eficiência delas. As ações, vistas desde essa ótica, dizem com os meios; e não com os fins, só previsíveis por uma razão que se mostra débil e incapaz.

Não é de espantar que se fale tanto em competição, em todos os campos (tal e qual no mercado, tomado como modelo de ordem espontânea e justa), embora seja ingênuo por demais o conceito de liberdade que suporta o competidor (“estado no qual cada um pode usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos”¹¹), dado conduzir, inevitavelmente, ao conflito, onde prevalecerá o mais forte.

Assim, conceitos como mercado, consumidor, cliente, competição, desregulamentação, estão na ordem do dia. O limite, talvez fosse possível afirmar, é dado pelo jogo, na medida em que é jogado. Afinal, “simplesmente não é verdade que nossas ações devam sua eficácia apenas ou sobretudo ao conhecimento que somos capazes de verbalizar e que pode, portanto, constituir as premissas explícitas de um silogismo. Muitas instituições da sociedade que são condições indispensáveis para a consecução de nossos objetivos conscientes resultaram, na verdade, de costumes, hábitos ou práticas que não foram inventadas nem são observados com vistas a qualquer propósito semelhante. Vivemos numa sociedade em que podemos orientar-nos com êxito, e em que nossas ações têm boas probabilidades de atingir seu objetivo, não só porque nossos semelhantes são norteados por objetivos conhecidos ou por relações conhecidas entre meios e fins, mas porque eles são também limitados por normas cujo propósito ou origem muitas vezes desconhecemos e das quais frequentemente, ignoramos a própria existência.”¹² Se essas normas são as justas, aquelas dadas

⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba : UFPR, Ano 30, nº 30, p. 164.

¹⁰ Parece muito difícil dissertar sobre a matéria sem o conhecimento adequado da trilogia de HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. de Anna Maria Capovilla et alii. São Paulo : Visão, 1985, 3 volumes. O problema atual, porém, é que se fez imprescindível tal conhecimento, mas pouco se verificou a respeito, pelos mais variados motivos, ao menos no campo jurídico.

¹¹ HAYEK, F. A. *Direito... op. cit.*, vol.I, p. 62.

¹² HAYEK, F. A. *Direito... op. cit.*, vol. I, pp. 6-7.

(construídas pelo homem) não devem prevalecer, inclusive na ordem constitucional. Não admira, assim, que se queira destruir tudo que se coloque no caminho do pensamento neoliberal. Não fossem as cláusulas pétreas enfiadas na Constituição com muito esforço, por certo já teriam suprimido direitos e garantias individuais; e tudo pareceria normal, com a máquina dos meios de comunicação nas mãos, como de fato têm.

O ataque, por óbvio, é contra o construtivismo da razão; contra as instituições deliberadamente criadas, construídas. Visão do gênero, parece certo, rompe com a ética.

Para infelicidade da maioria, começa-se a ensinar o direito por tal cartilha, na extragrande maioria das vezes por pura ignorância (o que é muito grave e preocupante), mas já se encontra os catedráticos neoliberais, não muito fáceis de combater porque, como personagens miméticos usam, sempre que necessário, os argumentos sempre tidos por progressistas, embora, nas suas bocas, fundamentados em outros pressupostos. É preciso, entretanto, muita atenção pois como na velha canção carnavalesca e metafórica, “de dia é maria; de noite é joão”. O aluno, como cliente, prepara-se (prepara-se mesmo?) para uma “guerra”. O problema é que isso não é possível sem professores adequados, uma modalidade que não cabe no pensamento único neoliberal. Afinal, professor adequado, nesta visão, é aquele que ajuda na faina do mercado, gerando um paradoxo à exigência de resultados.

Os professores, ademais, desde as suas inarredáveis “humanidades”, não conseguem aderir de corpo e alma ao pensamento único – e não porque alguns não queiram – mas justo por ser impossível: enquanto marcados pela “falta” não serão – e não dirão – com algo Uno.

O sonho embala a trajetória de um professor que crê na possibilidade de “dar de si”, ajudando a fundar as bases da construção do outro.

O que estão fazendo os neoliberais, per faz et nefas, mormente no ensino do direito, talvez para seu próprio desespero mais tarde (o mercado é impiedoso com o asinino), é matar o sonho – sonhocídio¹³ – de uma geração de jovens professores que se fundaram no discurso (possível) da dignidade humana e da democracia; que crêem na ética do ensino como espaço de respeito ilimitado pela diferença; e que têm tesão de viver e deixar viver.

A questão, então, mais uma vez, é resistir. Resistir às falsas imagens que matam os sonhos; e não desistir jamais, porque “navegar é preciso”, como diria Fernando Pessoa, contrariando o fatalismo do dream’s over, como numa passagem muito conhecida – e pouco discutida – do nosso cancionário:

“O sonho acabou,
quem não dormiu no sleeping bag
nem sequer sonhou”.

¹³ Devo o neologismo, em tal espaço, à Professora Silvana Carbonera, em discussão sobre o tema levada a efeito no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.

TRISTEZA DE LAS GENERACIONES SIN MAESTRO

Claudio Martyniuk¹

Para todos pan, para todos rosas
Escribió Paul Eluard (sobre "La teoría de las ficciones" de E. Marí)

Mentitas. Bajo el aire de las ausencias, en el olvido del olvido transcurre la tristeza de las generaciones sin maestro. Y sin maestros, ¿cómo evitar que Wittgenstein o Foucault no sean cada vez más pobres, cómo evitarlo en las aulas de Sociología, cómo evitarlo año tras año, sin libros, apenas con fotocopias cada vez más desteñidas, en espacios insuficientes, cómo evitarlo en una sociedad en la que millones de personas carecen de sustento? Sin maestros, sin el sustento simbólico, la miseria que es el presente se proyecta hacia delante. Bajo el aire de las ausencias crece, entonces, la responsabilidad.

La sintaxis de Marí está llena de rupturas y estiramientos provocados por entusiasmos y bocanadas de aire fresco, por el deshacerse de prejuicios y estancamientos con un gesto siempre juvenil. No hay espíritu burocrático, no hay rendición institucional. Reivindicaba a Wittgenstein, mientras se enfrentaba a los académicos que aprisionaban a la filosofía, que enjaulaban al pensamiento, que con alambre de púa delimitaban las áreas del saber y consagraban la apropiación del territorio y parecían empeñados en destinar todos los recursos a la esterilidad. Recordaba la acusación de Zola, mientras la pasividad y la indiferencia eran modos de hacerse presente la miseria. Pensador público, las clases de Marí no eran un capítulo diferente a sus investigaciones, a sus inquietudes. En el escritorio, en las aulas, también en el café: siempre una similar agitación intelectual, siempre el mismo rechazo a las imposturas. Escribía suponiendo libertad. Leía y pensaba ejerciendo libertad. Toda su filosofía es una impugnación de los límites.

Tristeza por la falta de un maestro, sí. Pero hay vida en sus intervenciones, en sus textos teóricos refinados, orientados por el placer de escribir dialogando con ficciones, en la deriva de ideas, en la fuga temática, en el mar de olas sutiles que se mueven apenas un lector abre uno de sus libros.

El libro de la sociedad argentina habría que leerlo con los caracteres simbólicos de lo atroz y de lo desesperante, escribió Marí. Desespera el presente, atroz.

¹Texto preparado especialmente para el acto de presentación de *Teoría de las Ficciones*, libro póstumo de Enrique Marí en la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 14 de noviembre de 2002.

Y cuando la esperanza se reduce a la venta de *mentitas*, un libro, la lectura, el trabajo y la acción del pensamiento nos pueden dar otro sabor, nos pueden acercar un horizonte perdido

Persa. La materialidad de las ficciones, un mundo en trance de formarse, un pestilente aliento. Ficción, disparidad, no mera duplicación, diferencia que amplía las experiencias emocionales, que puede –aunque no siempre lo logre, aunque no siempre lo persiga- rechazar la empatía que apresa y confunde. La materialidad que se esconde, la fricción lubricada por *fuerzas ficticias*, que deja huellas invisibles, que tal vez abra otro sendero para que prosigan por un camino diversificado los replicadores, removiendo –o trasladando- una realidad de descontento.

Harald Weinrich recuerda, en el prólogo del libro de Enrique Marí “La teoría de las ficciones” (Eudeba, Buenos Aires, 2002), que en el azar cifra Lucrecio el desvío de las rigurosas trayectorias de los átomos, un accidente del cual –según el poema filosófico “De rerum natura”- nace la progresiva complejidad del mundo. Obra en progresión, como gotas opacas que traslucen diferencias que se agregan al mundo, que lo expanden o lo hacen más profundo. En un abrir la mirada, en una indagación sobre los límites de la conciencia, el goteo semeja un océano inabrazable; en la obra que lo representa se contiene en fragmento, en fragilidad que suda una gota contingente, impredecible, improbable. En la progresión, desde el cuerpo se forma, nace y se hace lo incorpóreo, como el esbozo que deviene en obra, como una gota fantástica, como un fantasma que pegotea y hace cosas con otras gotas.

Una sociedad asciende desde la brutalidad hasta el orden. Como la barbarie es la era del hecho, es necesario que la era del orden sea el imperio de las ficciones –pues no hay poder capaz de fundar el orden con la sola represión de los cuerpos por los cuerpos. Se necesitan fuerzas ficticias.

Paul Valéry, Prefacio a las “Cartas Persas”

La acción de presencia de cosas ausentes es posible mostrarla, pero gusta de la ocultación. El fantasma queda oscurecido, y cual fluido que invocando la razón se cosifica, el artificio fantástico se naturaliza, y la ficción, producto de la imaginación, se deniega. Se llega, en el sendero que ya no percibe el camino que abre, al *artificio* de construir naturaleza, y a pesar de los saberes y espejos disponibles, no se observa lo que se hace. Tal vez porque requiere un desdoblamiento, un salirse de uno mismo, una tarea que se descarta con premura por todas las imposibilidades implicadas. (“¿Cómo se puede ser persa? La respuesta es una nueva pregunta: ¿Cómo se puede ser lo que se es? Apenas se formula ésta en nuestra mente, cuando nos hace salir de nosotros mismos... El asombro de ser alguien, el ridículo de toda figura y existencias particulares, el efecto crítico del desdoblamiento de nuestros actos, de nuestras creencias, de nuestras personas se reproducen en seguida; todo lo que es social se torna carnavalesco; todo lo que es humano se hace demasiado humano, se convierte en singularidad, demencia, mecanismo, necesidad ... Las leyes, la religión, la costumbre, el atuendo, la peluca, la espada, las creencias –todo parece curiosidad, mascarada-, cosa de feria o de museo ...”, continuó Paul Valéry en su *Prefacio a las “Cartas Persas”*. Para obtener esa perspectiva y ese poderosos asombro, los llamados estudios culturales han debido madurar largo tiempo. Como de visitante en su propia cultura, como para desconcertar sus ideas y sorprenderse de lo que hacen sus políticos, magistrados, e intelectuales;

como para mostrar la fragilidad de la más sólida construcción política, como fantasma que destila gotas que cazan fantasmas, la obra del profesor de Yale Paul Kahn, “El análisis cultural del derecho” -Gedisa, Barcelona, 2001-, señala que el estado de derecho es un producto de la imaginación, es “substancialmente una cultura de textos”.)

Esta misma opacidad de las ficciones, así como de su fuerza performativa, es el objeto imposible de asentar y de asir que tematiza Marí en su última obra, terminada meses antes de su muerte. Por tal imposibilidad de totalización el texto es fragmentario, pero cada fragmento ejemplifica un mundo. Un mundo se compone de gotas preciosas: más que literatura y *realidad*, el péndulo del filósofo construye una puesta en tensión de fragmentos de Zola con otros de Proust, el naturalismo y la evocación, la experiencia y la memoria, y también la verdad y el poder -mejor: el cuestionamiento que desde la verdad se le dirige, *debe* destinarse al poder; el índice que en dirección acusadora sostendrá una subjetividad que hará de la fantasía su divisa: *el intelectual*. En la segunda parte de la obra de Marí, entre gotas ya de sentidos proposicionales, el mundo, el pensamiento y el lenguaje se mueven en la sucesión envolvente y sutil de los textos de Wittgenstein, y la crítica se dibuja como la ficticia navaja que troza y disuelve confusiones, como la pluma que, con eficacia simbólica, libera de embrujos. En el tercer segmento, el derecho, y su compleja trama de ficciones articulada con profundidad ya por los romanos, muestra la capacidad del artificio en manos de instituciones –manos, por cierto, también ficticias. Un *realismo romántico* recorre el texto, emerge con Herder, con el puente entre la teoría del derecho y la literatura (comprendiendo también, y especialmente, a la teoría literaria), esas islas que ejemplifican la escisión entre la ciencia y la poesía, la técnica y el arte, y concluye con la puesta en discusión de las refinadas tesis sobre el realismo de Michel Dummett. En definitiva, son más *papeles de filosofía para arrojar al alba*, como dijo el poeta, como repetía Marí.

Papeles para arrojar al alba, porque el hacer poético y el filosófico se hallan hermanados por el mismo inútil indagar sobre los sentidos. ¿Para qué la poesía y la filosofía? ¿Para qué ese trabajo de escritura? *Para arrojar al alba*. Una donación íntegra, desinteresada, desprendida de las alternativas por venir; también una dimensión primera, profunda; también las consecuencias contingentes, improbables de las obras, todo ello *al alba*. En el alba se rescatan esos *papeles* cual monumento del abismo que separa al creador de su obra, como ficción y *realidad* que persiste al creador, a su intención, a su ocaso. En el alba, con los lectores, la filosofía, los papeles, la poesía comienzan a iluminar, perfilan el horizonte, acogen *como si* la atmósfera, el aire, la respiración también se hicieran con palabras.

Banquete. De “Neopositivismo e ideología” (Eudeba, 1974) a “La teoría de las ficciones” (otra vez Eudeba, pero en este caso con un impulso ajeno al propio interés editorial y con el financiamiento de la Facultad de Derecho de la UBA) es posible hallar continuidades. La política en la ciencia, la ideología y la epistemología configuran, en un viaje a través de los textos de Marí, el primer registro de contacto con prácticas discursivas, representaciones imaginarias e interpelaciones a la filosofía, y tal vez no resulte inverosímil suponer la supervivencia de esas mismas cuestiones en el análisis de las ficciones; ¿caso de la atmósfera que envuelve la interrogación acerca de la verdad de la ficción no surge el eco de aquellos lejanos debates estructuralistas sobre la relación que mantienen ciencia, verdad e ideología? Cambian acentos, desaparece la necesidad de impugnar al positivismo (una necesidad vinculada a la inserción institucional, ya que los espacios académicos de la UBA en las áreas de Epistemología

y Filosofía del Derecho han estado hegemonizados por filósofos positivistas), y sus proyectadas reconstrucciones (como el programa formulado en “Elementos para una epistemología comparada” -Punto Sur, 1989) van adquiriendo la forma de un pluralismo perspectivista. Aparecen continuidades, como la mirada exótica que dirige a la filosofía analítica –exotismo presente desde “Neopositivismo...”, mientras que la cuestión de la verdad en la filosofía, las ficciones ya en el discurso jurídico, y la condición cognitiva de la literatura, recorren sus diversos papeles de filosofía.

“La teoría de las ficciones” parece reclamar una lectura desde “El Banquete de Platón” (Biblos, 2001): ¿acaso no es ésta otra historia del control de los discursos, en este caso del control de la narración, del dispositivo que regula la historia como relato?; ¿acaso su último texto no es, como el discurso de Diótima sobre el amor, una narración *sobre* la ficción?; ¿y no es la ficción una matriz narrativa y también una máquina que produce efectos de sujeción y también de expansión? Sin esencialismos, con cierto funcionalismo, atrás de un cómo, sea referido al discurso filosófico -y el Banquete es su ejemplar-, sea enfocado a las ficciones.

Sucede que en toda descripción hay implícito un relato: el del viaje que debió hacer el autor para encontrarse frente al objeto que describe.

Cesar Aira, “Copi”

No desde la estética de la negatividad que dominó en los ochenta, sin ironía posmoderna, sin liviandad, fuera de la moda y los etiquetamientos, pero sin abolición de la distancia crítica, sin cesar de buscar intersticios para criticar dogmatismos, sin cesar en el ejercicio de la torsión que hace opaco el cristal de observación y así aclara. Hay espíritu de ensayo en sus trabajos; también lo hay en su tesis doctoral, tanto en el tema –tematiza una región en gran medida ignorada por los estudios ius filosóficos-, como en la forma –su estilo no se sujetó a la estandarización institucional. Quizás alguno sienta hoy, ante los textos de Marí, el mal gusto del buen gusto, poseído por el deleite refinado que sobre el mal gusto reclama el *camp*. Pero esa apreciación deviene en banal apenas se perciba que hay algo en los libros de Marí de eso que confiesa Maldoror, el deseo de convertirse en todas las cosas y seguir siendo uno mismo: se convierte en Zola, se une a Wittgenstein, entra y sale del derecho, y es Marí, lo es en la cita extensa, en el choque de teorías y en los finales sin moraleja. ¿Acaso el final no es un tópic textual? Y siguen los relatos del final.

Ficciones: cuando los sentimientos se vuelven algo, cuando lo invisible se hace visible, cuando se revela la insatisfacción con lo que es. Entre lo real y la imaginario, desde la indeterminación, la ficción interroga a la facticidad, lucha contra la entropía, percibe al yo como otro y viceversa, empuja la no-significación, hace chocar contra la fragilidad de los límites, muestra nombres sin cosas. Pero la tentación de brindar por las ficciones decae, tal vez quede en un cementerio de entusiasmos si la asociamos nada más que al humanismo literario y a su producto más trabajado: naciones edificadas por la eficacia de unas lecturas compartidas por el público de lectores. La novela del estado se ha hecho frívola, como es frívola la reforma constitucional de 1994, narrando infinitos derechos para una población devastada, y tan sólo para que el soberano extienda su tiempo de soberanía, tan sólo a cambio de nuevos organismos que nada corrigen, que

nada mejoran. Está en crisis la eficacia de la ficción, está en crisis la nación literaria, diagnosticó Peter Sloterdijk, pronosticando cambios en las normas del parque humano. ¿Pero no se trata de una sucesión de ficciones, y al final de la novela del estado le seguirá el relato de la ciencia y la tecnología, como al montaje del poder soberano los efectos del biopoder?

Sí, hay afirmación de la potencia de la escritura, de la eficacia de las narraciones. La literatura, la filosofía y el derecho actúan como máquinas de contar relatos, de producir ficciones, de hacer creer y de hacer extraño lo habitual. Hay reafirmación de la eficacia de la escritura: por los textos seguimos conversando con Enrique Marí.

LA CORRUPCIÓN DE LA UNIVERSALIDAD

Arturo Berumen Campos

“Así es capaz de hacer del universal mismo un particular, y, por consiguiente, una apariencia.”

Hegel: *Enciclopedia*

I Introducción

Dice Hegel¹ que una sociedad que no está organizada éticamente no tiene Estado, aunque tenga gobierno. De esta manera, el Estado se define como la sociedad que se encuentra organizada éticamente. Este no es un concepto descriptivo del Estado, porque sabemos que los estados realmente existentes, los estados históricos no están éticamente organizados. Más bien es un concepto paradigmático del Estado, es decir, es un parámetro que nos permite medir el grado de eticidad que ha alcanzado una determinada sociedad en su historia.

Este concepto de Estado nos permite saber si nuestra sociedad se acerca o se aleja del ideal del Estado, es decir, del Estado ético. ¿Pero cómo sabemos en que consiste el Estado ético, según este mismo autor? A veces, se ha malentendido al Estado ético, interpretándolo como aquél, en el que los individuos que conforman la sociedad, se subordinan al fin y a los intereses comunes de la colectividad o del gobierno.² Esta errónea interpretación del Estado ético ha llevado a justificar al estado autoritario y al estado totalitario.

Pero tal cosa no es el Estado ético. En éste, la sociedad se encuentra dividida en clases o en grupos sociales particulares que buscan y luchan por satisfacer sus

¹ Hegel, *Filosofía del derecho*. UNAM, México, 1975, par. 257, pp. 244 y 245: “El Estado es la realidad de la Idea Ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, clara para sí misma, sustancial, que se piensa y se sabe, y que cumple lo que él sabe y cómo lo sabe.” Y más claramente en *Ídem*, par. 349, p. 336: “Un pueblo no es aún un Estado (...) la condición de Estado constituye la realización formal de la Idea en general. Sin esa forma, al pueblo como sustancia moral, que es tal en sí, le falta la objetividad de tener en las leyes, como determinaciones pensadas, una existencia universal y válida universalmente para sí y para los otros, y, por lo tanto, no es reconocido.”

² El mismo Hegel da pie a que se entienda de este modo, en ocasiones. Por ejemplo, cuando dice: “este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos” (*Ídem*, par. 258, p. 245). Pero, en su desarrollo conceptual, el Estado para Hegel, llega a ser “la unidad de su fin último universal y de los intereses particulares de los individuos” (*Ídem*, par. 261, p. 250)

intereses individuales y egoístas. Es lo que se llama la sociedad civil.³ Pero, en el Estado ético, además de las clases y grupos particulares, existe o debe existir una clase universal que no tenga intereses particulares, sino intereses universales que se identifiquen con los intereses de toda la colectividad, con los intereses del Estado. El Estado ético requiere, por tanto, además de las clases particulares, de una clase universal.⁴ ¿Cuál es esta clase universal que, en cuento tal, no debe tener intereses particulares, sino únicamente intereses universales? La clase universal del Estado ético, es la burocracia del Estado.⁵

Esto no quiere decir que la burocracia del estado moderno sea considerada ética. No, lo que significa es que si la burocracia estatal no se comporta como clase universal, es decir, si la burocracia, como tal, satisface sus intereses particulares -o el estado no le satisface dichos intereses particulares⁶ - y se olvida de los intereses universales, entonces deja de ser una clase universal. Si la burocracia se corrompe, el Estado deja de funcionar como tal, se disuelve, se hace una organización particular, cuya dominación no se distingue de cualquier otro poder particular.

Por ello, podemos definir a la corrupción como la satisfacción, por parte de la burocracia, en tanto que clase universal del Estado, de sus intereses particulares mediante los recursos destinados a satisfacer los intereses universales de la comunidad.

Si la corrupción se generaliza, entonces la clase universal se transforma en una clase particular, como cualquier otra de la sociedad, en la cual no habrá entonces quien busque y satisfaga los intereses universales, por lo que será una sociedad sin Estado, en la cual la lucha de todos contra todos no tendrá límite alguno, y se retornará a un estado hobbesiano de naturaleza.⁷

Sin embargo, la corrupción de la burocracia moderna no significa tan sólo que la clase universal se comporte como una clase particular, sino que, además aparenta que sigue siendo una clase universal. La corrupción de la universalidad no tan sólo es poner lo universal como si fuera lo particular, sino también poner lo particular corrompido como si fuera lo universal.⁸

También puede suceder que la burocracia se comporte, en ocasiones como una clase particular y en ocasiones como una clase universal, por lo que resultará difícil saber hasta que punto existe la eticidad en el Estado o en la sociedad.

³ *Ídem*, par. 187, p. 197: "Los individuos, como ciudadanos de este Estado, son personas privadas que tienen por fin particular a su propio interés."

⁴ *Ídem*, par. 205, p. 209: "La clase universal tiene como tarea propia los intereses generales del estado social."

⁵ *Ídem*, par. 289, p. 290: "El sostener el interés general del Estado y la legalidad en esos derechos particulares y reconducir éstos hacia aquél, requiere preocupación de parte de los delegados del poder gubernativo de los empleados ejecutivos del Estado y de los más altos empleados decidentes."

⁶ Por eso la burocracia debe estar bien pagada, de modo que sus intereses particulares se encuentren satisfechos de una manera legítima.

⁷ *Ídem*, par. 185, p. 195: "El desarrollo autónomo de la particularidad constituye el momento que en los Estado antiguos se ha manifestado como desbordante corrupción de las costumbres y como la causa decisiva de su ruina."

⁸ *Ídem*, par. 357, p. 341: "En este mundo la diferenciación se cumple en un infinito desgarramiento de la vida moral, en los extremos de la conciencia de sí privada, personal y de la universalidad abstracta (...) la disolución de la totalidad tiene término en la infelicidad universal, en la muerte de la vida ética (...) todos los individuos decaen a personas privadas y a iguales en un derecho formal; oposición que mantiene unido sólomente a un arbitrio abstracto que se arroja en lo monstruoso."

Del mismo modo, puede ser que una parte de la burocracia se comporte como clase particular, y otra parte como clase universal. La alta burocracia o la baja burocracia pueden tomar tales actitudes, indistintamente, aunque su grado de responsabilidad no sea el mismo.

En cualquiera de los tres casos, es decir, cuando la burocracia actúa como clase particular y aparenta ser una clase universal, cuando la misma burocracia, a veces actúa como clase particular y a veces como clase universal, y cuando una parte de la burocracia actúa como clase particular y otra parte de la burocracia actúa como clase universal, en cualquiera de estos tres casos, repito, nos encontramos ante una contradicción entre los elementos universales y los elementos particulares del Estado. El desarrollo de las contradicciones entre la actitud particularista y la actitud universalista de la burocracia del Estado, es la historia del Estado.⁹ Esto implica que la historia de la corrupción está implicada es la historia del Estado. Con base en esta dialéctica de lo universal y de lo particular de la corrupción, haremos, más adelante, al planteamiento de la historia de la corrupción en México. Antes intentaremos precisar la naturaleza particular y universal de los intereses de la burocracia.

En dos, pueden resumirse los intereses universales de la sociedad, que debe satisfacer o cumplir la burocracia, en tanto que clase universal del Estado. Uno de ellos es la prestación de los servicios públicos, y el otro es la administración de justicia. Los servicios públicos y la administración de justicia son los intereses universales de la burocracia. Sólo por o para su satisfacción debe existir como clase universal.¹⁰

Del mismo modo, dos son, por consiguiente, las formas principales de corrupción de la clase universal: la desviación de los recursos públicos para la satisfacción de los intereses o servicios privados y la parcialidad en la administración de la justicia hacia el interés particular más poderoso y no a favor de quien tenga la razón.

La particularización de los servicios públicos y la parcialidad de la justicia son las formas genéricas mediante las cuales se expresa la transformación de la burocracia, de clase universal a clase particular del Estado. Y sobre todo, son las formas patológicas en que la contradicción de lo público y de lo privado se ha expresado en la mayoría de los estados, incluyendo él de nuestro país.

2 La Contradicción Absoluta de los Artífices de Nuestra Nacionalidad

Es posible que el imperio azteca sucumbió ante los españoles por su incapacidad para resolver una contradicción interna. La contradicción entre Quetzalcoatl y Tezcatlipoca. Era ésta una contradicción simbólica que expresaba y ocultaba una oposición real, política y jurídica.

⁹ *Ídem*, par. 356 y 357, pp. 340 y 341.

¹⁰ *Ídem*, par. 294, p. 293: "El servicio público requiere, en vez, el sacrificio de la satisfacción independiente y discrecional de los fines subjetivos y proporciona justamente por ello, el derecho de encontrarlos en la prestación adecuada a un deber, pero sólo en ella. En este aspecto, se encuentra aquí el vínculo del interés general y del particular, que constituye el concepto y la estabilidad interna del Estado."; *Ídem*, par. 29, p. 229: "En la administración de la justicia, la sociedad civil, en la cual la Idea está perdida en la particularidad y descompuesta en la separación de interior y exterior, se reintegra al concepto de ella, en la unidad de lo universal, que es en sí, con la particularidad subjetiva; aunque ésta, en el caso individual, y aquél en el significado del derecho abstracto."

Podemos decir que, a pesar de todas las deformaciones llevadas a cabo por Tezcatlipoca, mediante su “espejo humeante”, Quetzalcoatl representaba a la clase universal entre los aztecas, pues del Calmecac, colegio bajo la advocación de este último, surgían los principales cuadros de la burocracia estatal, señaladamente los jueces que administraban la justicia.¹¹ La honestidad y la sabiduría de los jueces eran proverbiales, al grado de que los españoles los tomaron como modelos, a pesar de que las penas del derecho azteca eran muy severas, en especial las que castigaban el cohecho de los jueces y el peculado de los recolectores de impuestos (pena de muerte).¹²

Tezcatlipoca, en cambio, expresaba los intereses particulares de las clases dominantes en la sociedad azteca. Intereses que eran de supremacía al interior y de imperio al exterior. Tezcatlipoca preside el Tepochcalli, colegio de los guerreros, donde se justificaban los sacrificios humanos como necesidad cósmica para el renacimiento del sol (Huitzilopochtli), pero que, en realidad, era una ideología legitimadora del régimen de terror impuesto sobre los pueblos tributarios e, incluso, sobre el mismo pueblo azteca.¹³

Ambas tradiciones, empero, se encontraban confundidas y, a la vez, en lucha, en la religión y en la conciencia colectiva. A medida que las necesidades imperiales de dominación se hacían mayores y, por tanto, aumentaba la cantidad de sacrificios humanos, aumentaba la severidad de las “penas” (Leyes de Netzahualcoyotl) y la severidad de las “penitencias” morales (autosacrificios de Moctezuma Xocoyotzin).¹⁴

La actitud de los líderes políticos se vuelve contradictoria y, a la postre, lleva a la inacción, ante el invasor español. Netzahualcoyotl, rey de Texcoco, duda de la religión azteca e inicia un rito para volver a la pureza de la moralidad de Quetzalcoatl, pero a la vez, reprime con mayor severidad las faltas de orden y de disciplina.¹⁵ Moctezuma queda paralizado ante Cortés, porque sabe, y con él, todo el pueblo azteca, que el dominio imperial es un dominio en interés de una clase particular, que el verdadero interés colectivo lo representa Quetzalcoatl, con quien, inicialmente, identifican a Cortés. El “regreso” de Quetzalcoatl les revela, súbitamente, que no vale la pena luchar por un interés imperialista particular, y por eso no luchan contra los españoles antes de la

¹¹ Arce Bravo, Enrique, *Sociedad, burocracia y corrupción. Un enfoque histórico*, Carballido, México. Un pensamiento nuevo, 1987, p. 46.

¹² Alvarez, Josefina, González, Alicia, Sánchez, Augusto, “El control social en la civilización azteca”, en *Cuadernos de posgrado*, Julio-diciembre, 1987, UNAM, Acatlán, p. 48: “Los jueces debían desempeñar su encargo honesta y sabiamente, porque aquel que se dejase sobornar, dependiendo de la gravedad del caso, recibía una pena que podría ser la amonestación, el destierro, la destitución con corte de pelo y, en los casos más graves, la muerte.”; Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Esfinge, México, 1984, p. 29: “La deshonestidad de un calpixqui (cobrador de impuestos) se castigaba con la muerte.”

¹³ Arce Bravo, *op. cit.*, p. 46; Séjourné, Laurette, *Pensamiento y religión en el México antiguo*, trad. A. Orfila Reynal, FCE, México, 1994, pp. 37, 38: “La existencia de Tenochtitlan reposaba sobre los tributos de los países conquistados, y es fácil comprender la necesidad imperiosa que tenían los aztecas de un sistema de pensamiento que sostuviese su imperialismo. Es indiscutible que la necesidad cósmica del sacrificio humano constituyó un slogan ideal, porque en su nombre se realizaron las infinitamente numerosas hazañas guerreras que forman su historia y se consolidó su régimen de terror.”

¹⁴ Séjourné, *op. cit.*, p. 43: “Esto hace que dos corrientes de pensamiento contrarias coexistan en el seno de esta sociedad: de un lado, un misticismo degradado para sostener un ambicioso plan de conquista; de otro, la doctrina de Quetzalcoatl como única base moral.”

¹⁵ Alvarez, Josefina, et. al., *op. cit.*, p. 43; Séjourné, *op. cit.*, p. 44.

noche triste. Cuando se percatan de que Cortés no es Quetzalcoatl, sino otro Tezcatlipoca al servicio de otro Huitchilopochtli, Carlos V, mucho más poderoso y más sanguinario que el suyo, es decir, cuando se dan cuenta de que representa solamente, otro interés particular, la lucha por Tenochtitlán se convierte en una lucha entre dos intereses particulares, ambos imperialistas: el imperio azteca y el imperio español.

Sólo que la situación de ambos, ante la creencia de los pueblos dominados de quien representa el interés universal ha cambiado. Mientras los aztecas han perdido la confianza en sus dioses universales, puesto que dudan de su necesidad para mantener el orden cósmico universal, los españoles han prometido a todos los pueblos dominados por los aztecas su liberación si se alían con ellos y luchan contra los aztecas, adquiriendo, para sí, la representación de sus intereses universales. La universalidad mítica se desintegra ante una universalidad ideológica. La lucha por el dominio del estado fue, ante todo, una lucha ideológica sobre la representatividad de los intereses generales o universales de los pueblos de Anáhuac.¹⁶

En el vértice de esta lucha ideológica se destaca la preclara figura de Xicotencatl el joven, líder guerrero de Tlaxcala. Son conocidos los intentos que realizó por ganarse a Cuicláhuac y a Cuahutémoc para su causa y es también conocida la preocupación de Cortés ante la posibilidad de una alianza entre aztecas y tlaxcaltecas impulsada por Xicotencatl el joven. Él fue el único que se percató de que las promesas libertarias de los españoles ocultaban un imperialismo tan o más opresivo que el de los aztecas, que el interés universal que Cortés se decía representar no era sino una ideología que ocultaba los intereses particulares de dominación y de ambición. Pero también Cortés fue el único que se dió cuenta del enorme riesgo que significaba para su empresa la estrategia de Xicotencatl el joven y lo acusó ante su padre, Xicotencatl el viejo, de traición al pacto celebrado entre traxcaltecas y españoles. Y cuando el joven Xicotencatl desertó del ejército de Cortés, éste le mandó detener y le dió muerte, ahorcándolo, para evitar que se extendiera su ejemplo.¹⁷

Los aztecas fueron vencidos porque sabían que no luchaban por ningún valor universal, sino por el interés particular de sus clases dominantes, porque no luchaban por Quetzalcoatl sino por Tezcatlipoca. Quetzalcoatl, es decir, los intereses universales de la comunidad nahuatl, había sido secuestrado por los españoles quienes se presentaron como liberadores de los pueblos sometidos a los aztecas, los que a su vez lucharon con ellos porque creyeron que luchaban por sus intereses comunes o universales. Pero, en realidad sólo se conquistaron a sí mismos, como dice Justo Sierra.¹⁸

¹⁶ Menéndez, Miguel Ángel, Malintzin, La prensa, México, 1964, p. 14: "Lo que se llama "guerra" de la conquista española fue sólo desviación y aprovechamiento del movimiento revolucionario aborígen, fraude a la insurgencia de los tributarios que se alzó con vistas a liberarse del opresor mexicatl."; *Ibidem*, p. 22: "El mexicatl, lo mismo que el español, fueron depredadores. Ambos representan, frente al rigor de la historia, el mismo apetito: pelearon por dirimir quién de ambos quedaría con el imperio para extorsionar a los pueblos."

¹⁷ Menéndez, *op. cit.*, pp. 159, 160: "Si se quiere encontrar un héroe indígena paradigmático en la historia de la conquista, vuélvanse los ojos al recuerdo de Axayacatzin Xicotencatl: fue el único que comprendió a tiempo, de pie sobre el cortante filo de los hechos, que los oprimidos por los del Anáhuac estaban tomados a dos fuegos: el del imperio y el del conquistador."

¹⁸ Sierra, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano*, Porrúa, México, 1996, pp. 39 y 40: "los aliados, que habían sido los instrumentos principales de la conquista, ebrios de sangre y hartos de botín, aclamaban al Malinche y se retiraban en masas profundas a sus montañas o a sus ciudades, llevando por tal extremo grabado en el espíritu el prestigio de los vencedores de los meshicas, que, puede decirse, al auxiliar a los conquistadores, ellos mismos se habían conquistado para siempre."

Ellos mismos crearon las condiciones de su nueva opresión, sobre la cual se levantó la ambición y la corrupción novo hispana.

3 El Virreinato: La Persona Abstracta como Señor del Mundo

Justo Sierra¹⁹ compara al imperio azteca con el imperio romano, pero la comparación de este último resulta más relevante con el imperio español de los siglos XVI a XVIII. Al separar al derecho de la moral, el derecho romano le rompió el corazón al mundo, asevera Hegel.²⁰ El derecho romano es el derecho de la particularidad. La persona privada en búsqueda de su interés individual es la base del estado romano. El derecho público sólo tiene como finalidad proteger la propiedad de los romanos y las conquistas del emperador. Por eso dice el propio Hegel que la persona abstracta (persona jurídica) engendra al señor del mundo (el emperador).²¹

El emperador romano y el rey español no son sino los propietarios privados del imperio. Todo, o casi todo se encuentra privatizado, incluso el poder. La concepción patrimonialista del estado español sobre las «Indias» recién descubiertas por Colón surgió de las donaciones alejandrinas a los reyes españoles, donaciones que son el fundamento (en el sentido de la norma hipotética fundamental de Kelsen) de todo el derecho indiano, el cual es, por consecuencia, marcadamente individualista.²²

¹⁹ *Ídem*, p. 20: “se pondría en parangón la historia de los pueblos orientales con la de los maya-kichés, se hallaría en los toltecas a los helenos de la América precortesiana, y a los aztecas o meshi se les reservaría, no sin poder autorizar esto con ingeniosas coincidencias, el papel de los romanos.”

²⁰ Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. trad. José Gaos, Alianza, Madrid, 1985, p. 499: “Con el mundo romano la política entra de hecho como destino universal, en la historia universal. El fin y el poder del Estado es algo irresistible, a que todas las particularidades han de someterse. La obra del imperio romano es esta política, como poder que encadena a todos los individuos éticos. Roma ha recogido, paralizado y extinguido en su panteón la individualidad de todos los dioses, de todos los grandes espíritus; ha roto el corazón del mundo.”

²¹ *Ídem*, pp. 540 y 541: “El principio de la interioridad abstracta, que hemos observado en el espíritu del pueblo romano, se realiza ahora en el concepto de la persona, en el derecho privado. El derecho privado consiste, en efecto, en que la persona como tal tenga un valor en la realidad que ella se da, en la propiedad. El cuerpo vivo del Estado y el carácter romano, que alentaba en él como alma, quedan reducidos ahora a los miembros dispersos y muertos del derecho privado (...) el desarrollo del derecho privado, que introdujo este principio, estaba unido a la corrupción de la vida política. Así como, cuando el cuerpo físico se corrompe, cada punto empieza a tener vida propia, aunque es solamente la miserable vida de los gusanos, de igual modo se disolvió el organismo del Estado en los átomos de las personas privadas (...) El emperador dominaba, pero no gobernaba (...) La arbitrariedad tenía rienda suelta (...) Los súbditos no tenían derechos; reinaba en todas partes la corrupción activa o pasiva.”

²² Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*. Oxford, México, 1999, p. 115: “Bula Intercaetera del 3 de Mayo de 1493, llamada también bula de donación, por la cual (...) se les hizo donación a los Reyes Católicos ya sus sucesores en el reino de Castilla, de las islas y tierras descubiertas y por descubrir que se hallaban hacia el occidente, con tal de que no pertenecieran a otros príncipes cristianos, y con los derechos y privilegios concedidos ya a los portugueses.”; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1971, p. 139: “La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma de derecho positivo, dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”.

Y no podía ser de otra manera, pues el descubrimiento, la conquista y la colonización de las “Indias” fue una empresa privada. Los conquistadores y los colonizadores españoles vinieron a enriquecerse. Los particulares y el mismo estado actuaban como empresarios particulares. Incluso la Iglesia actuó, en gran medida, como una sociedad mercantil. Por eso mismo la depredación de las “Indias” - la destrucción de las “Indias” dice Fray Bartolomé - fue casi absoluta. El genocidio de la población indígena y el agotamiento de los recursos minerales son sólo los ejemplos más dramáticos del saqueo colonial. No existía solidaridad con las clases sociales autóctonas ni con las generaciones futuras. No había planeación del futuro. No había intereses universales, no había clase universal, no había Estado.²³

En esas condiciones, ¿quién se iba a ocupar de los intereses universales de la comunidad? No era posible que lo fuera el rey, cuando sólo le interesaba proteger el “quinto real”, el impuesto más generalizado en la colonia. Todas las instituciones de control sobre la burocracia virreinal, no eran para preservar el patrimonio de la nación, ni para asegurar su viabilidad en el futuro, sino para proteger los intereses personales del rey. Los famosos juicios de residencia, los visitadores reales, los fiscales reales, los acuerdos reales, tenían como finalidad primordial proteger los intereses particulares del rey, con respecto a la corrupción de toda la estructura burocrática virreinal.²⁴

Del mismo modo, ¿cómo podía el rey formar una burocracia como clase universal, cuando los oficios públicos eran, legalmente, objeto de venta, cuyo monto ingresaba al real patrimonio? Se vendían al mejor postor los puestos de alguacil mayor, quién, en compensación, cobraba el 10% de las ejecuciones judiciales; los receptores de penas pecuniarias que cobraban, también en compensación, el 10% de las mismas; el tasador repartidor, los corregidores, los alcaldes mayores y, a partir del siglo XVIII, los mismos oidores.²⁵ Con estos mercenarios de la administración pública no podía formarse un funcionariado técnico ni profesional que defendiera los intereses universales de la colectividad. Los puestos públicos y sus “rentas” podían cederse, embargarse y ser objeto de cualquier transacción de comercio.²⁶ ¿Cómo podía así conformarse una clase

²³ Capdequí, J. M. Ots. *El estado español en las Indias*, FCE, México, 1993, p. 15: “en las expediciones descubridoras predominó el esfuerzo privado, individual, sobre la acción oficial del Estado. El título que sirvió de base a toda expedición de descubrimiento o nueva población fue la capitulación o contrato entre la corona o sus representantes y el jefe de la expedición proyectada.”; De las Casas, Bartolomé. *Doctrina*, UNAM, México, 1973, pp. 7 y 8: “La causa porque han muerto y destruido tantas y tales y tan infinito número de ánimas los cristianos, ha sido solamente por tener por su fin último el oro, y henchirse de riquezas en muy breves días, y subir a estados muy altos y sin proporción de sus personas, conviene a saber, por la insaciable codicia y ambición que han tenido, que ha sido mayor que en el mundo ser pudo, por ser aquellas tierras tan felices y tan ricas, y las gentes tan humildes, tan pacientes y tan fáciles de sujetarlas, a las cuales no han tenido más respeto (...) no digo que de bestias (...) pero como y menos que estiércol de las plazas.”

²⁴ Capdequí, *op. cit.*, pp. 34 y 35: “Con respecto a las otras regalías enumeradas, que tienen también un carácter patrimonial, bastará con decir que, en término generales (...) se concedió su libre aprovechamiento a los particulares, con la obligación de pagar a la Corona el quinto de los beneficios que obtuvieren.”; *Idem.* p. 53: “Todo este rigor punitivo se manifestó, sin embargo, de manera más acusada, en la defensa de los intereses del Fisco que en la protección política de los súbditos.”

²⁵ Cruz Barney, *op. cit.*, pp. 263, 264 y 265.

²⁶ Aunque se puede hablar de un incipiente funcionariado, ver Capdequí, *op. cit.*, p. 48: “Por eso puede hablarse, históricamente, de una burocracia profesional –Oidores y Oficiales de la Real Hacienda, principalmente- y de una burocracia política –Virreyes y Presidentes, Gobernadores y Alcaldes Mayores y Corregidores- que ejercieron sus cargos respectivos con el respaldo técnico de los Asesores letrados.”

universal? ¿Cómo podía así impedirse la corrupción que es la privatización de la función pública, si se encontraba ya, legalmente privatizada?

A pesar de eso, existía, no podía dejar de existir quién defendiera los intereses universales de la sociedad. Fueron éstos, empero, personas ajenas a la burocracia, en su mayor parte, pues también hubo virreyes, como el segundo conde de Revillagigedo, que se preocuparon por los intereses comunes de la comunidad novo hispana.²⁷ Recayó esta responsabilidad ética en los frailes defensores de los indios, tales como Tata Vasco y Fray Bartolomé de las Casas. El primero fomentó la especialización artesanal en los pueblos indígenas de Michoacán y el segundo luchó, incansablemente, contra la depredadora encomienda indiana. Pero aún contra ellos se utilizaron las instituciones del derecho indiano para impedir la realización de estos intereses universales e históricos.

La institución del “obedézcase pero no se cumpla”, fue utilizada para impedir la aplicación de las leyes que favorecían a los indígenas como la “Leyes Nuevas” que intentaban mitigar un tanto la injusticia de la encomienda indiana. Aquella institución consistía en someterse simbólicamente a la ley, pero suspendiendo su aplicación hasta explicar al rey las “inconveniencias prácticas” de las mismas, es decir, la afectación de los intereses particulares de los encomenderos.²⁸

Otra institución que tendía a proteger los intereses universales de los indígenas fueron las tierras de común repartimiento que se les dieron o reconocieron a los pueblos indígenas que, sin embargo, eran objeto de composiciones por parte de quienes tenían irregulares sus títulos. Las composiciones eran una manera legal de “componer” lo ilegal mediante el pago de una cantidad de dinero.²⁹ La composición era otra forma de corrupción legalizada en la época colonial. Es posible que la extendida corrupción mexicana se explique, en gran medida, por la persistencia tenaz en nuestros hábitos políticos y administrativos, aunque no en nuestras leyes, de tales “composiciones” junto con la “venta” de los puestos públicos que nos heredaron los españoles.

Era tan inevitable que la corrupción se legalizara en la Colonia porque estaba “constitucionalizada” la privatización de la burocracia y el poder. A la persona privada cuya única función era enriquecerse y divertirse sin interesarle los intereses colectivos, no podía menos que engendrar al rey y al sistema colonial como señor del mundo, despótico y arbitrario como la riqueza misma.³⁰

²⁷ Sierra, Justo, *op. cit.*, p. 95: “Pero no fue sólo el mejor edil que México ha tenido, fue un gran gobernante: la milicia, la hacienda, las intendencias, los tribunales, todo fue inspeccionado por él, en todo puso la mano, en todo bien. Se empeñó en dar conciencia de sí mismo al pueblo mexicano, y creó escuelas primarias y fomentó las superiores; protegió los estudios históricos, los artísticos, la agricultura, la minería, el comercio, pero todo en medidas prácticas, con verdadero criterio político.”

²⁸ Capdequí, *op. cit.*, p. 14: “Con frecuencia apelaron las autoridades coloniales, frente a Cédulas Reales de cumplimiento difícil o, en su concepto, peligroso, a la socorrida fórmula de declarar se acata pero no se cumple. Recibida la Real Cédula cuya ejecución no se consideraba pertinente, el virrey, presidente o gobernador, la colocaba solemnemente sobre su cabeza, en señal de acatamiento y reverencia, al propio tiempo que declaraba que su cumplimiento quedaba en suspenso.”

²⁹ *Ídem*, p. 36: “se exigió a los propietarios de tierras la exhibición de sus títulos de dominio, anulando las propiedades indebidas o las realizadas con exceso, al amparo de un título legítimo, si el poseedor no legalizaba su situación con el pago de una cantidad en concepto de composición.”

³⁰ Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, trad. Wenceslao Roces, 1985, p. 286: “El señor del mundo tiene la conciencia real de lo que es, de la potencia universal de la realidad, en la violencia destructora que ejerce contra el sí mismo de sus súbditos enfrentado a él.”

Sin embargo, de esta misma dialéctica de la corrupción legalizada y no legalizada de la época colonial, iban surgir varias de esas inesperadas astucias de la historia de que habla Hegel: de la propiedad privada del rey sobre las tierras descubiertas y conquistadas iba a constituirse la actual propiedad originaria de la nación, como sustento de sus intereses colectivos.³¹ Y de la defensa absoluta de los intereses particulares de los españoles iba a realizarse la independencia mexicana que la llevaron a cabo, paradójicamente, quienes se habían opuesto a ella con todas sus fuerzas pocos meses antes.³²

4 La Dialéctica Negativa de la Anarquía y la Dictadura

La promulgación de la Constitución de Cádiz en 1820 en España, hizo que los privilegios de los españoles en América peligraran, lo cual ocasionó que los realistas mexicanos se unieran a sus peores enemigos, los insurgentes mexicanos, para realizar la independencia. La búsqueda estratégica de los intereses particulares llevó «astutamente» a la realización de un interés universal de la nación: su independencia de España.³³ La cual, una vez lograda, no pudo impedir que los viejos enemigos volvieran de nuevo a las manos, imposibilitando la reconciliación de los intereses particulares y los intereses universales de la nacionalidad, durante toda una época histórica: el santanismo.³⁴ Fue una época de desesperante dialéctica negativa,³⁵ en la que la anarquía llevaba a la dictadura y la dictadura a la anarquía, de la corrupción al derroche y del derroche a la corrupción, del bandolerismo a las guerrillas y de las guerrillas al bandolerismo. Por querer llevar hasta el absoluto sus principios, tanto los liberales (ex-insurgentes, yorkinos)

³¹ Gilly, Adolfo. *El cardenismo, una utopía mexicana*. Cal y arena. México, 1994, pp. 179 y 180: "De los derechos de la Corona española sobre el suelo y el subsuelo de la Nueva España, la heredera universal fue la nación mexicana. El art. 27 estableció así a esta propiedad originaria como uno de los elementos integrantes de la soberanía de la nación."

³² Sierra, *op. cit.*, p. 115.

³³ *Ídem*, p. 177: "la emancipación de la metrópoli, nacida de la convicción, a que el grupo criollo había llegado, de la impotencia de España para gobernarlo y de su capacidad para gobernarse; esta primera revolución fue determinada por la tentativa de conquista napoleónica en la península."

³⁴ López Gallo, Manuel, *Economía y política en la historia de México*. El caballo, México, 1975, p. 83: "destácase por su indignidad, molicie y audacia oportunista Antonio López de Santa Ana (...) Realista oficioso y amigo de la dominación española en los últimos años de ella, independiente e iturbidista apresurado en 1821, imperialista entusiasta en 1822, republicano, el primero que proclamó la República en 1822, federalista en 1823, amigo de los yorkinos y guerrillero en 1828, pedracista en 1832, liberal y constitucionalista en 1833, enemigo de la Constitución en 1835, centralista en 1843, dictatorial en 1844, otra vez constitucionalista en 1846, otra vez dictatorial y absolutista en 1853. Después fue imperialista, pero rechazado por los franceses y por el imperio, se hizo juarista y aún orteguista, pero ni Juárez ni Ortega lo admitieron."

³⁵ Hegel, *Fenomenología*, p. 360: "En este desarrollo, la conciencia se comporta de tal modo que, fijando un momento, pasa inmediatamente al otro y supera el primero; pero apenas ha establecido este segundo lo deforma de nuevo y convierte más bien lo contrario en la esencia (...) para afirmar un momento como lo que es en sí, afirma lo contrapuesto a lo que es en sí. Con lo cual confiesa que, de hecho, no toma en serio ninguno de los dos. Es lo que tenemos que examinar más de cerca en los momentos de este movimiento aturdir." En este sentido Santa Ana es la encarnación de la dialéctica negativa.

como los conservadores (ex-realistas, escoceses) no vacilaban en desestabilizar a sus enemigos en el poder o a someterlos dictatorialmente, una vez en él. Ambos intentaron utilizar a Santa Ana para llevar a cabo sus intereses particulares, pero éste utilizó a ambos partidos para corromper, derrochar, saquear y hacerle la guerrilla a la universalidad nacional.³⁶

En lugar de pactos y acuerdos que relativizaran los principios, florecieron los famosos “pronunciamientos” que llevaban cada uno de ellos un plan en la punta de la espada. Incluso puede decirse que todas las constituciones tuvieron, en términos de Kelsen, como norma fundamental hipotética o como norma ficticia, a un plan revolucionario.³⁷ Los pronunciados se hacían guerrilleros, los guerrilleros se hacían bandoleros, los bandoleros se hacían contrabandistas y los contrabandistas se hacían empresarios. El contrabando fue la forma de corrupción dominante en la primera mitad del siglo pasado. Incluso, puede decirse que fue, en términos marxistas, el mecanismo preferente de acumulación originaria de capital, en especial de los capitalistas de Monterrey, que fue convertida en un inmenso depósito de contrabando en el siglo pasado.³⁸

La corrupción santanista era proverbial: el boato, la apoteosis, la adulación se pagaban con el agio, con el favoritismo, la dilapidación de los bienes expropiados a los jesuitas, la manipulación de los haberes del ejército, el abuso del crédito público.³⁹ La administración de justicia marchaba al unísono con la corrupción política. Se usaba como arma y como trampolín político;⁴⁰ la complicidad de las autoridades con “la delincuencia organizada” (gavillas de bandoleros y salteadores de caminos).⁴¹

La falta de unidad de los intereses particulares y la consiguiente privatización de lo público llevaron a la autoderrota en la guerra de invasión americana y a la pérdida de más de la mitad del territorio nacional en 1847. Fue el momento de la absoluta

³⁶ Sierra, *op. cit.*, p. 154: “El salteador que pululaba en todos los caminos se confundía con el guerrillero, que se transformaba en coronel, ascendiendo a general de motín en motín y aspirando a presidente de revolución en revolución.”

³⁷ El Plan de Casa Mata precedió a la Constitución de 1824; el Plan de Cuernavaca, a la Constitución de 1836; las Bases de Tacubaya, a la Constitución de 1842; el Plan de la Ciudadela al Acta de Reformas de 1847; el Plan de Ayutla a la Constitución de 1857 y el Plan de Guadalupe a la Constitución de 1917.

³⁸ Sierra, *op. cit.*, p. 181: “las entradas aduanales absolutamente mermadas por el contrabando, que tenía en Monterrey una plaza de depósito y que se hacía por todos los puertos y fronteras ostensiblemente.”

³⁹ *Ídem*, p. 187: “la corona no estaba lejos; se iba a ella por medio del despotismo más minucioso; del despilfarro más cínico, del favoritismo más descarado, de los besamanos, las orgías y los bailes (...) Jamás había estado la República con los pies más atascados en el fango de la miseria, de la ignorancia y del vicio; jamás había lucido un penacho más pomposo. La vieja oligarquía criolla, que así abdicaba en manos del déspota, se contentaba con cierta seguridad en los caminos, con la esperanza de sacar un buen premio en la lotería del agio, con su terror a los reformistas.”

⁴⁰ Payno, Manuel, *Los bandidos de Río Frío*, Porrúa, México, 1998, p. 132: “-¡Y cómo que lo creo -respondió el escribano- Un crimen así hace la reputación no sólo del criminal sino también del juez que lo descubre y lo condena a muerte.- Pues a descubrirlo y a perseguir sin descanso a los cómplices, a prender a medio México, que de los muchos que caigan alguno ha de ser el asesino, y el miedo de la cárcel los hará confesar.- ¡Es que la ley, las fórmulas y los procedimientos requieren de ...! -Qué fórmulas ni que calabazas! México es un país de hecho, y parece que ahora comienza usted a vivir.”

⁴¹ *Ídem*, En especial el capítulo XXX, p. 507 y ss.

contradicción entre los intereses particulares de los partidos y el interés universal de la nación. Fue el punto nodal de la disolución del estado nacional mexicano.⁴² Pero, precisamente, en ese momento y en medio de la lucha contra el invasor se fueron gestando los primeros gérmenes de la universalidad, con el pensamiento reformista mexicano, cuyos portadores lucharon al lado del pueblo mexicano, aunque también lo hayan hecho sus enemigos históricos.⁴³ Pues, como dice Justo Sierra,⁴⁴ de la invasión norteamericana surgió la reforma juarista, y al triunfo de ésta se inició la formación de la universalidad de la nacionalidad mexicana.

La reforma sometió a la Iglesia, a la institución particular más poderosa de la época, a la universalidad del Estado, con medidas simples pero radicales, que costaron la sangrienta guerra de los tres años y la guerra de intervención francesa: la libertad de cultos (Constitución de 1857), la secularización de las instituciones del derecho familiar y la limitación penal de los fueros militar y eclesiástico (Ley Juárez) y la desamortización y nacionalización de los bienes del clero (Ley Lerdo).

Aunque la intervención francesa puso en peligro grave la construcción de la nacionalidad, a la postre, lo que hizo fue consolidarla, pues de la lucha intransigente de Juárez contra la intervención proviene el mal comprendido nacionalismo mexicano.⁴⁵ Pero lo que sí logró la resistencia conservadora a la reforma fue la limitación y la distorsión de la universalidad misma del Estado que tendría graves consecuencias durante el porfiriato y la época posrevolucionaria.

Para vencer la resistencia de la Iglesia y oponer un valladar económico y político a su retorno político, los reformistas vendieron los bienes religiosos con muchas irregularidades y favoritismos, lo cual si bien creó intereses particulares fuertes contra el interés eclesiástico y pudo así neutralizarlo, también es cierto que, por esta "patriótica corrupción", se empezó a gestar, en el seno mismo de la universalidad reformista y liberal, un poder particular quizá más poderoso que el anterior, el poder de la hacienda porfirista que se alimentó tanto de los bienes del clero como de los bienes coloniales de las comunidades indígenas y que subordinó, en gran medida, la acción del estado a sus intereses.⁴⁶

Uno de los méritos del estado porfirista es que trajo la anhelada paz,⁴⁷ que es una precondition del desarrollo económico y de la universalidad del Estado. Sin

⁴² Sierra, *op. cit.* pp. 169, 174.

⁴³ Prieto, Guillermo, *Memorias de mis tiempos*, Porrúa, México, 1996, cap. IV, p. 263.

⁴⁴ Sierra, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵ *Ídem*, pp. 228 y 229: "la nación entera vibró de entusiasmo (...) no hubo aldea de indígenas en que no relampagueara la electricidad del patriotismo; aquella chispa (el triunfo del 5 de mayo sobre los franceses) súbita puso en contacto muchas conciencias dormidas para la Patria, y a todas despertó. Hubo una Nación que resintiera el choque; esa Nación se sintió capaz de supremos esfuerzos."

⁴⁶ *Ídem*, p. 220: "hubo necesidad de vender de cualquier modo de prisa y dando ciento por cinco; los reformistas adivinaron con admirable clarividencia que sólo así podía operarse la gigantesca traslación de dominio que premeditaban, que sólo así la harían irremediable, creando en torno del programa reformista un infranqueable reparo de derechos nuevos, de derechos de particulares que se defenderían furiosamente contra las tentativas de restitución; lo adivinaron."

⁴⁷ *Ídem*, p. 225: "durante veinticinco años el Presidente Díaz ha fundado la religión política de la paz."

embargo, la supresión de toda libertad que no fuera la libertad de explotación económica y de toda democracia ocultaban la corrupción porfirista que se manifestó gravemente en sus dos vertientes: el favoritismo en la adjudicación de la realización de las obras públicas y en la justicia venal, mediante la cual se despojó a los pueblos de sus tierras.⁴⁸ El deslinde de las tierras nacionales por parte de las compañías deslindadoras, concesionadas por el estado, fue el procedimiento para legalizar y legitimar este despojo masivo de las tierras de los pueblos y de la formación del latifundio porfirista.⁴⁹ En estas condiciones, el fraude electoral de 1910, fue la frustración de la reivindicación política de la universalidad social envilecida y, por ello, fue la chispa con la que ardió, de nuevo, la revolución. La revolución intermitente por la universalidad del pueblo mexicano que, al parecer, se rebela cada cien años: 1810, 1910, ¿2010?

5 El Neoliberalismo como el Retorno del Señor del Mundo

Se ha acusado al presidencialismo mexicano de ser la causa principal de la corrupción posrevolucionaria, pues la falta de controles democráticos de su actividad política y administrativa posibilita el enriquecimiento sin medida de los funcionarios públicos al servicio del régimen.

Esto es verdad. En el México posrevolucionario es más claro que en cualquier otra época, aunque ya era visible en el siglo pasado y aun en el Virreinato, que la corrupción es, como dice Marx,⁵⁰ una forma preferida de acumulación originaria de capital en los países subdesarrollados como el nuestro. Cada sexenio, nos recuerda Carlos Fuentes,⁵¹ produce una nueva camada de capitalistas de entre los favoritos o favorecidos por cada régimen. José Agustín,⁵² por ejemplo, nos dice que el imperio televisivo y el grupo industrial del estado de México fueron generados durante el sexenio alemán. Más recientemente se han hecho célebres los nuevos capitalistas (telefónicos, televisivos y neobanqueros) surgidos del sexenio salinista.

Sin embargo, no hay que olvidar que el presidencialismo hizo posible, en México, al menos durante el sexenio cardenista, la realización parcial, pero importante, de las garantías sociales: el ejido, los sindicatos, la escuela pública y gratuita y la reivindicación de los recursos del subsuelo como el petróleo. Sin un ejecutivo fuerte no

⁴⁸ Artículo sexto del Plan de Ayala, en Gilly, Adolfo, *La revolución interrumpida*, El caballito, México, 1988, p. 62.

⁴⁹ Mendieta y Nuñez, Lucio, *El problema agrario en México*, Porrúa, México, 1975, p. 137: "Las operaciones de las empresas deslindadoras durante los nueve años comprendidos de 1881 a 1889, amortizaron, en consecuencia, en las manos de 29 individuos o compañías, catorce por ciento de la superficie total de la República. y en los cinco años subsiguientes, otras cuantas empresas acapararon un seis por ciento más de dicha total superficie, o sea en conjunto, una quinta parte de la propiedad territorial monopolizada por no más de cincuenta propietarios."

⁵⁰ Marx, *El capital*, I, trad. Wenceslao Roces, 1979, pp. 641, 642: "así como de la riqueza regalada a los rematantes de impuestos, comerciantes y fabricantes particulares, a cuyos bolsillos fluye una buena parte de los empréstitos del estado, como un capital llovido del cielo".

⁵¹ Fuentes, Carlos, *Tiempo mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1980, p. 76.

⁵² José Agustín, *Tragicomedia mexicana I*, Planeta México, 1999, p. 90.

hubiera sido posible la realización de estos intereses universales de la colectividad mexicana.⁵³

No deja de ser paradójico que es, en estas instituciones en las que se sustenta la justicia social como condición de la universalidad posrevolucionaria, donde ha florecido la corrupción que es justamente lo contrario a su propia naturaleza política, es decir, la privatización del estado. El neoliberalismo económico pretende, de la manera más contradictoria, terminar la corrupción, es decir, la privatización de estas y otras instituciones sociales, privatizándolas legalmente, como en la época colonial. En lugar de esforzarse por mejorar y democratizar los mecanismos de control sobre las mismas, el neoliberalismo económico obra como el señor colonial del mundo: privatiza los oficios públicos y sociales, es decir, legaliza la corrupción. El neoliberalismo es, por esa y otras razones, un retorno de la persona abstracta, en forma de consumista enajenado, y del señor del mundo, en forma de capital.⁵⁴

Pero no sólo por eso. El ascenso del neoliberalismo económico, al tender a privatizar todas las relaciones sociales y políticas, propicia y fomenta la aparición y el fortalecimiento de nuevos y poderosos intereses particulares que le disputan el poder al estado, como lo son la delincuencia organizada y el narcotráfico. Esta corrupción no tan sólo es producto de la privatización del estado sino una de sus causas generadoras, pues el estado reacciona actuando como un poder particular más, restringiendo el estado de derecho y el estado social de derecho, es decir, reacciona privatizándose aún más.

Si la corrupción es la privatización de los intereses públicos de la sociedad, su solución no se encuentra tampoco en hacer públicos los intereses privados que, a la larga, buscan su realización, clamando venganza, privatizando al estado. Más bien podría encontrarse en el equilibrio dinámico entre los intereses privados y el interés público.⁵⁵ La determinación de los alcances de cada uno, en las cambiantes circunstancias de la vida moderna, puede enseñárnosla la historia. Sólo proponer esta convicción es el propósito de este trabajo. Realizarlo excede las fuerzas particulares de cualquiera, es una obra colectiva, es el resultado y la condición de una nueva universalidad ética.

⁵³ Gilly, Adolfo, *El cardenismo una utopía mexicana*, pp. 291, 292: "La expropiación petrolera fue en las divergencias y diferencias mexicanas, el gran unificador nacional. Hasta allí llegó el general. Después del gran golpe de audacia, aminoró el ritmo y se detuvo. Sintió tal vez que más no se podía. Las fuerzas nacionales e internacionales en que se sostenía también se habían detenido. La curva iba en descenso hacia la derrota inminente en España y la tragedia de la segunda guerra mundial (...) Pero si la reforma agraria cegó la fuente de las conspiraciones y los golpes militares y preparó el apoyo social para la expropiación petrolera, ésta a su vez unificó a la nación y protegió a la reforma agraria. Como dos columnas de un arco gótico, reforma agraria y expropiación petrolera se apoyaron y sostuvieron entre sí a una altura insinuada e inalcanzable para cada uno por separado. Era la arquitectura dibujada en el texto del art. 27."

⁵⁴ Gilly, Adolfo, *México: el poder, el dinero y la sangre*, Aguilar, México, 1996, p. 73: "En un país donde un señor puede pasar de modesto corredor de bolsa a poseedor de una fortuna de más de mil millones de dólares en sólo seis u ocho años como existen repetidos casos en el México de estos días, por fuerza planea sobre la sociedad una violencia inaudita, la violencia del dinero, abstracta y fuertemente material al mismo tiempo."

⁵⁵ Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 261, p. 251: "El interés particular, en verdad, no debe ser dejado de lado, o ser enteramente suprimido, sino puesto en armonía con lo universal, por lo cual se alcanza a sí y a lo universal."

**CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y
‘PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO’***

Roque Carrión-Wam*

1

Entre el año de 1995 y el año 2001, es decir, al final del siglo XX y en el umbral del siglo XXI, se han producido, por lo menos, tres acontecimientos académicos que están imbuidos del mismo espíritu, o, si se quiere, que se enclavan en el mismo horizonte de significación: la revisión y crítica a la idea y a la ideología del Código y de la Codificación, tal como llegó a plasmarse en la cultura jurídica y política de occidente, la misma que se trasladó al “nuevo mundo” con la empresa conquistadora española; y tal como se desarrolló, posteriormente, como imitación de la codificación europea, en América Latina en su época republicana hasta los días finiseculares del siglo XX.

Esos tres acontecimientos son los siguientes: la celebración del VIII Centenario del nacimiento de Federico II Emperador y Rey de Sicilia, que esta Universidad de Messina celebró, en 1995, con un Congreso titulado “Federico II Legislatore del Regno di Sicilia nell’Europa del Duecento. Per una Storia comparata delle codificazioni europee”. El segundo acontecimiento fue realizado en São Paulo, Brasil, bajo el nombre de “Derecho Oficial, Contra Cultura y Semiótica del Derecho” en 1997¹ y, ahora, el tercero con las “Giornate Internazionali di Studi. Tra Interpretazione e Comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”, que bajo la feliz iniciativa del estimado colega y amigo Prof. Domenico Carzo, se llevan a cabo en esta Universidad de Messina.

No es un juego de mi imaginación si afirmo que estos tres acontecimientos culturales académicos constituyen una suerte de panorama histórico del nacimiento y declinación de todos los universos de significación, los mismos que han sufrido un congelamiento en sus respectivos “códigos”, es decir en sus “sistemas de significados convencionales explícitos”.

* Profesor Investigador del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales.CELIJS. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela.

¹Una Primera Versión, fué leída en las Giornate Internazionali di Studi “Tra Interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”. Universidad de Messina, Italia, 18 al 20 de Mayo de 2001. Agradezco las observaciones de los Profesores Vittorio Olgiati de la Universidad de Urbino y Oscar Correas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ 13th. International Colloquium de la International Association for the Semiotics of Law/ Association Internationale de Sémiotique Juridique. “Official Law, Counter Culture and Semiotics of Law”. São Paulo, Brasil, 18th-21st August, 1997.

CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y ‘PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO’

Desde nuestra perspectiva es el “código jurídico”, sus orígenes históricos y su crisis finisecular, el que será objeto de un somero análisis que asume como válida el síntoma de la crisis que señala el Prof. Carzo en el anuncio de estas Giornate: la explosión de una cultura que se disgrega y desconoce sus propios códigos hasta hace poco unívocos, integrados e idénticos. Lo que presento en esta ocasión, no es más que un primer esbozo de una sucinta aproximación a la interpretación que caracteriza, grosso modo, la vida social y jurídica de América Latina en uno de sus últimos episodios más resaltantes del proceso de ruptura entre lo que se ha denominado el “Derecho Oficial”, ejemplificado en sus códigos jurídicos, y la violenta emergencia de exigencias de formas de vida llamadas “contraculturales” o “emergentes”.

La historia del nuevo mundo, como sabemos, está signada por el espíritu moderno que se revela en “los pensadores españoles, pertenecientes al florecimiento cultural del siglo de oro español”, los mismos que “han sido estimados desde hace algún tiempo como los reales precursores del moderno derecho racionalista”, como lo afirma Franz Wieacker en 1952.² Esta parte del mundo descubierta en 1492, que posteriormente se le reconocerá como “América Latina”, aparece como un lugar de transculturación moderna inconclusa. La contraposición del “Ius Comune” y el “Derecho Propio” vigente en Europa de esos siglos se trasladó a Indias y, así, el ius comune europeo identificado con el “derecho romano” entendido como el “Corpus Iuris Civilis” y la ciencia de los glosadores y comentaristas recibieron el tratamiento de doctrina.³

El “Derecho Propio” de estas tierras fue el Derecho Indiano que “rigió en América española desde la época de los descubrimientos hasta la codificación, es decir, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX”, y estuvo conformado por elementos del derecho castellano, indígena y el “específico de Indias”.⁴ Entre 1571 y 1750 se consolida el Derecho Indiano y entre 1750 y 1900 el Derecho patrio o nacional surge por “encima del derecho común”.⁵ El Derecho Indiano encuentra su última fase en la Independencia de América y fenece con la codificación. En este contexto histórico el ejemplo de Código propio en América fue el redactado por Andrés Bello en 1836 y 1855: el Código Civil para Chile, el mismo que cumplió “cabalmente los ideales de renovación del siglo XVIII”.⁶

2

Bajo este fondo histórico, nuestra comunicación se desarrollará en tres momentos: el primero dedicado a una rápida descripción de la “cultura de la codificación” originaria y heredada; el segundo tratará de señalar las semejanzas y diferencias de un paralelismo entre la vivencia de la crisis europea en relación con el “Código “ y la “Codificación” y el fenómeno del “pluralismo cultural y jurídico” que se vive en los dos mundos. Por último, analizaremos el “conflicto” que se expresa en la oposición de universos de significación diversos que se observa en la confrontación entre el “Derecho Oficial” y la “Contracultura” en la vida social latinoamericana, para concluir propiciando una versión analítica del “conflicto” comprendida como una “pragmática del conflicto”.

² Franz Wiecker. *Historia del derecho Privado de la Edad Moderna*. Aguilar, Madrid, 1957, p. 247.

³ Bernardo Bravo Lira. *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 5.

⁴ *Op. cit.*, pp. 5-6.

⁵ *Op. cit.*, p. 39.

⁶ *Op. cit.*, pp. 47 y 51.

3

Sería una temeridad de mi parte recordarles la vieja y nueva historia del proceso de codificación y de los ideales racionales modernos que impulsaron la idea y la ideología del “Código” y “Codificación” jurídicos en Europa. Para sólo referirme a los últimos treinta años del siglo XX, y a trabajos conocidos en América Latina, podemos recrear esta historia recurriendo a los estudios sobre “ Le Ideologie della codificazione nel sécolo XVIII “ y a la “Storia della cultura giuridica moderna” de Giovanni Tarello; al planteamiento sobre el “assolutismo giuridico” como esquema interpretativo de la “concepción jurídica burguesa” de Paolo Grossi,⁷ y la actualísima revisión del tema que hace André-Jean Arnaud en su “Pour une pensée juridique européenne”, para quien por “codificación”, en el sentido moderno, se entiende el proceso cultural e histórico por el cual ha sido posible la realización de un producto que tiene como cualidad el de reunir un conjunto de normas de Derecho- y nada más que esto- y de hacerlo de una manera coherente y sistemática, de tener vocación a la totalización. Es decir, que se presenta como exhaustivo, tratando todas las relaciones jurídicas posibles de una materia dada”.⁸

Subrayo las características esenciales de la “codificación”: coherencia, sistematicidad, exhaustividad, totalización, las mismas que sólo pueden tener una feliz realización dentro de una “cultura común”, base indispensable para que las manifestaciones exteriores del sentido “sea comprensible para todos”.⁹ Y es gracias a esta “cultura común” que es posible que a “un conjunto de técnicas de exposición y de interpretación así como a un conjunto de comportamientos estereotipados” se les asignen “significaciones precisas accesibles a todos por la educación y la experiencia”.¹⁰ La expresión más cabal que resume esta idea de un “código jurídico” es la de Jaubert cuando afirmó: “Un Código debe ser dogmático La ley no debe, jamás, ser un Razonamiento o una disertación”.¹¹

Este sentido del “Código” que estaba en el espíritu de la codificación jurídica, se enraiza en una progresiva visión del mundo soportada por un “ racionalismo jusnaturalista subjetivista axiomático”, por una “laicización del derecho” y por el “ nacimiento y la progresión del voluntarismo y del positivismo legalista”.¹² El paso siguiente- no sin tropiezos y luchas teóricas y dogmáticas- consistió en: “interpretar los códigos según las exigencias del ‘sistema’ jurídico y según las condiciones del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completud, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera”

⁷ Paolo Grossi . “Ancora sul’Assolutismo Giuridico”, en *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Vol. 52. Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 3. Para una contraposición de la cultura jurídica medieval frente a la moderna, útil para entender a cabalidad el sentido de lo jurídico en el medioevo europeo y la naturaleza de la novedad jurídica moderna, véase del mismo autor *L’Ordine Giuridico Medievale*. Editori Laterza, 200.

⁸ André-Jean Arnaud. *Pour une Pensée Juridique Européenne*. Presses Universitaire de France, París, p. 135. Véase también del mismo autor *Critique de la Raison Juridique*, L.G.D.J. Paris, 1981.

⁹ A.-J. Arnaud. *Pour une Pensée...*, op. cit., p. 25.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 25 y26.

¹¹ *Op. cit.*, p. 140.

¹² *Op. cit.*, p. 103.

CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y ‘PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO’

Y esta manera de interpretar los códigos jurídicos se vió favorecida por la idea de un “sujeto codificador trascendental”, es decir “por la reconstrucción del ‘legislador’ que, en lugar de ser aquel de carne y hueso con su voluntad, se pensó como un ente abstracto dotado de una razón que va del legislador concreto al ‘legislador bueno’”.¹³

La masa informe, plural, contradictoria, desigual de la experiencia de la vida social humana reducía, concentraba, definía y establecía “del modo más económico posible, o sea lo más breve posible (ésta es la razón del código), la función de configurar y distribuir bienes y la función de guía de los comportamientos”.¹⁴ El Código jurídico se le reconoció, pues, como un “documento normativo, coherente y unitario”.¹⁵

Este Código jurídico como un documento normativo de las conductas lingüística y de la acción, tal como un código de la lengua, estaba orientado a guiar la vida social en una determinada dirección. Así, “la estructura del derecho codificado...era apropiada para el Estado Liberal”¹⁶, que encarnaba la “concepción jurídica burguesa” que, según Grossi, se plasma en el “assolutismo giuridico”.¹⁷ Esta característica central del derecho moderno diseñaba con precisión el nuevo concepto de “ley” como un “complejo de reglas imperativas proveniente de los detentadores del poder político”.¹⁸ Y con ello la pluralidad natural y contradictoria de la experiencia jurídica medieval continental europea se reducía a una expresión de intereses sociales de una clase dominante en la construcción del Código jurídico.¹⁹

Hasta el mismo Federico de Savigny, quien oponía a la codificación la ciencia del derecho “orgánica y progresiva, que puede ser común a toda la nación”, estaba de acuerdo con los objetivos que perseguía la codificación jurídica: “una base de derecho seguro”, contra “la ingerencia de la arbitrariedad y los desigños injustos”.²⁰

4

Esta brevísima caracterización del “Código” y de la “Codificación” jurídicos- cuyo desarrollo histórico inmerso en la historia misma de la construcción de la racionalidad moderna no hemos tocado- nos es suficiente para entender el proceso semiolingüístico particular de la codificación, la misma que, supone una “operación de transmutación de la sustancia mensaje en una nueva forma codificada”. Esta larga historia de la operación de “codificación jurídica” y de su producto final el “código jurídico”, nos permite parangonarla con lo que, desde el punto de vista lingüístico y semiológico, se entiende por “código”: “el lenguaje natural o artificial que sea del caso (= repertorio de signos y de reglas para la utilización de los signos) común para emisor y receptor”.²¹

¹³ Giovanni Tarello. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. FCE, México, 1995, p. 46.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 55.

¹⁵ Giovanni Tarello. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1976, p. 20.

¹⁶ Giovanni Tarello. *Cultura Giuridica... op. cit.*, p. 55.

¹⁷ P. Grossi, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 264.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 265.

²⁰ Federico de Savigny. “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho” en Thibaut-Savigny. *La Codificación*. Edit. Aguilar, Madrid, 1970, pp. 1168-169.

²¹ Harold Weinrich. *Lenguaje en Textos*. Editorial Gredos, Madrid, 1981, p. 52.

En la tradición de la cultura jurídica continental europea, propia también de los países de América Latina, cada elemento del “código” lingüístico puede ser substituido por elementos propios del proceso de construcción del “código jurídico”. Así, el lenguaje que utiliza es a la vez natural y artificial (técnico) y es emitido, originalmente, por un emisor-legislador y está dirigido a un receptor que puede ser diferente en cada caso: a los ciudadanos, a los administradores de justicia, y, en general, a la administración pública del Estado.²² Se puede completar esta definición semiolingüística de “código” con otra que caracteriza al “código” como un “modo de empleo de estos signos (conjunto de reglas que permiten combinar estos elementos para construir un mensaje)”.²³

Este paralelismo que sugerimos entre “código” lingüístico y “código jurídico”, encuentra una clara diferenciación en el momento de precisar que el “código de comunicación” lingüístico nos remite a elementos exteriores del lenguaje para, finalmente, determinar el sentido del mensaje; mientras que el código jurídico establece su propio universo de significación, en un proceso de reasignación de significados a los “referentes” del mundo social.²⁴ Y sin embargo, este lenguaje de segundo nivel que caracteriza al código jurídico, asume características propias de un “código de comunicación”: exhaustividad, coherencia, sistematización, totalización, abstracción, que pretende consolidar una estructura de sentido unitaria y unívoca; es decir, se trata de la construcción de un código de la lengua del Derecho.

Ubicados en esta perspectiva, se comprende las necesidades de una época que exigía, por ejemplo, una “rigurosa y literal observancia de la ley penal”²⁵ como pedía Beccaria en la segunda mitad del siglo XVIII, y que se mantendrá hasta nuestros días. Todo este conjunto de características señaladas nos lleva a comprender la “Ley” como código, como norma-comunicación. Una de las consecuencias de esta visión del Código jurídico se expresa en la clásica disputa sobre el sentido único y correcto de la ley, que está en la base de la idea (“ficción” la llama Kelsen) de la “seguridad jurídica”.

Pues bien, lo que deseo señalar aquí es que esa concepción de “Código jurídico” es la que soportó, y aún soporta, la tradicional idea del derecho y de la ley y es la misma que comenzó a resquebrajarse, por lo menos, desde 1880 en Europa y desde 1960 en América Latina.²⁶ La pervivencia de esta visión del código jurídico no sólo se debe a la inercia de una tradición jurídica, sino, sobre todo, me parece, a una determinada visión

²² O, como se ha precisado por muchos autores, el Derecho se expresa en un lenguaje natural y, como tal, tiene las mismas características de todo lenguaje natural, pero que, no obstante, se sustrae al lenguaje natural para intentar construir un “lenguaje artificial” (técnico). En este sentido el “lenguaje jurídico” se convierte en un lenguaje de segundo orden.

²³ *Le Langage*. La Bibliothèque du CEPL. Paris, 1973, entrada CODE.

²⁴ Cf. A.J. Greimas y Eric Landowski. “Analyse sémiotique d’un discours juridique”.en. *Sémiotique et Sciences Sociales*, Aux Editions du Seuil, Paris, 1976, pp. 79-128. Siguiendo el paralelismo entre código lingüístico y código jurídico se ha definido como “norma-comunicación” a la situación análoga a la de la comunicación en la que lo comunicado no es una aserción, sino una prescripción”. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Cuadernos de Metodología y Filosofía del derecho. N° 3. OLIJS. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1979, p. 25.

²⁵ Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas*. (traducción de la Edición de Franco Venturi por Joaquín Jordá Catalá). Editorial Bruquera, Barcelona, 1983, p. 51.

²⁶ Cf. AA. Crisis y Acción Política. CELIJS. Facultad de derecho. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 2000.

establecida que está en la base de la cultura científica del mundo occidental europeo continental y Latinoamericano.

La crítica radical que se le hace a este paradigma de “código jurídico” se expresa, entre otras, de esta manera: “El mundo desencantado deberá, sin duda, dejar de hacer una profesión de fe de la codificación. Tradicionalmente las exigencias de forma y de fondo, exaltadas desde el siglo XVIII, tales como la unidad, la claridad, la exhaustividad, la popularidad, la accesibilidad, la permanencia, la generalidad, la racionalidad, son definidas como características de la codificación. Ahora todas esas exigencias son revisadas por una postmodernidad que no puede más actuar dentro de los marcos construidos por la modernidad y para la modernidad”.²⁷ Y de lo que se trata ahora es de “dejar el lugar a las formas de codificación basadas en otros paradigmas”.²⁸

Independientemente de lo que se entiende por “postmodernidad” y de que la caracterización al uso de esta tendencia describa correctamente la “incomodidad” finisecular a la que parece apuntar, el hecho comprobable es que, efectivamente, la crítica al Código y a la codificación parten de la insatisfacción de una cada vez más débil creencia en la ideología de la codificación y en el concepto de “código”, como un código puramente comunicativo, es decir como un ámbito positivo de mensajes codificados; en suma, como un constructo artificial de sentidos establecidos.

5

Es este modo de existencia comunicacional del Código lo que constituye el centro de la crítica radical de la perspectiva codificadora. Ya desde 1880, según Julien Bonnacase, aparecen con fuerza las posiciones críticas, que se resumían en un claro reclamo contra el Código que se comportaba como obstáculo a los “hechos sociales”, que exigían ser considerados en la renovación de la vida social. El “Código permanecía sistemáticamente indiferente” ante las “desigualdades de hecho, especialmente las desigualdades económicas”.²⁹ Así pues, desde finales del siglo XIX hasta el presente la crítica al Código y a la codificación de orientación comunicacional ha sido constante: se trata de señalar siempre, bajo la designación de “legalismo moderno” la ruptura entre “lo social” y “lo jurídico”. Posteriormente, al ámbito jurídico artificialmente codificado y pleno de los ideales modernos del positivismo legalista producido por el Estado se le denominará “Derecho Oficial”, y “lo social” aparecerá como el lugar en el que se desarrolla un “derecho viviente”.³⁰

Esta separación supone el reconocimiento explícito del carácter conflictivo social que define al Derecho, pero que, en su seno, lo domestica hasta convertirlo en jurídico; es decir, la juridización del conflicto social permite lograr la ilusión social de la integración del desorden en el orden, “estableciendo por esta vía, al menos en alguna medida, la separación o la separabilidad del sistema jurídico respecto del sistema social”.³¹

²⁷ Valérie Lasserre-Kiesow. “La codification en Allemagne au XVIII^e Siècle. Réflexions sur la codification d’hier et aujourd’hui”, en, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 42, Sirey, Paris, 1998, p. 230.

²⁸ *Op. cit.* p. 231.

²⁹ Julien Bonnacase. *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France en 1880 à l’heure actuelle*. Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 67.

³⁰ Paolo Grossi. *Assolutismo Giuridico*. pp. 267 y 274.

³¹ Valerio Pocar. “Diritto, Conflitto e Integrazione: per superare una vecchia dicotomia”, en, *Materiali per la Storia della Cultura Giuridica*. Anno XXIII, N° 1, Giugno, 1993, p. 232. Señala, según el esquema luhmanniano, las características de “autoreferencialidad” y de “autopoieticidad” del derecho. Cf. También A-J. Arnaud, *op. cit.* p. 187.

A partir de 1960, en América Latina, surge un espíritu crítico que oscila entre una crítica radical revolucionaria de ruptura con el orden social y jurídicos establecidos, hasta los intentos de manejar los conflictos sociales a través de las reformas de los estudios de derecho denominados “Derecho y Cambio Social” o “Derecho y Desarrollo” auspiciados, en buena parte, por instituciones estatales y privadas de Norteamérica.

Precisamente en Italia surgió, en 1972, el movimiento denominado *uso alternativo del derecho* y, por la misma época, en Francia se desarrollaba, bajo una perspectiva semejante, la movilización del Syndicat National de la Magistrature. Después de casi 30 años de la aparición de estos movimientos “Se puede decir que el uso alternativo del derecho buscaba criticar el derecho existente con el objetivo de desarrollar al máximo las libertades y las promesas incumplidas por la burguesía; libertades y promesas que contemplaba el mismo ordenamiento”.³²

A este movimiento se le calificó de “jurisprudencia alternativa” que, según Prieto Costa, era “altamente representativo del clima intelectual de los años setenta”³³ que se vivía en Italia. Para los propósitos de esta comunicación sólo me permitiré subrayar las siguientes características: a) la “cuestión de la politicidad del juez” y b) en el campo de la interpretación, la “alternativa” es definida negativamente como “lo contrario de la interpretación evolutiva” la misma que se caracteriza por el conocido “estereotipo de la adecuación de la norma a una ‘realidad social’ concebida como un movimiento unitario, orgánicamente progresivo, y, en consecuencia, atribuye al juez el papel de ‘mediador de los conflictos sociales’”.

Contra este esquema tradicional del uso del derecho en relación a su aplicación con el objetivo de solucionar los conflictos sociales, la “metajurisprudencia ‘alternativa’”, como la llama Costa, “quiere ser precisamente alternativa: en cuanto comprometida no en un trabajo de adecuación o mediación sino en un intento de hacer explotar las contradicciones inherentes a la relación capital-trabajo”.³⁴

La tensión que marca la “alternatividad” se desenvuelve, todavía, en una visión positivista estatalista del derecho nacional, situación que comenzará a revertir en Europa con un nuevo proyecto cultural de la unidad de Europa. Pero rápidamente se descubre que el camino a esa unidad pasa por el reconocimiento de una “coalicción de culturas jurídicas” diversas. Es decir, se trata, ahora, en este giro histórico de la nueva Europa, de admitir “la necesidad de un pluralismo jurídico y de la importancia de las culturas en la producción y puesta en funcionamiento del Derecho”³⁵ además del reconocimiento de la “pluralidad de las fuentes de derecho”.³⁶ Parece obvio que esta situación engendrará nuevas expresiones de conflicto, y para ordenar tales conflictos se requerirá, como señalaba Arnaud en 1991, “una nueva razón a partir de las razones en conflicto”.³⁷ Tal situación exige una nueva manera de ver una realidad compleja, de modo tal que “hablar de complejidad estructural del Derecho europeo no hace sino revelar un hecho global: el hecho de que, desgraciadamente, el Derecho europeo actual

³² P. Bergalli. “Prieto Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la Democracia como forma de vida”, en *Anales de la Cátedra de Suárez*, N° 34, 2000, p. 225.

³³ Pietro Costa. “La alternativa ‘tomada en serio’: manifiestos jurídicos de los años setenta” en, *Anales de la Cátedra de Suárez*, N° 30, 1990, p. 164.

³⁴ P. Costa. *Op. cit.*, p. 182.

³⁵ A-J. Arnaud. *Op. cit.*, p. 195.

³⁶ *Op. cit.*, p. 210.

³⁷ *Op. cit.*, p. 245.

no tiene futuro porque (habiendo sido) concebido según los modelos del pasado, este sólo puede conjugar en pasado”.³⁸

Y esta complejidad presupone la aceptación del relativismo y del pluralismo de los Estados y cultura jurídica europeos. Esta nueva exigencia de la vida europea parece diseñar una nueva realidad jurídica que se desprende de sus ideales y mitos que generó en su época moderna, es decir: la vida del nuevo derecho debe romper con el “carácter universal de las soluciones jurídicas”, con la idea del poder de la ley como reino supremo, pues no es más que un “asunto de clases sociales” que propició el mito de la “simplicidad, de la permanencia y del carácter abstracto del Derecho”.³⁹

La tradición jurídica medieval europea, nos recuerda P. Grossi, se centraba en la acción; por el contrario, el derecho moderno ocasionó “una ruptura entre el pensamiento y la acción en detrimento de esta última”. Ahora, la “Europa jurídica contemporánea tiende a rehabilitar la acción” casi de un modo exclusivo.⁴⁰ A los ojos de Arnaud, la “elaboración de una Europa jurídica y post-moderna van de la mano” pues a ambas las atraviesa el mismo tipo de racionalidad que sintetiza el pluralismo y la complejidad.⁴¹ Y sin embargo, señala Arnaud en otro lugar, “todavía nos falta instrumentos para afrontar de manera racional, sistemática y satisfactoria la complejidad de las situaciones jurídicas”.⁴²

Una de las expresiones de esa complejidad del mundo social y jurídico, al interior de un Estado, que se vive en Europa, es el reconocimiento de un espacio multicultural. Multiculturalismo ejemplarizado vivamente en la diversidad religiosa, lingüística y cultural que se desarrolla en el espacio privado, pero que se refleja, inevitablemente, en el Derecho, como es el caso, según N. Rouland, de Francia en la que “el derecho francés deviene multicultural”.⁴³

Los efluvios de la corriente del “uso alternativo del Derecho” llegó a América Latina y su suerte estuvo marcada más por el ímpetu justiciero que por una asimilación y recreación de los ideales que encarnó ese movimiento especialmente en Italia. El uso del “uso alternativo del Derecho” no alcanzó a constituirse como una auténtica y sólida visión del Derecho y de su práctica en las sociedades latinoamericanas porque, como bien ha señalado Bergalli, “las circunstancias materiales y culturales respecto de las cuales se han pretendido introducir prácticas alternativas por parte de los distintos movimientos de jueces y abogados enrolados en una militancia social en Colombia, Brasil, Perú, etc, han sido radicalmente diferentes de aquellas que generaron en Italia las contradicciones sociales dentro de las cuales se propuso el uso alternativo del derecho”.⁴⁴

³⁸ *Op. cit.*, pp. 288 y 289.

³⁹ *Op. cit.*, p. 294.

⁴⁰ *Idem*. Cf. P. Grossi. *L'Ordine Giuridico Medievale, op.cit.*, p. 15, en la que se señala que la “acción” propia de la práctica jurídica medieval se centra en el “interprete” y en su “fértil actividad” porque “es la única capaz de traducir los valores de la constitución encubierta del orden jurídico fundamental, en regla viva y en eficacia de vida”.

⁴¹ A-J. Arnaud, *op. cit.*, p. 300.

⁴² A-J. Arnaud. “Presentation”, del dossier “Complexité à l'ouvre”, en *Droit et Société*, N° 46, LGDJ, 2000, p. 403.

⁴³ Norbert Rouland. “Le droit français devient-il multiculturel”, en *Droit et Société*, N° 46, 2000, p. 545.

⁴⁴ Bergalli, *op. cit.*, p. 225.

En América Latina, la inconformidad en contra del derecho establecido, se desarrolla, por lo menos en tres momentos que describiré sucintamente en sus características generales: Frente al llamado “Derecho Oficial”, es decir, el “Derecho estándar” sólidamente establecido, hizo su aparición un “derecho emergente” bajo la designación de “uso alternativo del derecho” que propugnaba: 1) manipular las normas jurídicas vigentes otorgándoles un sentido específico, orientado a hacer prevalecer las exigencias políticas de este movimiento; 2) las prácticas jurídicas inspiradas en ese “derecho emergente” afirmaban constituirse como “fuentes” de creación de normas jurídicas, contraponiéndose y desplazando el monopolio estatal de creación de derecho; 3) el derecho es visto como un “derecho de clase” ideológicamente orientado; 4) los jueces imbuidos por estos ideales postulan, contra el mito de la “igualdad jurídica”, la relevancia diferencial de la vida material (económica) de los litigantes; 5) los que asumieron posiciones más duras afirmaban que el juez crea derecho.

Una segunda expresión de este movimiento se define como “Pluralismo Jurídico” y postulaba: 1) la existencia de dos universos de significación paralelos y contradictorios al interior de un Estado, reflejados en el universo jurídico plasmado en el derecho positivo oficial y en el llamado “derecho emergente” que 2) contiene como elementos a las etnias, minorías culturales, exigencias sobre la calidad de vida privilegiando la protección del medio ambiente.

La tercera manifestación asumía el concepto de una Postmodernidad Jurídica, asimilando los criterios del uso alternativo del derecho y del pluralismo jurídico, y, además, exigía 1) una democracia participativa, 2) la prevalencia de los valores locales étnico-culturales y políticos, 3) la desaparición de la oposición Sociedad vs Estado y 4) criticaba la garantía racional procedimental del derecho positivo oficial.⁴⁵

Hasta aquí el marco resumido en el que se expresan los nuevos universos de significación que marcan la ruptura con un “lenguaje común” cultural y jurídico tanto en la nueva Europa como en Latinoamérica. Lo primero que debemos señalar es el hecho social aceptado de una profunda incomodidad frente a la visión y práctica del derecho heredadas de nuestra tradición jusmoderna. Lo que resalta con gran fuerza es la parte llamada de “lo social”, que renueva su función de partera de la historia por venir en el tercer milenio y que nos reta a reconsiderar nuestra idea de Código y los ideales y objetivos de una necesaria codificación.

Obviamente- y como ya he señalado anteriormente- la crisis y la crítica de esa estructura cultural, ideológica y racionalista, que reconocemos como derecho moderno, no es, todavía, un cuadro de “naturaleza muerta”, sino que sus títulos aún valen y juegan en las formas de vida efectivas de los pueblos de occidente. Por otro lado, este derecho moderno lleva ínsito las posibilidades de su propia crítica, lo cual ha llevado a creer que, después de todo, el ordenamiento sistemático que el Derecho positivo impuso como criterio para el establecimiento de un orden social determinado, permite su regeneración, su modificación, sin llegar a aceptar su definitivo agotamiento como esquema de interpretación del mundo social.

Al acentuar en esta época de tránsito finisecular, la característica del derecho como una expresión de la racionalidad práctica, esta abre al Derecho a su propia corrección

⁴⁵ Roque Carrión-Wam, “El Derecho como lugar de la “pragmática del Conflicto”, en, *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII, N° 15, Abril-Junio, 1998, pp. 231-242, en el que se hace un recuento de estas posiciones.

en la medida en que, por ejemplo, el Derecho se constituye como garantía de una racionalidad procedimental en sentido habermasiano, la misma que, sin embargo, seguiría siendo formal, es decir: el conflicto social domesticado en las formas jurídicas modernas no permitiría la realización material de la justicia al interior del conflicto mismo.

6

Hay diferentes vías para entender y estructurar un camino de reforma radical de la vida del Derecho codificada y comunicacionalmente definida. Nosotros proponemos una vía metodológica que se asienta en una visión pragmática. El hecho histórico de la preponderancia de una determinada corriente cultural- sobre cuyas razones y evolución no entraré a discutir en esta ocasión- ha hecho que se convierta casi en un hábito entender por pragmática las relaciones que se establecen entre los usuarios del lenguaje como signos. Es decir, según su divulgador Charles Morris, la pragmática de filiación conductista estudia el “origen, uso y efectos de los signos dentro de la conducta total de los intérpretes de los signos”.⁴⁶ A partir de 1946 esta definición de la pragmática se ha visto privilegiada y ha servido para facilitar la idea de un código comunicacional. Ahora podemos precisar un poco más la idea de “comunicación” del Código, como aquella que asume sus enunciados lingüísticos como proposiciones con claras y específicas condiciones de verdad para transmitirlos a sus receptores. Un Código sería un conjunto de enunciados susceptibles de entenderlos de un modo casi proposicional. (La diferenciación entre “proposición” y “norma” en su sentido estricto será un asunto del cual se hablará en la segunda mitad del siglo XX, no sin disputas y complicaciones). Aunque hablemos de “pragmática” como algo establecido, debo indicar que todavía estamos más bien ante una problemática. Es decir, por “pragmática” designamos un conjunto de problemas antes que una disciplina bien establecida, como nos recuerda Marcelo Dasca.⁴⁷

Lo que sigue es, pues, un intento de orientar mis propias investigaciones hacia el campo de una “pragmática del conflicto” en el sentido que le hemos asignado en los párrafos anteriores. Ahora bien, creo que es importante señalar, en primer lugar, que, como recuerda Paolo Fabbri, “a partir del siglo XVIII la definición científica se enderezó cada vez más a eliminar la dimensión pragmática emisor-receptor”,⁴⁸ situación que imbuía a todo el espíritu de la época de la codificación jurídica. Y esto trae a colación la idea del legislador racional, omnisciente, coherente y abstracto, características, también, de la ley como norma.

Así, y es un lugar común recordarlo, “la mitificación del legislador corresponde a la mitificación de la ley como única y absoluta medida de las relaciones sociales”.⁴⁹ Desde su origen, pues, el Código jurídico y el proceso de codificación desconocieron sistemáticamente la dimensión pragmática de la comunicación. Ahora bien, en todas las

⁴⁶ Charles Morris. *Signos, Lenguaje y Conducta*. Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, p. 241.

⁴⁷ Marcelo Dasca. *Pragmatics and the Philosophy of Mind 1. Thought in Language*. John Benjamin Publishing Companu, 1983, p. 20.

⁴⁸ Paolo Fabbri. *Táctica de los Signos*. Gedisa Editorial. Barcelona, 1995, p. 311.

⁴⁹ Paolo Pasqualucci. “El mito Rousseauiano del legislatore”, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV Serie. LV-1978, p. 899.

posiciones y definiciones de la pragmática se pone de relieve precisamente aquello que la visión lingüística del Código y de la codificación prefieren olvidar: la necesaria ubicación de los enunciados normativos del Código en el “contexto situacional” en que se promulga y en el que se interpreta los enunciados. Así, el ámbito pragmático podrá asumir “ aquellos conceptos sociológicos que la integran” de modo que la pragmática lingüística y la sociología pueden conjugar sus “actitudes y sus métodos”.⁵⁰ Una pragmática y una sociología jurídicas serían elementos necesarios para abrir a la comprensión e interpretación del mundo social regulado normativamente.

Pero agreguemos algo más a esta pragmática jurídica posible, que se diseña sobre los avances de la pragmática lingüística y la pragmática semiótica. Como sabemos, el lenguaje codificado del Derecho no es un lenguaje unitario ni unívoco. Su estructura normativa no se desprende de elementos proposicionales. Desde Austin se ha advertido que toda preferencia se compone de un elemento proposicional y un elemento pragmático o condiciones de ejecución. El primero especifica las condiciones de correspondencia o de verdad y el segundo establece los términos de “las condiciones de ejecución afortunada”.⁵¹

Incluso el lenguaje en su expresión metafórica requiere de una “corrección pragmática” de carácter “ eminentemente contextual”, lo que significa “afirmar que la corrección pragmática de un símbolo (en el sentido amplio en el que Goodman habla de ‘símbolo’) es siempre relativa o sensible a un contexto” y esto “equivale a negar que existen criterios fijos para dar con ella”.⁵² Si bien el lenguaje jurídico es un conjunto compuesto por proposiciones y normas (enunciados no proposicionales) y si, además, la práctica jurídica y judicial no está exenta de rasgos metafóricos, no hay que olvidar que lo metafórico “ no es una propiedad de determinadas oraciones, sino más bien una manera de usarlas por parte de un hablante y de interpretarlas por parte de una audiencia”.⁵³

Esto significa que el llamado *contexto lingüístico situacional* puede ser captado, entre otros, a través de las deixis que es la “ vía por la cual el lenguaje codifica o gramaticaliza las características del contexto de los enunciados o eventos de habla, y, por lo tanto, tiene que ver también con la vía por la cual la interpretación de los enunciados depende de los análisis de ese contexto”.⁵⁴ Y a través de los elementos déicticos llegamos a descubrir y exponer al juego de la significación, la intencionalidad del hablante. De este modo no parece aventurado afirmar que todo lenguaje es, siempre, en tanto enunciado lingüístico, contexto-dependiente. Pero el ámbito contextual es variado y amplio, así entre los factores contextuales se deben tener en cuenta el contexto específico o inmediato de producción o interpretación, quién habla y a quién, dónde,

⁵⁰ P. Fabbri. *Op. cit.*, pp. 328 y sgts.

⁵¹ Manuel García-Carpintero. *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la Filosofía del lenguaje.* Ariel, Barcelona, 1996, p. 483.

⁵² Eduardo Fermandois. “Verdad y metáfora: una aproximación pragmática” en, *CRITICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. XXXII. N° 95, Agosto, México, 2000, p. 87.

⁵³ *Op. cit.* p.100. Para el caso de las características de la “Evidence” del derecho angloamericano, es importante tomar en cuenta los elementos pragmáticos: quién habla, cómo se habla y con qué propósitos. Esta dimensión pragmática se ha tomado muy poco en cuenta. Cf. Bernard S. Jackson. *Law, Fact and Narrative Coherence.* Deborah Charles Publication, Liverpool, 1988, pp. 8 y 10.

⁵⁴ Stephen C. Levinson. *Pragmatics.* Cambridge University Press, 1983, p. 54.

cuándo, en presencia de cuales objetos o personas, el estado de los asuntos referidos, el procedimiento y secuencia de enunciados o piezas del texto, particularidades del idiolecto del hablante, etc.⁵⁵

La semántica, que se creía única portadora de la métodos de descubrimiento del sentido y significación requerirá pues, parar cumplir a cabalidad su tarea, de la pragmática y de este modo ambas “se encuentran en una relación de complementariedad”.⁵⁶ Ahora bien, esta breve referencia a la pragmática necesita de una discusión y análisis más concretos y profundos que en este momento no es posible realizar. Sin embargo, no puedo dejar de señalar lo siguiente: en general la visión pragmática caracterizada en este sucinto panorama se concibe como estableciendo una diferencia fundamental entre enunciado (lenguaje), los elementos deícticos y el referente “exterior” que sanciona, finalmente, la verdad o falsedad del enunciado. Si se aboga, como hemos visto, por una complementariedad de la semántica y de la pragmática, esto deja inmodificable el hecho básico de que la tesis de la referencialidad externa al lenguaje determina el significado, con lo cual volvemos a poner en primera fila la orientación comunicacional del lenguaje, y, en la ocurrencia, del código jurídico.

Por el contrario, lo que hemos venido señalando en la crítica al Código jurídico es la ruptura con esa visión del lenguaje codificado para dar cabida a una vocación pluralista y contra-cultural, es decir, para dejar que se exprese la acción que se desarrolla en los nuevos hechos sociales emergentes que sólo pueden ser captados y reconocidos en su mostración narrativa. A esta pragmática nos referimos con la expresión “semiótica de las situaciones”.⁵⁷ En todo caso la narrativización supone tener en cuenta todos los elementos a los que alude la pragmática referencial para subsumirlos en una visión antireferencial. Tal perspectiva se acerca más a la práctica de la interpretación jurídica en la medida en que, como advierte Zaccaria, “la hermenéutica jurídica (se) pone en guardia contra un derecho antihistórico e impersonal y, en cambio, se pronuncia por un derecho vivo, histórico, situacional y concreto, capaz de acoger en sí mismo la contrariedad y la falta de clausura de la existencia individual en sí misma”.⁵⁸

Por “narratividad” hay que entender “una manera de ordenar todos los elementos del caso- en la ocurrencia sub iudicio- que hagan plausible, verosímil, una historia, es decir una relación (relato) con sentido”.⁵⁹ Ahora bien, remover una tradición como la que soporta a la codificación y al Código jurídicos no sólo requiere de este ejercicio conceptual de imaginar una pragmática antireferencial, (o transreferencial) sino también poner en cuestión los dogmas clásicos del derecho moderno. Así, por ejemplo, el enunciadador-legislador que impregna con su voluntad el producto oficial del Estado, la ley, no puede seguir señoreando el derecho como única fuente del ordenamiento normativo, ni el juez, como sujeto judicador, puede seguir concebido como fuera del

⁵⁵ Marcelo Dascal, “Hermeneutic Interpretation and Pragmatic Interpretation”, en, *Philosophy and Rhetory*. The Pennsylvania State University Press, Vol. 22, N° 4, 1989, pp. 241 y 247.

⁵⁶ Marcelo Dascal. “Presentación” de Filosofía del lenguaje II. Pragmática. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Editorial Trotta y CSIC, Madrid, 1998, p. 29

⁵⁷ A.J. Greimas y Eric Ladowski. *Pragmatique et Sémiotique*. Actes Sémiotiques, V. 50, 1983, p. 16

⁵⁸ Giuseppe Zaccaria. “Dimensioni dell’ermeneutica e Integrazione Giuridica”, en, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Aprile-Giugno. IV Serie-LXXII-1995, p. 392.

⁵⁹ José Calvo. *Derecho y Narración*. Materiales para una Teoría y Crítica Narrativista del Derecho. Ariel, Barcelona, 1996, p. 14 y sgts.

juego narrativo, si debemos tomar en serio lo que reclama tanto el nuevo pluralismo de la compleja realidad social, cultural y jurídica de la nueva Europa y el “derecho emergente”, en todas sus expresiones, latinoamericano.

En resumen, la respuesta que podemos adelantar a la cuestión que nos ocupa en estas Giornate es que entre la interpretación y la comunicación, como modos de entender y resolver el conflicto social existente, no podemos dejar de inclinarnos por la interpretación en términos de una “pragmática del conflicto”, pues parece ser la vía más apropiada para una salida del estancamiento en que se encuentra el trabajo hermeneútico jurídico frente a la complejidad de la vida social finisecular que empuja, con fuerza, a constituirse en acción normativa.

**LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO”
ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE
LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Luiz González Placencia*

Introducción

El tema que abordo en este artículo ha sido ampliamente tratado por juristas y politólogos, así como por otros actores sociales con presencia mediática. Sin embargo, siguiendo una tendencia que he intentado plasmar en recientes intervenciones públicas, la diferencia que planteo en este abordaje respecto de otras aproximaciones al tema, es que pretendo hacerlo no desde una perspectiva “experta”, sino desde el punto de vista de un gobernado, específicamente de un “ciudadano informado”, categoría que he empleado antes para distinguir el predominio de la dimensión “civil” por sobre la “profesional” de una persona que ciertamente posee esta última cualidad dada su formación universitaria, su empleo en algún área del estado o de la iniciativa privada, o cualquier otra posición que le provea información “especializada” sobre determinados aspectos de la vida común, pero que no le exime de su corresponsabilidad como miembro del amplio sector de los gobernados, principales destinatarios y eventuales afectados de las políticas públicas.

Digamos que, en concordancia con la posición que he expresado en algún artículo anterior (1997), esa condición de “ciudadano informado” califica como competente, en principio, el punto de vista de quien, potencialmente afectado por el problema sobre el que se pretende aportar una perspectiva, busca agregarse a la discusión pública sobre el tema del que se trate.

En el caso de este artículo, en tanto que potencialmente afectado por un “estado de derecho” que, concebido como lo está, y desde la perspectiva que asumo en este artículo mi punto de vista, implica un modelo social excluyente amenaza los derechos y garantías del gobernado, intento discutir la posibilidad de un modelo menos lesivo, o en todo caso, fundado en principios más o menos sólidos, en términos de su capacidad para garantizar la custodia de los derechos de las personas.

* Instituto de la Judicatura Federal – México.

146 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

I

En el centro de los debates en torno a la inacabada reforma del estado, la discusión respecto del alcance que han tenido los más o menos recientes procesos democratizadores en la vida política mexicana ha determinado la intensidad con la que los “transitólogos” aceptan o no el ansiado arribo a la democracia. “Transición”, en México, se convirtió en la palabra clave para designar el proceso histórico que da cuenta de la paulatina caída de un modelo político con más de setenta años de vigencia y consecuencias sumamente discutibles en torno al proyecto de país que emergiera de la revolución, y el paso a otro modelo, incierto en cuanto al contenido mismo de lo que se esperaría fuese un nuevo modelo de país, pero deseable al menos por lo que tuvo de inédito, para casi una decena de generaciones de mexicanos, el que la voluntad de la mayoría fuese respetada, al menos en lo que atañe a su derecho a elegir sus propios gobernantes.

Si se la ve desde ese punto de vista, habría que estar de acuerdo con quienes afirman que la transición cumplió su propósito, no sólo porque la dimensión electoral de la democracia es hoy un hecho aparentemente irreversible, sino porque en el mosaico político del país se aprecian interesantes cambios respecto de la que se ha denominado “era del partido de estado”: relaciones de tensión nunca antes explicitadas entre el Congreso y el Ejecutivo, entre los estados y la federación, e incluso entre los miembros del propio gabinete de gobierno; niveles de crítica al régimen más abiertos y frecuentes, particularmente en los medios de comunicación, pero también en otros sectores influyentes como es el caso del empresariado, los partidos políticos y la iglesia; y una participación más autónoma e independiente del Poder Judicial Federal en la solución de controversias que afectan incluso decisiones tomadas en el seno del Poder Ejecutivo.¹ Un efecto esperado, aunque quizá no suficientemente dimensionado, de la ansiada apertura política tiene que ver, como queda cada vez más claro, con que el relajamiento de los controles ejercidos por el régimen priísta sobre los sectores que hoy tienen un rol protagónico (particularmente la industria, la iglesia, los medios) ha dado paso a un reposicionamiento de tales sectores, los cuales, en el espectro de las libertades de las que ahora gozan, buscan un lugar de predominio para la realización legítima de sus intereses.²

¹ Paradigmáticas son, a este respecto, las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia respecto de la denominada “Ley Robles”, como en lo que se refiere a la exigencia al Ministerio Público de la Federación para que investigue los sucesos de octubre de 1968. También lo son la declaración de inconstitucionalidad de los ordenamientos que prohíben la formación de más de un sindicato en las dependencias de gobierno, resuelta en mayo del 99, y la que determina que el derecho a la salud incluye el suministro de los medicamentos adecuados a los padecimientos, relacionada con un amparo promovido por un enfermo seropositivo, entre otras. Como se argumenta en algunos sectores, las resoluciones citadas admiten críticas en el sentido de que la Corte pudo haber actuado de manera más radical y democrática, pero es innegable que la orientación de estos fallos es inédita. En torno a algunas de estas decisiones consideradas paradigmáticas confróntese SCJN (2000) *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.

² En esta dinámica pueden entenderse, por ejemplo, los reclamos hechos por el empresariado nacional respecto de la “eficiencia” del poder legislativo, materializados en un estudio que se difundió en la prensa nacional en enero de 2002; también así el fenómeno mediático desatado alrededor de la figura presidencial y que derivó en cuestionamientos altamente criticados por los propios medios a finales del año anterior.

El que esta nueva condición política haya sido bienvenida como un signo de avance democrático es, sin duda, una muestra fehaciente del cambio significativo operado en los últimos quince años: en efecto, es muestra de que el tránsito a al modelo que estamos experimentando en el presente ha ocurrido ya.³ No obstante, ese proceso de cambio ha sido acompañado por otro proceso que no sólo no acusa modificaciones sino que advierte una continuidad asombrosa: tiene que ver con la mistificación del que por ahora, en términos muy ambiguos, llamaré interés por “lo social”, con lo que me refiero a un espacio simbólico que incluye las necesidades jurídicas, económicas, sociales y culturales de una parte de los gobernados a quienes identificaré como “no representados”, para referirme a la situación de “abandono” - jurídico, económico, social y/o cultural - que para ellos implica el no ser considerados “sujetos” sino “objeto” de las políticas públicas.⁴ Hago referencia con dicho proceso a dos fenómenos empíricamente verificables: el primero de ellos, vinculado al hecho conocido de que los partidos políticos difícilmente representan otra cosa que no sea los intereses de sus propias plataformas políticas, lo que, en términos de la participación de sus miembros en el Congreso, se traduce en un uso instrumental y en ciertos casos francamente demagógico del poder de legislar, de modo tal que sus definiciones frente a determinadas tendencias en el diseño de políticas públicas vienen dadas, no por la defensa del interés de sus representados - formalmente hablando -, sino por la conveniencia coyuntural del partido de que se trate. El segundo fenómeno tiene que ver con la ausencia - o con la presencia *disminuida*, por decirlo más suavemente- de una sociedad civil consolidada en México, pues en efecto, los niveles de participación social están condicionados, ya sea por la falta de información pública suficiente en calidad y cualidades como para determinar un debate social amplio e incluyente, o bien por que el acceso al debate público está monopolizado por los sectores que poseen un mayor poder de influencia -nuevamente: los medios, los empresarios, la iglesia... Las posibilidades efectivas de participación quedan entonces limitadas a los sectores políticamente “representativos”, aunque de pronto haya momentos para la expresión atomizada y disgregada de otros sectores sociales.⁵

En la convergencia de estos fenómenos, la definición del espacio de “lo social” asume la forma de un interés abstracto por temas como la educación, la justicia social y la salud, que no escapa a la vieja concepción de los derechos “programáticos”, en la

³ En estos términos ha sido planteado por ejemplo por Silva Herzog Márquez.

⁴ No abundo sobre esta idea ahora, pero avanzo que se trata de sectores simbólicamente constituidos de los que forman parte, no sólo quienes pertenecen a los estratos económicamente desfavorecidos, sino los marginados y/o excluidos en sentido lato, respecto de sus posibilidades de ejercicio, o necesidades de protección en cualquiera de las esferas que he planteado. Ello implica que un “no representado” puede serlo, en las circunstancias que abordaré más adelante, por ejemplo, cualquier ciudadana de clase media alta, aunque no obvio el hecho real de que son los más pobres quienes por antonomasia cubren mejor esta categoría.

⁵ Naturalmente, es innegable la presencia creciente de organizaciones sociales que cubren ciertas “representaciones”, como es el caso de las protectoras de derechos de víctimas, de mujeres, de niños, de los ambientalistas y de las minorías en general, sin embargo, salvo algunos casos específicos, en los que esta defensa ha sido “gubernamentalizada” -lo que tiene implicaciones importantes en términos del espacio en el debate y de la presencia mediática más o menos garantizada- no me parece que el común denominador, en términos de presencia efectiva en el proceso de creación de leyes, lo sea el peso específico de estas organizaciones frente a otros sectores políticamente más “representativos”.

148 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

que no se niega importancia o compromiso del estado en su realización, pero donde importancia y realización efectivas quedan supeditadas a las posibilidades de definición y de posterior éxito de los “programas” gubernamentales en cada materia. Lo “social” en esta concepción no tiene nombre ni cuerpo porque no tiene “representados”; deviene mistificada en la medida en la que hace abstracción de unos destinatarios cuya identidad colectiva en los términos tradicionales se ha transformado: el campesinado, el sector obrero, el sector popular, no son más una masa con rostro de dirigente sindical, sino *pobres, mujeres, indígenas, niños, vecinos, enfermos, pacientes...* Lo “social” queda entonces reducido a los dichos “grandes” temas, dejando del lado otras consideraciones de importancia central en la que estos nuevos actores tienen un lugar predominante: las asimetrías existentes entre el estado y los gobernados en términos de género, edad y de clase social, la necesidad de sistemas normativos convergentes con la tradición y la costumbre de importantes grupos étnicos, la ausencia y la necesidad de mecanismos de *accountability* inter, intra y extra estatales., el fomento mismo de una participación informada de los ciudadanos en la definición de sus necesidades y en el planteamiento de sus problemas, el cuestionamiento y la eventual supresión de los fueros, entre los que podrían agregarse muchos más.

Desde este *otro* punto de vista, el que la transición haya cumplido sus objetivos políticos no implica que hayan sido resuelto ciertos otros temas que en el planteamiento de un proyecto de país más igualitario resultan prioritarios. Ello implica aceptar, o bien que la transición a la democracia está todavía a medio camino, o bien que una vez superada la fase del cambio, es necesario pensar seriamente en una transformación profunda y radical, capaz de sentar al menos un horizonte normativo que sirva para garantizar que incluso el beneficio del país, no tiene lugar a costa de los “no representados”.

Es en este punto, no me queda duda, que la llevada y traída discusión en torno a la reforma del estado debe asumir una dimensión “fundante”. No pretendo, ni podría tampoco, agotar aquí las aristas de lo que ello implica, pero mi intención al menos es la de meter en debate la necesidad de definir un mínimo normativo que haga las veces de *Grundnorm*, de modo que se inocule, con base en ella, toda posible pretensión autoritaria. Asumo la elevada dosis de idealidad que lo que pretendo lleva consigo, pero también reconozco que, a partir de unos pocos de los grandes relatos que sobreviven de la modernidad, es posible plantearse seriamente la posibilidad de esos acuerdos mínimos, particularmente si se toma en serio una realidad que, en los cálculos más conservadores, registra un 40% de personas que viven en extrema necesidad. Sobre este reconocimiento hago del concepto “estado de derecho” el punto de partida de mi reflexión. No sólo porque ha sido este el referente occidental más invocado para expresar la existencia de un horizonte normativo laico para las actividades humanas, sino porque, precisamente por ello, representa también la base para revisar sus contenidos ideológicos, sus alcances formales y sus limitaciones materiales.

2

“Estado de derecho” es, juzgado por sus consecuencias, un concepto multívoco. Como tal se ha identificado al estado liberal clásico, al *Welfare State* e inclusive al *Rechtsstaat* de la Alemania nazi. No obstante sus diferencias, que ciertamente no son

pocas, el común denominador en éstos modelos, que por cierto es el que les hace distintos a otras formas de gobierno fundadas en razones de orden trascendental, radica en su confianza en un gobierno que se define y se sostiene en un marco de leyes producidas por los propios seres humanos, a través de sistemas de legitimación que las hacen válidas y que les dan un carácter obligatorio, sobre la base de un consenso social supuesto alrededor de tales sistemas de legitimación. No obstante, la historia ha documentado que la idea básica de la pertinencia del “gobierno de las leyes” por encima del “gobierno de los hombres”, no agota por sí misma, las posibilidades de realización al abuso o al autoritarismo. Como ha sido apreciado por diversos autores, el contenido del concepto “estado de derecho” viene dado, entonces, por el modelo social en el que es invocado y aplicado, lo que genera sin duda, importantes consecuencias para la vida cotidiana de quienes viven bajo las reglas que fijan dichos modelos (*Inter alia*: Ferrajoli, 1996; Bobbio, Habermas, 1999).

Esta consideración plantea, al menos, dos dimensiones formales que deben ser tomadas en cuenta a la hora de discutir el concepto “estado de derecho”. La primera tiene que ver con lo que le caracteriza como un modelo distinto a otras formas de estado; la segunda la que, una vez planteado el cerco de los estados de derecho, los hace sin embargo diferentes entre sí.

2.1

Sobre el primer aspecto en realidad hay que decir bien poco; aunque debe destacarse la relevancia histórica y política de este proceso, que no es otro que el de la afirmación de un horizonte normativo laico de carácter positivo que, a la vez que marca el *adentro* para las reglas que norman la vida cotidiana de las personas en el moderno estado occidental, determina el *afuera*, respecto de aquéllos discursos que, sostenidos en la contingencia o en la trascendencia, plantean un integrismo, es decir, una identificación concéntrica entre derecho, moral y religión. Y es que, en efecto, la importancia de reconocer un límite formal entre estas esferas normativas, radica en que sólo así es posible ofrecer al destinatario de las normas, la seguridad respecto de cuándo y en qué casos, le serán aplicadas. Como señala Ferrajoli (1995), «Este proceso se fue dando en la medida en la que se consolidó el monopolio estatal sobre las fuentes de producción y convalidación del derecho, proceso que implicó a la vez: a) un sistema de normas cuyos criterios de validez, vigencia y efectividad quedaron constreñidos a la propia sistemática de la ley, y b) una norma de reconocimiento que diera validez a todas las leyes producidas en las formas, en las condiciones y por los poderes establecidos para ello: *auctoritas et non veritas facit legem*, que señala el proceso y los límites a la *creación* de la legalidad que en este sentido funciona como principio a la vez, constitutivo y organizativo del estado de derecho.

Hasta este punto esta dimensión formal del estado de derecho está resuelta: un estado de derecho es, en principio, un estado que se rige, es decir, que queda controlado y limitado, conforme a leyes cuya validez es predicable respecto de otras normas del propio sistema, y que han sido dictadas por el órgano designado para tal tarea. Pero, como ha sido señalado por el propio Ferrajoli, así como, desde otras perspectivas por autores como Bobbio, Nino y Habermas, no se resuelve en esta dimensión, sin embargo, la “sustancia” que define la legitimidad, ni de la autoridad, ni del sistema de leyes a que se hace referencia. Siempre en el plano formal, la respuesta a

150 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

esta cuestión se da remitiendo la legitimidad de la ley a la constitución, y la de la autoridad a la soberanía, conceptos ambos íntimamente relacionados alrededor de un debate que tiene lugar a lo largo de toda la modernidad y que da cuenta de la tensión de fondo en la definición de un estado de derecho, el de su connotación como modelo específico, políticamente determinado.

2.2

La legalidad, en sentido lato, plantea para el estado de derecho, se ha dicho antes, su principio constitutivo y organizativo, pero no su naturaleza sustancial. En principio, cualquier sistema de leyes emanado de cualquier autoridad democráticamente electa constituye formalmente un estado de derecho y su custodia con base en el principio de legalidad es posible siempre que la validez del propio sistema quede referida a normas sobre su producción, lo que involucra a quienes crean y aplican al derecho, como al derecho mismo. Una visión ascéptica, estrictamente positiva o pura del derecho es teóricamente posible y aún más, factible. Pero supóngase la viabilidad del conocido ejemplo de clase en el que una comunidad dada elige de forma democrática a un dictador y que éste, con respeto absoluto de las formas y los procedimientos legales vigentes pasa al legislativo una reforma, respetuosa también de los continentes, pero con contenidos autoritarios, el congreso la revisa, ajusta la sistemática de la ley para evitar contradicciones y, de ser necesario, modifica incluso la constitución para garantizar la legalidad. Esa ley se convierte en derecho positivo y su aplicación es legal y constitucional; incluso si algún gobernado se inconformara, el poder judicial tendría que refrendar la constitucionalidad de dicha norma y con ello su vigencia.⁶

Qué autoridad y qué leyes, por tanto, da lugar a un debate muy otro, que hace referencia a la segunda de las dimensiones citadas más arriba, que es la que connota al estado de derecho y que señala el terreno político, la arena de debate, entre las distintas actitudes políticas que, sin contradecir el nivel formal, dan contenido, como se ha dicho, al “estado de derecho”.

No obstante el riesgo de resultar superficial, me parece que esta cuestión puede explicitarse si se utiliza como recurso argumentativo el diseño hipotético de modelos de estado, basados en las posibilidades combinatorias que dan, por una parte, en una perspectiva diacrónica, las dos más importantes tradiciones de estado que sobre la base del debate en torno a la soberanía y la democracia a lo largo de la modernidad, emergen en el siglo XX bajo los nombres genéricos de “*Rule of Law*” y de “*Rechtsstaat*”; por la otra, desde una óptica sincrónica, las cuatro actitudes políticas con mayor peso específico en las sociedades contemporáneas: el utilitarismo, el comunitarismo, el estatismo, el liberalismo y el egalitarismo (Lukes). Valga decir que, a las tradiciones de estado como a las actitudes enunciadas, las refiero en tanto que modelos, y que comprendo que tales modelos no se presentan –no se han presentado históricamente,

⁶ Ejemplos diversos de situaciones similares se encuentran en la práctica del estado mexicano. Por citar sólo un ejemplo, ténganse en cuenta las reformas que a la constitución se hicieron respecto de la necesidad de crear un modelo de seguridad útil para combatir el delito y en particular a la delincuencia organizada, mismas que produjeron fenómenos jurídicos tales como la constitucionalización de la intervención telefónica o la aceptación por constitucional de la participación del ejército en labores de seguridad pública.

ni lo harán- en forma pura o empíricamente decantable, aunque en la mayoría de los estados modernos, en mayor o menor medida, y de acuerdo con variables sociopolíticas de naturaleza contingente, si que han tenido expresión en tanto que máximas de gobierno, leyes y/o políticas públicas.

En términos muy genéricos, entonces, encontramos por una parte, la tradición de la *rule of law*, de raíces en la organización política medieval (el *common law*, el contrato, y el *stare decisis*, el *fair trail* y el *due process* entre otros) más claramente delineado por Locke y los teóricos de la nación nortamericana, concebida más bien como un concierto de voluntades particulares en el que la legalidad es producto de acuerdos destinados a reconocer los derechos naturales de todos quienes se atienen a ella, y donde las instituciones poseen por tanto un carácter instrumental (Melossi). Se trata entonces de una tradición de estado “débil”, solidamente sostenido, sin embargo, en la certeza de que la soberanía le pertenece al pueblo y que es éste, a través de representantes electos por el propio pueblo en un parlamento, el que dicta las leyes a las que debe someterse el poder público. La autoridad por tanto se construye de modo ascendente, lo que garantiza la autonomía de la sociedad civil frente al estado y la prevalencia de sus derechos, que son los derechos de propiedad, de modo tal que el sentido del pacto social no es otro que la tutela de la vida, la libertad y las posesiones. La “*rule of law*”, sintetiza así la convicción de que la naturaleza fundante de la constitución abreva directamente del reconocimiento de los derechos naturales y de su aprobación consensual, garantizada a la vez por un mecanismo de control difuso de la constitucionalidad de la ley que es parte sustancial de la actividad de los jueces (Marshall, Nelson). En términos generales, el modelo de la “*rule of law*” es identificable con el liberalismo (Habermas, *cit.*).

En el segundo, con raíces en Hobbes, el republicanismo francés y configurado más claramente en la concepción hegeliana del *Rechtsstaat*, el estado cobra una dimensión reificada, limitadora de las potestades medievales que al amparo de los derechos se tornan sin embargo, poderes salvajes. El estado aquí es un fin en sí mismo y los poderes públicos son sus instrumentos. El derecho público es el derecho del estado y las instituciones son la vía mediante la cual se lo hace valer. A diferencia del modelo de la “*rule of law*”, la autoridad se construye aquí en sentido descendente, con base en una concepción racional del acuerdo social que expresa, no un concierto de voluntades, sino la “voluntad general”, que no es otra cosa que el interés público que, reificado en el estado, actúa como catalizador de los “intereses facciosos”. El estado es por tanto, la encarnación de la racionalidad y su sistemática, la mejor garantía de esa racionalidad: el poder legislativo es el interprete del poder constituyente cuya legitimidad emana de la conjunción en un todo racional que es la Constitución, de la confluencia de los poderes políticos de los que esta última es expresión; el ejecutivo es el mandatario de esa voluntad general racional y los jueces, que por la naturaleza propia de una concepción de la soberanía concentrada en el representante popular que es el legislador, resuelve las controversias como un poder nulo, haciendo su función de *bouche de la loi* (Latorre). De acuerdo con sus rasgos genéricos, el modelo del *Rechtsstaat* es identificable con la tradición republicana (Habermas, *cit.*).

Ambos modelos poseen, como es evidente, virtudes y defectos importantes, y a tal grado imbricados que lo que es virtud en uno, lo es en función del defecto del otro. Así, en términos genéricos, frente a la reificación del estado republicano, el estado

152 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

liberal aporta una importante visión de los derechos y de las particularidades, que hace del gobierno y del sistema de poderes un organismo enderezado a la protección de esos derechos; frente a la entronización, por otra parte, de la voluntad particular y de la supremacía del contrato, el estado republicano ofrece límites del todo relevantes a sus posibilidades de expresión como poderes salvajes. Frente a la elevada dosis de burocratismo y estatismo del estado republicano, el estado liberal plantea la tesis de la soberanía compartida y permite el control difuso de la constitucionalidad a cargo del poder judicial; por su parte, frente a la incertidumbre del *stare decisis* y del *common law*, el estado republicano antepone la certeza jurídica que ofrece en su conjunto el *statutory law*.

2.3

Si se ha dicho que los dos modelos de estado caracterizados más arriba han ido consolidándose en una perspectiva diacrónica; las posibilidades de potenciar o neutralizar sus defectos y virtudes se da, sin embargo, en perspectiva sincrónica, de acuerdo con el matiz que al modelo le imprimen las diversas actitudes políticas que, en el juego democrático, suelen tener lugar en el seno de ambos modelos.

Siguiendo una caracterización de Stephen Lukes, estas actitudes pueden representarse según se describe a continuación. Tres de ellas han probado su viabilidad histórica, la cuarta sólo ha mostrado una dimensión que da cuenta más de sus limitaciones que de sus virtudes, y la quinta es, sin duda todavía un ideal. Así:

- a) utilitarismo.- cuyo interés se centra en una valoración a ultranza del bien común, en términos económicos: la mayor felicidad al menor costo. Naturalmente, se trata de una posición que considera que el sacrificio de algunos por el bien de todos vale la pena siempre que lo que se busque sea maximizar la utilidad global de la mayoría.
- b) comunitarismo.- que expresa un apego básico a las raíces culturales, y a la nación; admite el multiculturalismo y promueve la discriminación positiva para afirmar el derecho de las minorías.
- c) libertarismo.- que pone el énfasis en la propiedad y en el mercado como articuladores de la vida social y que promueve una visión meritocrática del éxito y de la capacidad para participar en el mercado.
- d) estatismo.- del que empíricamente se conoce lo que ha dado en llamarse “socialismo real”, actitud que da cuenta de una tendencia a la abolición de las clases sociales, al control del mercado y a la omnipresencia del estado en los asuntos públicos e incluso en ciertas esferas del ámbito privado (el laboral, por ejemplo).
- e) egalitarismo.- tendencia figurada en el reconocimiento de la equidad como el principal motor de la actividad pública

Todas estas actitudes se expresan con dosis distintas de pureza en el amplio espectro de los partidos políticos y suponen la posibilidad de representar los intereses del gobernado; en un ejercicio hipotético, pero factible, de combinación diacrónica y sincrónica de tradiciones de estado y actitudes políticas, el resultado podría ser el siguiente:

	Utilitaria	Comunitaria	Libertaria	Socialismo	Egalitarismo
Rule of Law	Liberalismo utilitarista	Liberalismo comunitarista	Liberalismo Liberalista	Liberalismo Estadista	Liberalismo Egalitarista
Rechtsstaat	Republica Utilitarista	Republica Comunitarista	Republicanismo Libertario	Republica Socialista	Republicanismo Egalitarista

De las diez combinaciones posibles, dos son absolutamente antitéticas, por lo que en realidad quedan ocho posibilidades. Analicemos las combinaciones y veamos que “estado de derecho” se plantea en cada una de ellas.

La posibilidad de un liberalismo utilitarista es claramente cierta. La combinación mostraría - ha demostrado - un crisol político en el que se aprecia un estado retraído frente al mercado y en el que el objetivo sería el de maximizar las posibilidades de expansión a favor de la libre empresa, aún si ello implica el sacrificio, por ejemplo, de los derechos sociales, que afectan sólo a una parte de la población que, aunque puede ser mayoritaria en términos numéricos, no lo es, en términos de peso específico. Naturalmente favorece un tipo de sociedad que, en nombre del bien común, acepta ceder algunos de sus derechos, con la finalidad de proteger su vida, su libertad y sus posesiones, aún cuando ello signifique el sacrificio de aquéllos que, en esta perspectiva son vistos como “prescindibles”. En términos generales las actitudes laborales, sociales y familiares que reportan un problema para el desarrollo utilitario de la sociedad admiten ser intervenidas en nombre del bien común.

Un liberalismo comunitarista, por su parte, también es factible. Hablamos aquí nuevamente de un estado retraído a favor del mercado y la libre empresa que simbólicamente se afianza en el reconocimiento de su tradición y de su proyecto de nación. Familia, democracia, identidad, son sus valores centrales. A pesar de su reconocimiento tácito de la diferencia (*pluribus unum*), pondera sin embargo la unidad a costa de la definición de los desviados, quienes lo son por razones étnicas, pero también, y con frecuencia coinciden, por su “rechazo” al modelo social imperante. Se trata sin duda de un modelo que fomenta una visión conservadora y segregacionista de la sociedad centrada paradójicamente en un reconocimiento *sui generis* de la diferencia. La admisión de prácticas discriminatorias y abusivas en los niveles familiar, cultural, escolar y laboral, es planteada como efecto de la tradición y si no es abiertamente fomentada, es ampliamente tolerada.

Un liberalismo de corte libertario, finalmente, es también posible. Se trata de la versión más radical del liberalismo, coincidente con lo que hoy se denomina neoliberalismo: un mercado hipertrofiado, un estado guardián mínimo promotor de los derechos vinculados a la propiedad, aderezado sin embargo por un énfasis especial en los derechos humanos que son reconocidos para todos, aún cuando las condiciones económicas y sociales plantean un escenario de desigualdad material que dificulta su realización. La centralidad del contrato es básica y se pondera aún por encima del derecho establecido; de hecho, en aras del respeto a la libertad de los particulares, se hace abstracción de las condiciones en las que se realizan los contratos, por lo que los problemas de abuso de poder son vistos como asuntos dados “entre particulares”. El

154 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

modelo social fomentado es el de la sociedad civil atomizada, a la que corresponde organizarse en función de sus problemas particulares para garantizar sus derechos.

En los tres casos anteriores hay denominadores comunes y de hecho, se da la posibilidad de que el crisol social del liberalismo admita las tres actitudes descritas, en plena convivencia. No hay problema con la ley ni con la autoridad, pues ninguna de las tres actitudes pone en riesgo ni los fundamentos, ni los procedimientos que legitiman tanto a la ley como a la autoridad; en todo caso, incluso, la libertad de elección democrática que es también compatible con todas las combinaciones descritas, ofrece la oportunidad de garantizar un procedimiento de *accountability*, que funciona como termómetro para evaluar el desempeño de los gobernantes en turno.

Hagamos ahora el ejercicio con las posibilidades que ofrece la tradición republicana.

Una tradición republicana, por su parte, también puede tener un matiz utilitario. Tanto como en la versión liberal, la política del mayor beneficio al menor costo es planteada, pero a diferencia del primer caso, la utilidad se piensa aquí para el beneficio del propio estado. Esto es claro en varios sentidos, pero se me ocurre ahora que lo es sin duda en la política tributaria que implica el sacrificio de unos con miras a fortalecer el potencial económico de la república, aún si es necesario, por ejemplo gravar el consumo en condiciones de desigualdad económica notorias, dado que el argumento es el de beneficiar la política social. La seguridad del estado es esencial y también allí la visión utilitarista plantea esquemas destinados a garantizarla, aún por encima de los derechos humanos: prisiones de máxima seguridad, retenes, y mucha policía, siempre con el argumento del beneficio de la seguridad pública. La ley y la dogmática legal están diseñadas para garantizar la unidad del estado, de modo que la división de poderes es más formal que efectiva. En la medida en la que la decisión judicial está acotada, entre otras posibilidades, es posible calcular el costo de políticas francamente anticonstitucionales, pero útiles, sobre la base, por ejemplo, de que, del número total de afectados, sólo un porcentaje mínimo recurrirá y obtendrá un amparo. La política legislativa también tiene un corte utilitario de modo que aprueba leyes con arreglo a fines y no con base en principios. En fin, este modelo fomenta un modelo social acrílico y sometido a una visión legalista del estado, donde el derecho positivo juega un papel fundamental aún por encima de los derechos sociales y de las libertades.

Un republicanismo de corte comunitarista podría expresarse en dos vertientes históricamente verificadas: el estatismo y el nacionalismo. En su acepción más tolerante, el estado es la nación y la patria al mismo tiempo, haciendo abstracción de las particularidades culturales, sociales, jurídicas, lingüísticas y étnicas de los pueblos que conforman el territorio del estado. La política busca uniformar: una lengua nacional, un himno nacional, una bandera, un derecho patrio; y al mismo tiempo, suprimir toda muestra de particularismo: las lenguas originarias, las costumbres jurídicas, a las que reduce a su dimensión de *folklore*. Como se aprecia, el modelo social que se produce desde esta visión es el de una nación mistificada, sostenida en mitos acerca de la historia y de sus caudillos.

En su acepción nacionalista, por el contrario, pondera la nación, la lengua y la raza. Es romántico por antonomasia y tiende a suprimir al diferente, quien es definido precisamente por no compartir, de naturaleza, las características de la comunidad. En este caso, se fomenta una sociedad de corte racista e intolerante.

Una republica socialista es, finalmente la versión radical del republicanismo. Se trata de un modelo de intervención total del estado en la vida pública y en gran

medida en la vida privada, sobre la base de la igualdad social y el florecimiento del propio estado como un todo. El mercado es sujeto de control y la propiedad privada es, preferentemente, acotada. El estado decide las prioridades nacionales y naturalmente, los derechos civiles, las libertades, es decir, quedan por debajo de esas prioridades. Esta visión fomenta una sociedad habituada al paternalismo y por ende, desactivada frente a una certidumbre ideológica de que los derechos del pueblo ya fueron conquistados.

Así, como en el caso de la tradición liberal, en este también se aprecia que las actitudes en lo general podrían convivir y dar lugar a versiones más o menos cercanas al autoritarismo. Tampoco aquí hay problema con la ley o con la autoridad, pues su legitimidad queda garantizada, por la dogmática constitucional y por la certeza de la racionalidad del estado.

Como se ve, todas las combinaciones anteriores, de cuño liberal o republicano, de tendencia utilitaria o socialista, son posibles bajo una concepción formal de estado de derecho; pero en todas ellas se plantan preguntas importantes. Si se adopta una visión liberal ¿es posible admitir la validez de un contrato que ofrece mayores ventajas a una de las partes sobre la base de que se trata de un acuerdo “entre particulares”? ¿es válido anteponer el desarrollo del mercado a la satisfacción de las necesidades básicas de los más pobres?, ¿es posible admitir que la libertad tiene que darse a costa del sacrificio de otros?, ¿basta con proclamar los derechos, aún si las condiciones para su realización se dejan libres a las vicisitudes del mercado?. O bien, si se adopta una visión republicana ¿es dable aceptar la intervención del estado “*tout court*” en nombre del beneficio público? ¿tiene sentido la “*raison d’etat*”? ¿qué ventajas ofrece un nacionalismo mistificado?, ¿puede admitirse la expropiación de tierras comunitarias en nombre del estado?, ¿es dable una política de unidad de lengua, de historia y del derecho por encima de la interculturalidad y el pluralismo jurídico?.

3

La respuesta a estas preguntas, en sentido estricto, depende del horizonte que nos planteemos, siempre que dicho horizonte no salga de lo modelos políticos que han sido esquematizados. El juego de la política democrática diría que todas estas cuestiones son debatibles y que su viabilidad y el convencimiento público de su carácter benéfico o perjudicial debe someterse a prueba y demostrar, en las elecciones y en la legitimación pública su nivel de aceptación social.

Sin embargo, si el ejercicio de reducción al absurdo que he intentado tiene éxito, habrá caído por su propio peso el que todas estas preguntas y el modelaje extremo de tradiciones y actitudes políticas ensayados en el párrafo anterior, encierran un denominador común: todos los descritos, son proyectos políticos excluyentes. Todos, en la medida en la que se centran en la identificación de intereses comunes, producen “no representados”, todos, de un modo u otro, violentan derechos. Y es que el estado de derecho así planteado es un estado de injusticias que quedan cubiertas bajo el eufemismo de la igualdad ante la ley, la fuerza del contrato, la noción de bien común o la pretensión de racionalidad del estado, según se trate.

La primera lección importante de este breve análisis, según aprecio las cosas, es por tanto, que la desigualdad, el abuso y el autoritarismo existen, son hechos, y que, de no asumirlos como tales, todos pueden quedar –han quedado- justificados bajo la

156 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

esta concepción formal del “estado de derecho”. Más todavía, tal como ha sido descrito hasta ahora, el tema del “estado de derecho” implica una retórica que no sólo no inocula, sino que potencia la exclusión. Y es que, esta puede ser la segunda lección, la experiencia histórica demuestra que, no obstante su carácter moderno, el estado contemporáneo no escapa a dosis importantes de fundamentalismo, donde el Dios es la ley hipostasiada, los políticos y funcionarios públicos son como sacerdotes, y los dogmas son el contrato, el bien común, el mercado, la sociedad y el propio estado, y que son esos reductos de fundamentalismo los que hacen posible que pasen por democráticas ciertas prácticas que en su afán siempre formal de alcanzar o garantizar alguno de esos dogmas, se tornan altamente lesivas de derechos. La tercera lección conduce a aceptar que, precisamente por todo lo anterior, al final del camino, lo que se plantea es un problema moral, que tiene que ser resuelto a través de una actitud valorativa moralmente orientada.

Si se acepta entonces que a) vivimos en un contexto de elevada desigualdad y de prevalencia global de intereses orientados al mercado, b) que dicho contexto produce necesariamente víctimas, c) que esas víctimas lo son entre otras razones porque carecen de representación en la discusión pública y porque en todo caso, son sólo vistas como objeto y no como sujetos de la política, d) que este gran proceso de *victimización* demuestra inequidad y e) que la inequidad a su vez es demostración de la producción de sujetos débiles, los que se construyen a partir de la relación de poder con los sujetos fuertes, la cuestión moral radica en decidir si se está o no de acuerdo con que ello sea como hasta ahora ha sido.

Naturalmente, en la medida en la que la cuestión se aprecia desde el punto de vista del gobernante y del político, la actitud que se asuma matizará la decisión, que se moverá entonces en el *continuum* que se plantea entre las diversas actitudes reseñadas que teóricamente se define entre el libertarismoalismo a ultranza y el socialismo “real”, con la desventajas que implica cada una de sus posibilidades, que en términos llanos conduce decidir a quien se excluye: a los débiles o a los poderosos. Si se la aprecia en cambio desde el punto de vista de los representados –empresarios, clero, medios, partidos- la decisión adoptará una dimensión “técnica”, interesada por la posición de cada uno frente al problema.

Vuelvo ahora a mi punto de partida y planteo: ¿qué significado tendría el apreciar el problema desde la perspectiva de un gobernado? Tengo la impresión de que es esa la única posibilidad de construir el tema con una visión distinta: la del “no representado”. La decisión quedaría marcada entonces en función del interés del gobernado, no sólo como miembro de la sociedad civil, lo que no haría ninguna diferencia respecto de los liberalismos tradicionales, sino a partir de las condiciones de *sujetación* que en relaciones concretas de poder lo convierten en un sujeto vulnerable: en tanto que víctima del propio estado –de la policía, de las instituciones, de la ley incluso- pero también en tanto que víctima del abuso de los particulares –de los contratos, de la violencia intrafamiliar, de los intereses del mercado-, e incluso en tanto que víctima de ciertas corrientes culturales –patriarcalismo, consumismo, sexismo, homofobia. Desde esta visión, paradójicamente, se abre un interesante abanico de posibilidades inclusivas, precisamente al reconocer que la igualdad no existe, que somos en efecto diferentes y que lo somos por razones de género, de propiedad, de ingreso, de posibilidades de acceso a la discusión pública y a la justicia, entre muchas otras diferencias, y que por tanto, el mejor camino para plantearse el tema del reconocimiento de estas diferencias,

es el de la equidad, que en términos llanos implica reconocer que la necesidad común de todos quienes por alguna razón son víctimas, es la de ser tratados *como si fuésemos* iguales.

En función de esta posibilidad es que se plantea un modelo de “estado de derecho” que no es excluyente. De vuelta al cuadro de las combinaciones, este espacio está definido, no por casualidad, en la parte izquierda del mismo, hasta ahora ignorada - y no sólo en mi propio texto. Se trata de un “estado de derecho” de izquierdas que matiza sensiblemente y equilibra las dos tradiciones de estado sobre las que he trazado mi argumento. Es un estado de derecho porque se basa en los mismos criterios formales de legalidad que los modelos anteriores y porque se distancia de cualquier forma de sustancialismo metajurídico; es de izquierdas porque toma partido, sin reificarlo, por el sujeto de la dominación en la era posindustrial: el “vulnerable”, el “no representado”, el “débil” (Ferrajoli, 1999), quien no es por cierto un sujeto abstracto, sino una persona concreta en situación de desventaja que puede ser hombre o mujer, propietario o no propietario, indígena, mestizo o criollo, liberal o republicano, dependiendo de su posición de desventaja en la relación de fuerza de la que participa. La apuesta política de esta actitud tendría que ser, parafraseando a Tamar Pitch la siguiente: “si el sujeto de la desventaja está bien, el resto está bien”. Se trata, en fin, de una apuesta por los derechos, pues en la medida en la que se afianzan los derechos de las personas más vulnerables, se afianzan también los derechos de todos.

4

Cómo formalizar un estado de derecho sostenido en la equidad es un problema que, si en términos doctrinales está bastante desarrollado, en términos práctico-jurídicos se está apenas construyendo. Se ha dicho antes que en fondo lo que está a discusión es un problema moral que implica, en términos llanos, decidir de parte de quien se está y con base en qué fundamentos se justifica esta decisión. Y me parece también que es esa la razón por la que el camino señalado por quienes se han planteado esta cuestión es uno que conduce de algún modo también a la moral, o a las relaciones internas entre el derecho y la moral; me refiero, por una parte, a Habermas y Apel respecto de la racionalidad procedimental de tipo ético, a Kohlberg y el *ideal role taking*, al propio Rawls y la “*public reason*”, o a Carlos Santiago Nino respecto de la concepción de democracia procedimental; por la otra parte a Ferrajoli, en términos de lo que él llama un “derecho del derecho”, o un deber ser del derecho, que con base en los derechos fundamentales, se anida en el principio de estricta legalidad.

No puedo agotar ahora la discusión que articula los distintos puntos de vista de estos autores, algunos inclusive no necesariamente concordantes, aunque en mi perspectiva, convergentes; tratare sin embargo, a manera de conclusión, de plantear las cuestiones más relevantes que, en los términos del modelo de lo que podría denominarse “estado de derechos” y que esas aproximaciones han contribuido a problematizar.

- a) la primera y más relevante me parece tiene que ver con la necesidad de generar un horizonte de legitimidad para el derecho mismo que trascienda la lógica intrasistémica de la pirámide Kelseniana y se plantee seriamente los vínculos entre el derecho y la moral, en términos meta e intrajurídicos (Habermas, 1991; 1998).

158 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

- b) en torno a la legitimidad de la ley, la necesidad de discutir una dimensión sustancial que de cabida al planteamiento fundante respecto de, como afirma Ferrajoli (1999), lo que “no puede decidirse” y lo que “no puede dejar de decidirse” en un estado de derecho, sobre la base de un referente para la equidad que, me parece, no puede ser otro que el de los derechos. Ello es convergente con una noción meta-convencional de constitucionalismo que admita al menos una revisión de los conceptos de soberanía y de ciudadanía, en tanto que obstáculos para la equidad, no solo a nivel del derecho de los estados, sino incluso en escala global (Ibid, 1998). Una vez definido este nivel sustancial, la propia ley debe establecer las condiciones procedimentales que definen qué autoridades pueden crear nuevos ordenamientos, quienes los ponen en ejercicio y quienes tienen el poder de la decisión última en los casos en los que se actualiza una controversia -por ejemplo en el sentido elaborado, entre otros, por Wróblewski. Estas condiciones actúan como garantías orgánicas que proveen de legitimidad de origen a las instituciones.
- c) en torno a la legitimidad de la autoridad y sobre la base de los principios *auctoritas et non veritas facit legem* y su limitante *veritas et non auctoritas facit legem*, plantear la necesidad de construir en el nivel constitucional un esquema de diferenciación funcional y de interpenetración orgánica que garantice poderes públicos democráticos teniendo en cuenta la racionalidad que le es propia a cada uno de ellos en razón de sus potestades (el poder de crear leyes, el poder de administrarlas y el poder de decidir en última instancia sobre las controversias que el proceso genera) y de la necesidad de *accountability* que su ejercicio comporta (O'Donnell). Democratizar a los poderes no significa sin duda basar su legitimidad en la aceptación mayoritaria por la vía electoral o por la vía de la legitimación. La elección debe concebirse como una condición para el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo de forma tal que se inocule la perpetuidad de un grupo en el poder, y en todo caso, como uno de los componentes de la legitimidad de origen de quienes los ejercen, garantizada también en la constitución. La legitimación, por su parte, no puede descansar en la aceptación pública de imágenes de eficiencia deliberadamente difundidas por los propios poderes, desconectada de la cuestión relativa a la legitimidad.
- d) Así, la separación funcional de poderes implica el reconocimiento de límites externos a sus potestades y en ese sentido es garantía de seguridad jurídica para el conjunto de los gobernados, en términos de una legalidad de tipo formal. De este modo... *dl*) el poder legislativo, que no puede naturalmente quedar sometido a una concepción tal que cancele la posibilidad de la deliberación política de los representados en las cámaras, en tanto que dichos representados constituyen la base electoral que permite a quienes ejercen este poder, tener presencia parlamentaria, *debe* sin embargo constreñir el propio proceso deliberativo, como ha sugerido Habermas (1991), a una racionalidad procedimental moralmente finalizada hacia una ética de las responsabilidades. Esa racionalidad procedimental somete al proceso deliberativo a requerimientos de argumentación que

están destinados a justificar la decisión política y en ese sentido a legitimarla por la vía de la legalidad; d2) el poder ejecutivo, por su parte, obedece a una racionalidad de tipo instrumental destinada a maximizar el beneficio público y a minimizar las molestias al gobernado. En ese sentido, queda sometido a una lógica utilitaria que no obstante encuentra límites ético-jurídicos en la ley, en la constitución y en los derechos; d3) el poder judicial, por su parte, queda vinculado a una racionalidad de tipo jurídico que encuentra respaldo directo en la sistemática de la ley y en la constitución. Justo al contrario de lo que ocurre en el parlamento, y para garantizar la autonomía, la independencia, la naturalidad y la responsabilidad de los jueces, el poder de decisión no puede quedar sujeto a la elección popular, pero sí *debe* atenerse a un criterio sustancial que dé legitimidad al discurso jurídico. En este sentido, el juez no le responde al pueblo, sino al sistema de derechos que sostiene el edificio legal, a la legalidad estricta, es decir (Ferrajoli, 1995).

- e) Si la separación funcional de poderes es relevante, la interpenetración orgánica entre ellos, por su parte, es fundamental como garantía orgánica de responsabilidad (*accountability*) intraestatal. Esta interpenetración requiere del diseño de un delicado mecanismo de pesos y contrapesos que a su vez necesita un referente específico que garantice la sujeción del estado a criterios de racionalidad, sobre la base de que el funcionamiento estrictamente formal del estado de derecho implica efectos contraproducentes, entre los que pueden señalarse los siguientes: e1) en tanto que sometido al condicionamiento electoral, el legislador opera, se ha dicho, con base en una racionalidad de tipo político orientada naturalmente a la satisfacción de intereses que, aun cuando puedan sintetizarse en un beneficio común, producirán, por *mor* de la dialéctica misma del proceso, sujetos “no representados”. Los efectos de esta cuestión se justifican, pero no se resuelven por la vía de la racionalidad procedimental. Ejemplo de este problema lo constituye la prohibición del aborto, que aunque puede satisfacer los intereses de la iglesia y de ciertos grupos de la sociedad con peso específico como electores, deja del lado a mujeres y hombres que promueven su despenalización y que constituyen una minoría; e2) en tanto que sometido a una racionalidad orientada a fines, sujeta también al escrutinio electoral, el ejecutivo administrará en términos de utilidades bajo una lógica de gestión vinculada a la ley; pero igualmente, la dialéctica del proceso producirá excluidos. En aras, por ejemplo, de satisfacer un déficit de ingresos en las arcas públicas, se elimina el subsidio a un servicio que representa un derecho; o bien, se presupuesta poco para áreas tales como educación, salud, vivienda o justicia, en relación con lo que se invierte en seguridad, en mantenimiento del aparato gubernamental, etc.

Dados tales problemas, que implican en términos genéricos controversias entre el gobernado y el propio estado, se requiere una decisión última que la resuelva; en tanto que orientado por una racionalidad jurídica atendida a la dimensión sustancial de la constitución, esa decisión compete sin duda al poder judicial, quien debe revisar la constitucionalidad de leyes y procedimientos que, en la visión de los afectados,

160 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

conculquen sus derechos. Naturalmente, en la medida en la que la inconstitucionalidad se verifica, la decisión tiene que tener efectos *erga omnes*, como una condición que garantiza que la función del estado está sometida a la propia constitución. Si esto ha sido visto –sigue siéndolo– como una violación de la soberanía de los poderes legislativo y ejecutivo, en la visión de un estado constitucional de derecho el acto constituye más bien una afirmación de ese carácter constitucional y un procedimiento que garantiza la legitimidad de ejercicio del poder público en beneficio del gobernado. Naturalmente, ello implica también la rendición de cuentas, en términos de la dicha ética de las responsabilidades, del ejecutivo y el judicial al legislativo; así como la vigilancia de agencias del ejecutivo en torno a transgresiones –específicamente penales– de los poderes legislativo y judicial (O’Donell). El equilibrio, como se ha dicho, es sumamente delicado y supone normas claras de funcionamiento sujetas a su vez a la condición de racionalidad procedimental y a la estricta legalidad.

Si lo anterior vale para el derecho público, no hay razón para que no valga también en el ámbito del derecho privado. Si como se ha sugerido, el estado de derechos equilibra las tradiciones liberal y republicana, su componente liberal implica un estado retraído para garantizar el ámbito de libertades del gobernado, pero su componente republicano implica límites serios en función de la equidad. La capacidad para contratar, las relaciones interpersonales, el acceso a empresas que ofrecen servicios públicos que involucran derechos, por ejemplo, regulado en principio por la libre voluntad de “los particulares” no puede quedar exenta, sin embargo, del ámbito vinculatorio de los derechos garantizados en la constitución, de modo tal que las relaciones entre trabajadores y empleadores, entre maridos y esposas, entre prestadores de servicios –por ejemplo, escuelas y clubes privados– y usuarios, no constituyan, como afirma Ferrajoli (1996), poderes salvajesilimitados.

En un carril paralelo a la democratización del espacio público, la democratización de la vida privada tiene que ser también objetivo fundamental de un estado de derechos (Giddens, 2002) con la mirada puesta, naturalmente, en la equidad y con la ayuda de dispositivos que faciliten el acceso a la justicia.

5

Queda aún por discutir el papel de la sociedad en todo este proceso de construcción de un estado de derechos. Naturalmente, la participación del gobernado está sujeta a una gran cantidad de variables que involucran toda una pedagogía de los derechos que, dadas las actitudes políticas prevaletentes, se mira, como suele decirse “cuesta arriba”. De ello depende la discusión, a su vez, del escrutinio social del ejercicio del poder público, de la posibilidad de intermediación estado-sociedad civil a través del llamado tercer sector y de las agencias de segundo nivel (Chambres), entre muchos otros temas. La agenda está abierta, y en México especialmente, la oportunidad de promover un debate en torno a ellos, se hace exigible en la medida en la que vivimos en un país donde, como se ha dicho, la pobreza extrema, la crisis de representación y el nivel de autoritarismo hacen que asumir una posición de derechas sea, por lo menos, reprochable.

BibliografíaReferencias Bibliograficas

- Aparicio Pérez, Miguel Angel, 1996. Modelo Constitucional de Estado y Realidad Política, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 30-39
- Bobbio, Norberto. 1996. *El futuro de la democracia*. 2ª. ed., México: Fondo de Cultura Económica
- Chambres, Douglas, 2001. Vínculos de la sociedad civil con la política. Las instituciones de segundo nivel. *Nueva Sociedad*, 171, pp. 60 a 100.
- Fioravanti, Maurizio. 2001. *Constitución*. Madrid: Trotta
- García Herrera, Miguel Ángel, 1996. Poder judicial y estado social: legalidad y resistencia constitucional, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 59-84
- Garzón Valdés, Ernesto, 2001. Derecho y Democracia en América Latina. *Isonomía*, 14: 33-63
- Habermas, Jürgen. 1991. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1996. *La inclusión del otro*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi, 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 1998. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu
- Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: Universidad Autónoma de México.
- Luigi Ferrajoli, Luigi, 1996. El Estado Constitucional de Derecho Hoy; El modelo y su divergencia de la realidad, en Perfecto Andrés Ibáñez, Perfecto., *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta:15-29
- Ferrajoli, Luigi, 1998. Más allá de la ciudadanía y de la soberanía. Un constitucionalismo global. *Isonomía*, 9, octubre, pp. 173-184.
- Ferrajoli, Luigi, 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi, 2000. *Derechos fundamentales*. Madrid: Trotta
- González Placencia, Luis (1997) El desafío ético de la política, *Nexos*, julio, pp. 5-7.
- Habermas, Jürgen. 1991. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1996. *La inclusión del otro*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Latorre, Máximo, 1999. Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il rechtsstaat tedesco. *Sociología del diritto*, XXVI, 2, pp. 37-80.
- Lukes, Stephen, 1998. Cinco fábulas en torno a los derechos humanos, en Stephen Shute y Susan Hurley. *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- SCJN (2000) *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.
- Mascott, Ma. Angeles, 1997. Cultura política y nuevos movimientos sociales en América Latina. *Metapolítica*, Vol. 1, N° 2: 227-239
- O'Donnell, Guillermo, 2001. Accountability Horizontal. La Institucionalización legal de la desconfianza política, *Isonomía*, 14:7-31
- O'Donnell, Guillermo. 1998. Accountability horizontal. *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. No. 4:161-188
- Pardo, María Laura y Rojo, Luisa Martín. 2001. Revista Iberoamericana de Discurso y Sociedad. Lenguaje en contexto desde una perspectiva crítica y multidisciplinaria, Vol. 3, N° 3: 151
- Rentería, Adrián. 2001. *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. México: Fontamara
- Senese, Salvatore, 1996. Democrática pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 40-58
- Serrano Gómez, Enrique. 1994. *Legitimación y racionalización*. España: Anthropos en coedición con la Universidad Autónoma Metropolitana
- Silveira Gorski, Héctor Claudio. 1998. *El modelo político italiano*. Barcelona: Universidad de Barcelona
- Wróblewski, Jerzy. 2001. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara

O ESTADO, A LIBERDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Eros Roberto Grau*

*“Cum ignem accenderet, domum suam
fumo implebat, non luce illustrabat”*

Abelardo¹

1

A análise do tema enunciado – *o Estado, a liberdade e o direito administrativo* – exige a introdução de duas premissas, a primeira das quais repousa na impossibilidade de pensarmos o direito “fechado” às demais ciências humanas ou culturais.

Lembrando a frase de Terêncio, recuperada pelo jovem Marx – “*Sou homem: nada do que é humano me é estranho*” – nada do que é humano é estranho a quem se embrenhe no pensamento sobre o direito, esse plano, essa instância, essa linguagem do social.²

A visão do direito como ciência “fechada” transforma o dogmático em um pobre tecnólogo ou tecnocrata, nada mais do que um mero leguleio.³

Torna-se vítima de uma doença incurável quem não se dá conta de que – como ensina Enrique Mari⁴ – o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade [a lei] e o lugar do imaginário social como controle da disciplina das condutas humanas e da sua sujeição ao poder. Essa doença crônica que envelhece o jurista que pretende fazer ciência à custa do isolamento do direito, perdido em análises de conceitos, critérios descritivos e classificatórios das condutas que as normas proíbem ou autorizam, sacerdote de uma religião tão absurda como o mundo de Franz Kafka,⁵ isolado, ele próprio, da realidade, para, ingenuamente, “fazer o jogo” do poder.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

¹ Apud Pe. Orlando Vilela, *O drama Heloísa-Abelardo*, segunda edição, Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1.986, p. 27. Para os que não sabem latim ou o esqueceram: “Se acendia o fogo, enchia a casa de fumaça, mas não a iluminava”.

² Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 56.

³ Os rábulas eram [ou são] mais humanos...

⁴ *Papeles de filosofia*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1.993, pp. 219 e ss.

⁵ A expressão é de Fábio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio, 1.978, p. 472.

2

Em segundo lugar, é necessário tomarmos consciência de que o individual sempre esteve, entre nós, inserido no Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público, mesmo e especialmente o chamado *interesse público primário*.

E assim é porque as *virtudes republicanas* são imanentes à ordem *social*, mas não podem realizar-se entre nós, porque essa ordem, aqui, é *privatista*.⁶

A noção que temos da *coisa pública* relaciona-a não ao povo, porém ao Estado. O *público* é o *estatal*, não o *comum a todos*. Desconhecemos a sentença de Ulpiano,⁷ demarcando a distinção entre ambos: os bens pertencentes ao Estado são abusivamente chamados de “públicos”, pois assim devem ser considerados unicamente os bens que pertencem ao povo romano. E desconhecemos também, inteiramente, a síntese de Cícero:⁸ *res publica, res populi*.

O *individualismo possessivo* que toma conta de nós permite visualizarmos exclusivamente o que pertence a cada um e os bens que são ditos *públicos* assim são chamados porque *arreatados pelo Estado, este inimigo de cada um*, concebido como instituição rigorosamente separada da sociedade.

Esse, o defeito essencial que vicia o pensamento de nossos juristas, carentes de vocação para a crítica da realidade social, dedicados exclusivamente à oposição ou ao apoio sem limites aos governantes, desde a perspectiva estreita do individual.

3

Parecem ou são efetivamente incapazes de compreender que Estado e Governo não se confundem.

O Estado é uma instituição, abstrata. Embora atue como um ator no embate das forças políticas, no exercício do *poder estatal*, o Estado é, concomitantemente, o troféu da política,⁹ disputado por essas forças, interessadas na conquista desse mesmo poder, o *poder estatal*.

Mas isso não são capazes de perceber. Ou, antes, sabem disso mas raciocinam, porque vítimas da doença crônica que os envelhece, como se não o soubessem. Uns combatem o “estatismo” porque estão a serviço, mesmo sem o saber, do *poder empresarial*; outros, simplesmente porque dirigem seus petardos contra o inimigo errado, não contra a *tyrannia absque titulo* ou a *tyrannia quoad exercitium*; não contra quem detém ou exerce o poder estatal de modo ilegítimo, mas contra a própria instituição estatal.

⁶ Vide Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, “A corrupção no Brasil”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 80, 1.995, p. 20 e meu *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 157.

⁷ Digesto, 50,16,15.

⁸ *De Re Publica*, I - 25, 39.

⁹ Vide Georges Burdeau, *O Estado*, trad. de Cascais Franco, Publicações Europa-América, Póvoa do Varzim, s/data, pp. 90 e ss.

4

Falta aos nossos juristas o discernimento de que Estado e sociedade constituem dois momentos de uma só unidade e de que, como ensina Hegel,¹⁰ o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade.

Por isso – e a este ponto adiante retornarei – não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual.

5

Essa incompreensão ou ignorância deixa marcas profundas na doutrina, e de modo tal que, ainda que aqui se afirme a distinção entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*, a *coisa pública*, aqui, é a *coisa do Estado*, não a *coisa do povo*.

Assim, porque ingênua¹¹ ou maliciosamente atuam como autêntica “linha auxiliar” dos que detém os poderes de fato hegemônicos, juristas que se recusam a praticar o pensamento crítico nutrem uma concepção do princípio da *supremacia do interesse público* que resulta por privilegiar não o que se poderia supor ser o *interesse do Estado* [= da sociedade], mas os *interesses, privados, daqueles que detém o controle do Estado*, usado o vocábulo “controle”, aqui, sob o sentido de *dominação*.

Em seus tratados e cursos, bem assim em ensaios sibilinos, o Estado é descrito como *deve ser*, jamais como *é*.

6

A culpa porém não é exatamente deles, “sino de otros más duros y siniestros”¹² que desde a Colônia inseriram o individual em nosso Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público, permitindo que relações promíscuas entre o público e o privado caracterizem os comportamentos de nossas elites¹³, de onde um modo de ser marcadamente cultural, enrustido tanto na classe média como nas de renda mais elevada.

Final de contas, é explicável que, por sermos assim, viceje, entre nós, e mesmo na doutrina produzida pelos juristas – porque o direito, repita-se, é uma linguagem do social – confusão entre Estado e Governo e a equivocada concepção de que seria ele, o Estado, o grande vilão, o inimigo mais temível da sociedade.

¹⁰ *Principes de la philosophie du droit*, trad. par Robert Derathé, J. Vrin, Paris, 1.993.

¹¹ Vide Luciano de Oliveira e Alfonso Cezar Pereira, *Conflitos coletivos e acesso à Justiça*, Fundação Joaquim Nabuco - Editora Massangana, Recife, 1.988, pp. 143 e 146-7.

¹² Cf. o poema de Mario Benedetti, *Hombre preso que mira su hijo*, in *Poemas de otros*, cuarta edición, Editorial Nueva Imagen, Buenos Aires, 1.989, p. 34.

¹³ Para uma visão de como, durante a Monarquia, a máquina pública era manipulada pelos donos do poder como se fossem instalações do seu quintal privado, vide Antonio Cândido, *Um funcionário da Monarquia*, Editora Ouro Sobre Azul, Rio de Janeiro, 2.002.

E isso de tal sorte se passa que chega mesmo a lembrar o *Arrêt burlesque*, composto por Boileau,¹⁴ que decreta o banimento da Razão da Universidade de Estagiritá, além de proibir a um tal de Aristóteles de, na posse e no gozo da Razão, nela entrar, incomodá-la ou inquietá-la, sob pena de ser declarado jansenista e amigo de novidades...

7

Mas, além disso, especialmente no que tange ao Direito Administrativo, seus fundamentos estão ancorados, ainda, no pensamento liberal.

É bastante expressiva a transcrição de um trecho da exposição de John Gilissen:¹⁵ “Estas idéias tornar-se-ão, no século XVIII, num sistema geral de filosofia política e social, sobretudo nos fisiocratas. A sociedade é considerada como um conjunto de homens livres e autônomos, não se ligam entre eles senão pela vontade. O ‘contrato social’ de J. J. Rousseau repousa sobre autonomia absoluta da vontade dos indivíduos: ‘Cada indivíduo obriga-se como quer, quando quer, mas apenas enquanto quer’. Está aqui toda autonomia individual originária que a Revolução Francesa retomará e consagrará nas leis do seu período intermédio. Os juristas franceses do séc. XVIII, pela sua parte, estão atrasados em relação aos filósofos. Muitos práticos e comentadores, sobretudo do sul da França, continuam desesperadamente agarrados ao direito romano. No entanto, constata-se que são feitas tentativas que visam conciliar o formalismo romano da *stipulatio* e a autonomia da vontade. Domat escreve nas suas *loix civiles dans leur ordre naturelle* (1689); ‘qualquer convenção, tendo ou não nome, tem sempre seus efeitos e obriga ao que foi estipulado’. O *code civil* de 1804 consagrará a autonomia da vontade sem desenvolver a sua teoria, e isto, nomeadamente, no art. 1134.º: ‘As convenções legalmente formadas impõe-se como lei àqueles que as celebraram’. Esta frase, mal redigida, pois nunca uma convenção pode ser assimilada a uma lei, vem do segundo projecto de Cambacères (dito o ‘pequeno projecto’). No tribunalado, Favard dirá: ‘O contrato legalmente formado é uma emanção da lei e não menos sagrada do que ela’. Esta teoria será plenamente desenvolvida no sec. XIX pelos grandes juristas da Escola exegética, respondendo, de resto, perfeitamente às concepções políticas e económicas de então: o individualismo e o liberalismo. As fórmulas ‘laissez faire, laissez passer’ e a lei da oferta e da procura repousam essencialmente sobre a liberdade contratual. É a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhores e inquilinos, etc., com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois, então, estava-se convencido de que todo o compromisso livremente querido era justo”.

Isso pode ser bem visualizado a partir da definição do objeto do Direito Administrativo, segundo um autor do Século XIX, Cabantous:¹⁶ “Le droit administrative est l’ensemble de règles qui fixent les rapports des particuliers avec l’autorité administrative”.

¹⁴ *Oeuvres complètes de Boileau-Despréaux*, nouvelle édition, Garnier Frères, Paris, 1.861, pp. 191-193.

¹⁵ *Introdução histórica ao direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1.979, pp. 738-739.

¹⁶ *Répétitions écrites sur le Droit administratif*, cinquième édition, Marescq Ainé, Paris, 1.873, p. 2.

Essa visão do Direito Administrativo o concebe como um conjunto de disposições que tratam da ação da autoridade administrativa em relação aos particulares e “ne se propose que d’éclairer les particuliers sur leurs droits et leurs obligations envers l’autorité”.¹⁷

A razão de ser do Direito Administrativo encontra-se, nessa sua primeira versão, que inspira nossa doutrina até os dias que correm, unicamente na defesa do indivíduo em face do Estado. Em sua raiz, a fundamentar essa versão que é sem qualquer discussão assumida pela nossa doutrina, instala-se, como pressuposto dela, a crença em uma cisão entre Estado e sociedade.

8

Eis aí uma “verdade” dogmaticamente divulgada: Estado e sociedade estão situados em pólos opostos. E aqueles que essa “verdade” assumem nem ao menos se dão conta de que estão a conferir substância à receita segundo a qual o Estado deve manter-se *a latere* do mercado.¹⁸ De um lado o Estado; d’outro, o mercado, isto é, a sociedade. Tudo para deixar bem livre o poder empresarial, nadando de braçadas nos mercados.

Mal sabem, os que nisso acreditam, que o mercado é, no modo de produção capitalista, uma instituição jurídica, isto é, posta pelo Estado. E todos, todos eles, se encantam com a constituição de novos direitos – como, por exemplo, os atribuídos aos consumidores e os relativos à proteção do meio-ambiente – sem se darem conta de que, embora isso efetivamente importe uma ampliação da esfera de direitos do homem, a sua conquista é admitida apenas na medida em que eles instrumentam a modernização e a legitimação capitalista.

9

Não é isto, contudo, o que ora desejo assinalar, senão que o Direito Administrativo constituído pela nossa doutrina, embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é produto do liberalismo econômico gestado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político.

Por isso mesmo essa doutrina, incapaz de compreender que a realidade não para quieta, planta suas bases sobre uma noção de legalidade¹⁹ estruturada sobre o dogma de uma “separação” dos poderes incompatível com a realidade, que execra a experiência de harmonia entre eles e a distribuição racional das funções normativa, administrativa e jurisdicional entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.²⁰ Nada mais conveniente, para que a função normativa regulamentar possa ser manipulada a serviço de determinados interesses – e bem sabemos quais – do que ignorar os regulamentos erroneamente chamados de “delegados”, sob o pretexto de que seriam, todos eles, inconstitucionais. O que se ignora não pode ser objeto de controle...

¹⁷ Cf. Cabantous, *op. cit.*, p.3.

¹⁸ Note-se que, em última instância, mercado e sociedade se confundem.

¹⁹ Sobre a legalidade, vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, pp. 168-190.

²⁰ Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, pp. 225 e ss.

O serviço público é por ela concebido não como uma instituição cuja manutenção, pelo Estado, é indispensável à permanência da coesão social,²¹ mas como um “regime jurídico” em estado puro, simetricamente bem proporcionado, fascinante assim como os jogos de vidrilhos que se olha contra o sol. Tudo pelas formas e em função das formas, sem que a essência do jurídico como elemento fundamental desse processo de adaptação social que o direito é seja adequadamente considerado e ponderado.

Caminha devagar a nossa doutrina. Tome-se como exemplo a óbvia distinção entre os dois tipos ideais de empresas estatais, as prestadoras de serviço público, de uma banda; as que exploram atividade econômica, de outra. Apenas em 1.973 alguém cogitou da distinção entre ambas, já na vigência do § 2º do artigo 170 da EC 1/69, quando Celso Antônio Bandeira de Mello²² observou que as segundas “configuram intervenções do Estado no domínio econômico”, do que se extraiu a conclusão de que – como equivocadamente se admitiu que somente a União poderia intervir no domínio econômico – empresas estatais exploradoras de atividade econômica apenas poderiam existir no plano federal.²³ A distinção foi logo acompanhada por Hely Lopes Meirelles, em 1.977, como anota Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁴ Cabe a Hely,²⁵ contudo, a virtude de ter, então, pela primeira vez mencionado que o § 2º do artigo 170 da EC 1/69 diria respeito apenas às empresas estatais que explorassem atividade econômica; vale dizer, unicamente elas, não as prestadoras de serviços públicos, seriam regidas “pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”. Posteriormente, em 1.981, em meu *Elementos de direito econômico*²⁶ detive-me sobre a questão, tormentosa porque mencionamos *empresas estatais que exploram atividade econômica e empresas estatais que prestam serviço público e*, não obstante, *serviço público é atividade econômica!*²⁷ Pois bem: embora tenha sido disseminado o entendimento de que o preceito veiculado pelo § 2º do artigo 170 da EC 1/69 – ao qual corresponde o § 1º do artigo 173 da Constituição de 1.988 – aplica-se exclusivamente às empresas estatais que exploram *atividade econômica em sentido estrito*, ainda há quem hoje não o compreenda e, mais grave, sustente que a norma involucrada no artigo 170, *caput* da Constituição vigente limita o exercício, pelo Estado, da função de prestar serviços públicos...

A distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, ainda que por ela reconhecida, enreda-a em descaminhos turbulentos, sempre por conta dos chamados “conceitos indeterminados”,²⁸ cuja determinação envolveria um juízo de oportunidade,

²¹ Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, pp. 158 e ss.

²² *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.973, p. 101.

²³ Conclusão da qual decorreria, v.g., no Estado de São Paulo, a inconstitucionalidade institucional do Banespa, da Vasp Aerofogrametria, da Cosp, da Frutesp, etc.

²⁴ in RTDP 31/19.

²⁵ *Estudos e pareceres de Direito Público*, vol. II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.977, p. 152.

²⁶ Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.981, pp. 101 e ss., especialmente 105-6.

²⁷ Vide, a esse respeito, meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, pp. 138 e ss.

²⁸ Sobre os conceitos jurídicos e o conceito de noção, vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2.002, pp. 206 e ss., especialmente 211-215.

não um juízo de legalidade. Daí a injustificável superposição entre discricionariedade e interpretação/aplicação do direito.²⁹

10

Assim se perde, essa doutrina, em um paradoxo insuperável, sem se dar conta de que, quando o Terceiro Estado percebeu que a legalidade dificultava a colocação da Administração a seu serviço, insitucionalizou duas válvulas de escape visando a superar essa dificuldade, os regulamentos e discricionariedade.³⁰

Combate os regulamentos,³¹ é verdade, mas ignorando-os e assim negando a necessidade, agora outra, de serem eles produzidos na esfera da capacidade normativa de conjuntura,³² âmbito da função normativa própria do Executivo.³³ Contraditoriamente, contudo, acoca a teoria dos “conceitos indeterminados”, dando franca liberdade ao exercício, pelo Executivo, da discricionariedade, que concebe como um poder da Administração, não como faculdade de formular juízos de oportunidade, exercitável exclusivamente nos estritos termos de lei, tal como por ela, lei, atribuída à autoridade administrativa.³⁴

Daí porque se impõe a crítica e a defesa da legalidade, o que supõe, como premissa, o conhecimento da realidade, tal como ela é – e não tal como seria bom que ela fosse, segundo as crenças ideológicas de cada um – e, nela, da necessária existência de regulamentos autorizados, que essa mesma doutrina chama de regulamentos “delegados”; regulamentos que são editados pelo Executivo em decorrência de atribuição explícita a ele, definida em lei, do exercício da sua função normativa regulamentar,³⁵ o que permite o controle da legalidade de todos eles.

Diante de argumentos irrefutáveis, os arautos da doutrina a eles escapam fazendo uso do velho método descrito por Galbraith:³⁶ “É muitas vezes mais eficiente e invariavelmente poupa mais tempo e energia o ataque a uma posição como antiamericana, alienígena, extravagante, cheia de subterfúgios, inexequível ou pró-comunista do que se se adotasse a técnica algo antiquada de examinar a questão em seus méritos”. Limitam-se a afirmar que “todo Marxista é autoritário e defende o Executivo forte”, sem se dar conta que é exatamente a tese dos “regulamentos delegados” que conduz ao descontrole da ação do Poder Executivo.

²⁹ Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., pp. 210-214.

³⁰ Idem, p. 181.

³¹ O fundamento da produção de regulamentos de execução encontrar-se-ia na teoria dos “conceitos indeterminados”, visto que prestar-se-iam eles a regular situações em que cabe *discricionariedade administrativa* no cumprimento da lei; vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., pp. 245-246.

³² Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., pp. 242.

³³ O script é, porém, seguido à risca: como esses regulamentos são tidos como inconstitucionais, não se os discute, ficando elas por elas...

³⁴ Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., pp. 222-223.

³⁵ Idem, pp. 249-254.

³⁶ *A economia e a arte da controvérsia*, trad. de Gilberto Paim, Eidtora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1.959, pp. 70-71.

O fato é que essa doutrina se perde dentro de si própria porque construída desde a visão do individual, incapaz de perceber que urge reconstruirmos o Direito Administrativo como regulação da ação do Estado voltada à satisfação do social e não apenas como conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa.

Impõe-se substituírmos o *Direito Administrativo/defesa do indivíduo* por um outro, um *Direito Administrativo/organização do Estado*, que não apenas proteja o indivíduo, mas, ademais, esteja a serviço da satisfação do social. Um Direito Administrativo erguido sobre uma distinta noção de legalidade, que respeite aos procedimentos administrativos *em si*, e não atue exclusivamente na medida em que a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação. Uma legalidade que não se manifeste exclusivamente no quadro da dialética da autoridade e da liberdade – uma necessariamente adversa da outra – mas que se imponha como regra de conteúdo [não apenas de limite] da atividade administrativa; legalidade que consubstancie a garantia de fins públicos, na implementação de políticas públicas, e não somente, e de modo exclusivo, a proteção do interesse privado³⁷.

A contribuição da literatura jurídica para uma noção de *política pública* é bastante pequena. Um dos poucos juristas que escreveu sobre o tema, Fábio Comparato³⁸ salienta a novidade da política pública em relação às normas e aos atos, pois uma política pública não é uma coisa nem outra, ainda que as englobe como seus componentes. A política pública é uma *atividade*, vale dizer, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Esse conjunto – a política – é unificado pela sua finalidade.³⁹ A verdade é que inúmeras vezes mencionamos a circunstância de o direito deixar de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar também como instrumento de implementação de políticas públicas, sem prestar a devida atenção às conseqüências disso. Em monografia sobre o tema, Charles-Albert Morand⁴⁰ analisa a profunda influência das práticas das políticas públicas sobre as formas jurídicas, afirmando mesmo a existência de um *direito das políticas públicas*, cujas características são a flexibilidade, o “*flou*” e a complexidade; por fim o autor indaga, para negá-lo, se esse *direito das políticas públicas* não estaria a dar lugar ao advento de um “direito pós-moderno”.⁴¹ O fato é que as reestruturações da “ordem capitalista” que assistimos durante a última década do século que passou não se limitam a encaminhar transformações isoladas na ordem jurídica, identificadas na criação de um novo ramo ou mesmo de um novo instituto jurídico, mas apanham e afetam o direito no seu todo. Em breve síntese podemos dizer

³⁷ Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.* p. 174, e, mais amplamente, Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, volume primo, Giuffrè, Milano, 1.970, pp. 3-88.

³⁸ *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 - Direito Administrativo e Direito Constitucional”, Celso Antônio Bandeira de Mello (organizador), Malheiros Editores, São Paulo, 1.997, pp. 343-359.

³⁹ Veja-se, sobre elas, Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e políticas públicas*, tese, São Paulo, 2.001

⁴⁰ *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., Paris, 1.999.

⁴¹ Charles-Albert Morand, (*op. cit.*, pp. 194-211)

que desde a sua segunda metade alterou-se, e de modo extremamente sensível, o processo de juridificação do econômico e do social. E essa juridificação, que importou em uma cada vez mais apurada e refinada regulação de ambos, o econômico e o social – é verdade que negada nos últimos anos, os anos do neoliberalismo – essa juridificação, dizia, conduziu a enorme complexidade. Quem percorrer os índices das revistas jurídicas estrangeiras da década dos setenta, por exemplo, verificará que o fenômeno da “inflação normativa” desde então atormentava os estudiosos do direito. Em 1.970 André Hauriou mencionava o *direito administrativo do aleatório*, em 1.983 Carbonier explorava a idéia de *flexibilidade do direito*. A todas essas transformações permaneceu como que imunizada nossa doutrina.

Um Direito Administrativo voltado à análise da funcionalidade da Administração, capaz de discernir, na complexidade da organização estatal, os inúmeros pontos a harmonizar na atuação das suas entidades – não uma fotografia exatamente estática, mas o movimento de sua ação.

A múltipla e vária, quase verborrágica, produção de ensaios e teses sobre as “agências”⁴² é feita para e pelo lado de fora, sem que se detenham, os que escrevem sobre elas, no exame dos efeitos internos, no quadro da Administração ela própria, que decorrem da sua criação. Resultado é que mais não se faz, aqui, do que macaquear a doutrina norte-americana e da Comunidade Européia, sem nenhuma construção doutrinária atinente ao direito brasileiro.⁴³

12

A reconstrução do Direito Administrativo demanda muita leitura interdisciplinar e reflexão.⁴⁴

Seria conveniente, preliminarmente, tomassem conhecimento, os que aderirem a essa empreitada, de que o Estado é o espaço de socialização da liberdade.

Discorrendo sobre a relação entre Estado e sociedade, Hegel os toma como duas etapas de uma mesma ordem, a ordem política. A sociedade civil é um momento anterior ao Estado, uma etapa da ordem política; é um momento abstrato da pura e simples realidade da idéia moral objetiva; não é ainda a vontade substancial revelada “clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe”; ela apenas se realiza como totalidade concreta no plano do Estado.

Leia-se, do *Princípios da filosofia do direito*, os §§ 182 e 183.⁴⁵

Após, o § 157, b)⁴⁶, de onde se extrai: A sociedade civil é associação cujos membros são indivíduos independentes, reunidos em uma universalidade formal em

⁴² Vide meu “As agências, essas repartições públicas”, in *Regulação e Desenvolvimento*, Calixto Salomão Filho [organizador], Malheiros Editores, São Paulo, 2.002, pp. 25-28.

⁴³ Por exceção, entre uns poucos outros, Tércio Sampaio Ferraz Junior, “Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 35, pp.143 e ss., e Floriano Peixoto de Azevedo Marques, *Regulação estatal e interesses públicos*, Malheiros Editores, São Paulo, 2.002.

⁴⁴ Cabe como u’a luva, aqui, a observação de Luciano de Oliveira e Affonso Cezar Pereira (*op. cit.*, p. 148): “não é possível ao Direito Administrativo se pôr à margem de discussões que, na área das ciências sociais, enfocam a questão do Estado a partir dos dados da realidade atual e concreta”.

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 215-216.

⁴⁶ *Idem*, p. 198.

função das suas carências e pela constituição jurídica (*Rechtsverfassung*) como instrumento de segurança da pessoa e da propriedade dos bens e por meio de uma regulamentação exterior destinada a satisfazer os interesses particulares e coletivos.

Este Estado exterior⁴⁷ encontra sua unidade e sua coesão no fim e na realidade dessa universalidade substancial e da vida pública consagrada a essa universalidade, isto é, na constituição do Estado (*Staatverfassung*).

E do § 257:⁴⁸ O Estado é a realidade em ato da Idéia ética – o Espírito ético enquanto vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.

O Estado tem a sua existência imediata no costume e a sua existência mediata na consciência de si, no saber e na atividade do indivíduo, que obtém a sua liberdade substancial nele [o Estado], que é sua essência, o fim e o produto da sua atividade

Em seguida, do § 258⁴⁹ se extrai: O Estado, enquanto realidade em ato de vontade substancial, realidade que ele, o Estado, adquire na consciência particular de si universalizada, ele [o Estado] é o racional em si e para si. Essa unidade substancial é fim em si, absoluto e imóvel, no qual a liberdade obtém o seu valor supremo, da mesma forma que este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos cujo dever supremo está em serem membros do Estado.

(...)

Sendo, o Estado, Espírito objetivo, apenas como seu membro é que o indivíduo adquire verdade, uma existência objetiva e uma vida ética [= moralidade]. A associação como tal – associação dos indivíduos no Estado – é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim,⁵⁰ porque o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento encontram seu ponto de partida e seu resultado neste ato substancial e universal. Considerada abstratamente, a racionalidade consiste essencialmente na união íntima do universal e do particular. Considerada concretamente, como no caso se dá, ela consiste, quanto ao seu conteúdo, na unidade da liberdade objetiva [a vontade geral substancial] e da liberdade subjetiva como consciência individual e vontade que busca a realização de seus fins particulares.

Convém, por fim, a releitura de trecho do § 260:⁵¹ “Daí provem que o universal não tem valor e não pode ser realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares e que, paralelamente, os indivíduos não vivem unicamente orientados pelo seu interesse, como simples pessoas privadas, sem relação com o universal [= com a vontade universal], sem exercer uma atividade consciente deste fim. O princípio dos Estados modernos possui esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade alcance a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo em que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio”.

O Estado é a realidade em ato da liberdade concreta.

⁴⁷ = regulamentação exterior.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 258.

⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 258-9.

⁵⁰ Dos indivíduos.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 264.

Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus interesses particulares, possuir de tal modo o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento de seus direitos para sí (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, [i] em parte, eles se integram por sí mesmos no interesse universal e [ii] em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem⁵² como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim.

A leitura de Hegel mostra bem que não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual. Ao compreendê-lo, extraímos todas as conseqüências da afirmação aristotélica de que o homem é, essencialmente, um animal político.

Evidentemente não sou parvo. Conheço bem quem arrebatou esse troféu, o Estado, e sei que o sistema capitalista da produção elege como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro e, no delírio neo-liberal, substitui a *Happiness* fundada na ética pela *Happiness* entendida como valor hedonístico.⁵³

13

Carecem de muita leitura e reflexão interdisciplinares os nossos dogmáticos, até para que fiquem cientes de que há sempre um grego ou um romano que já disse antes o que pensam ser uma criação intelectual sua. Lembro que mesmo Hegel bebeu nas fontes de Platão e de Aristóteles ...

Isso, contudo, ainda é pouco, dado que, para que não lhes seja amoldável a última frase do antepenúltimo parágrafo do prefácio que von Ihering escreveu para a décima quarta edição do *Der Kampf um's Recht*⁵⁴ [“ – *wunderliche Scherze, an denen man jenseits des Oceans sein Vergnügen findet*”], é preciso também que se libertem da ilusão da certeza. O direito, seguramente, não é um jogo de vidrilhos que se olha contra o sol...

Desafia-los, isso me rejuvenesce, pois – repito o que disse há alguns anos – não merece o privilégio de viver o seu tempo quem não é capaz de ousar... Ousar pelo social, jamais pelo individual de e em si mesmo.

⁵² O interesse universal.

⁵³ cf. Alberto Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2.002, pp. 336 e 342.

⁵⁴ *Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags und Universitäts-Buchhandlung*, Wien, 1.900.

EL DERECHO MÁS ALLÁ DEL NEOLIBERALISMO: UN MODELO PARA ARMAR

Carlos Rivera Lugo¹

Un nuevo fantasma recorre el mundo, aunque en esta ocasión se nos presenta aún de forma un tanto enigmática. Los tiempos se manifiestan errantes y caóticos. Se me antoja pensar que están atravesando el umbral de una nueva era. Entretanto, nosotros, los otrora protagonistas de los tiempos andamos un tanto desesperados en busca de las claves para descifrar sus significados y direcciones. Tal parece que estamos ante una coyuntura pivotal o eje de la historia humana, una era de ruptura paradigmática, es decir, un cambio en la manera en que hasta hace poco veíamos el mundo y las formas con que pretendíamos transformarlo.

Para algunos, el fantasma que anda rondando es el neoliberalismo. Para mi estamos mas bien en la primera etapa de un revolución que nadie esperaba y que anuncia el surgimiento de un nuevo modo de producción y de relaciones sociales cuyos contornos y matices se hallan más allá de los espejismos de la inmediatez y los cantos de sirena del neoliberalismo.² Es la hora de los hornos y no se ha de ver más que la luz, nos decía José Martí. Es la hora de la fundición de nuevas ideas, valores e instituciones.

Lo que hasta ayer era real ha optado por desaparecer. Primero fue Dios, luego la Historia. Aún el sujeto protagonista de la Historia, el individuo, dicen que desapareció ante su incapacidad para domar unos determinismos que han resultado ser más caprichosos y desordenados de lo que originalmente pensó Plejanov. La Utopía, llena de cansancio, se esfumó de la noche a la mañana. Nadie conoce del paradero de la perestroika aunque, según fuentes fidedignas, se fue al clandestinaje ante el desmadre existente en la cuna de la revolución proletaria. Hasta hay quien asegura que el proletariado anda en vías de desaparecer ante el empuje de los cambios tecnológicos y los procesos de marginación que se viven en las sociedades industrializadas. Incluso, el nuevo orden internacional también parece haber desaparecido tras los campos de concentración y la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina. Sin embargo, la guerra fría, la que tantos habían creído desaparecida, la acaban de ver viva y coleando; lleva el nombre

¹ Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Es Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Puerto Rico. Posee, además, un Diploma de Postgrado en Filosofía y Teoría de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco y un postgrado de "Master of Laws" de la Universidad de Columbia, en Nueva York.

² Sobre el particular, véase a Fernando Mires, *La revolución que nadie soñó o la otra postmodernidad*. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1996.

de Helms-Burton y sigue firme en su empeño prepotente por desconocer la igualdad soberana de los pueblos y naciones.

Lo real es hoy un simulacro seductor que nos desaparece sus escandalosos contornos. Y es que, gracias a los medios de comunicación, la realidad ha sido sustituida por una constelación espectacular de imágenes huérfanas de sentido, significado y referente. La Ideología - ni qué decir de la Filosofía - ha sido sustituida por la Imagología, verdades simuladas en la forma de imágenes que se nos administran día a día para que no pensemos en el mañana que, por cierto, también se ha ocultado.³ El mundo está inmerso en una especie de borrachera colectiva. Ingenuamente aceptó que el nudo gordiano del progreso civilizado estaba en una muralla ubicada en la ciudad de Berlín. La realidad posterior se ha encargado, sin embargo, de desmentir dicho simplismo.

El inmediatezismo que cunde nos impide apreciar bien nada que esté más allá de nuestras propias narices. De ahí que a veces tenemos la impresión que ya ni horizonte nos queda. En fin, el fenómeno de la desaparición postmoderna constituye una especie de juego existencial. Todo aparenta llegar a su fin. Sin embargo, me atrevo a postular que lo que todo este cuadro tiende a reflejar es la pobreza actual del entendimiento que de la realidad tenemos a partir del discurso filosófico de la modernidad.

A fuerza del martilleo incesante de la imagología, es decir, del discurso ideológico hecho imagen y texto sublimado, se ha ido logrando que la sociedad actual vea tan sólo molinos donde realmente hay gigantes. Unos más liberales y otros más reaccionarios, no importa, juntos se empeñan en convencernos de que cualquier empresa revolucionaria o sueño utópico en esta era del llamado fin de la Historia y de las revoluciones son locuras que no van a ninguna parte. No obstante, se asoma crecientemente en nuestros días una tímida sospecha de que posiblemente se nos esté haciendo víctimas de un gran engaño. Alma adentro ansiamos desesperadamente que algún nuevo profeta nos demuestre nuevamente la perdurable rentabilidad de las hazañas rebeldes.

Necesitamos urgentemente darle una nueva lectura a los acontecimientos de la pasada década para descifrar los signos de los tiempos más allá de los cantos de sirena de los profetas de la apocalipsis histórica o las lecturas parciales de las primeras aproximaciones teóricas a las transformaciones vertiginosas que hoy se experimentan en todas las dimensiones de la vida, el pensamiento, las instituciones y los procesos políticos, sociales y económicos.

En particular, hay un signo que posee para mi un significado singular. Me refiero al profundo simbolismo de lo que yo calificaría como la resurrección o reaparición del Ché Guevara. Si lo que ha reaparecido son sus huesos o cenizas, poco importa, pues al fin y al cabo él mismo se quejaba a menudo sobre lo frágil y limitado que le resultaba su cuerpo material. Además, acaso no dijo Nietzsche que para resurgir o renacer debíamos hacernos primero cenizas. En fin, el valor y la grandeza del Ché radicó siempre en el testimonio de su ejemplo, en su voluntad heroica y en su determinación incondicional a luchar por una nueva sociedad y un nuevo ser humano. Por tal motivo, constituyó líder carismático de la Revolución Cubana que se coronó victoriosa en 1959. Fue también icono central de lo que algunos han llamado una de las últimas gestas utópicas en el mundo moderno: el Mayo francés de 1968. Recuerdo tan vívidamente la imagen de la consigna y el rostro del Ché pintados en murallas por doquier a través de todo París: ¡Seamos realistas! ¡Hagamos lo imposible!

³ El concepto "imagología" es acuñado y explicado por Milán Kundera en su obra *La inmortalidad*, Tusquets Editores, Barcelona, 1989, pp. 139-144.

Hoy no puedo dejar de pensar que desde la eternidad y la inmortalidad el Ché, profundamente consternado por nuestra espectacular incapacidad para soñar lo aparentemente imposible, nos lanza, con su irrupción inesperada en nuestras vidas, un nuevo rafagazo recordatorio de que sin sueños y sin utopías la vida no tiene sentido y, en fin, no pasa de ser un deambular lento y mediocre hacia la ignominia. Y de eso, tenemos nuevamente que hablar pues, contrario a lo que nos quieren hacer ver los mercaderes del gran espectáculo imagológico, el retorno del Ché no constituye una nueva moda en un mundo veleidoso de gente razonable que ya no cree en nadie ni en nada. Cansados de andar con el culo a cuatro manos, al decir de ese otro insigne argentino Julio Cortazar, andamos en busca de una salida de la borrachera normalizadora del neoliberalismo. Pero esta salida deberá ser además una entrada. Sobre ésta sentencia genialmente Cortazar en su obra *Rayuela*:

“Hay quizás una salida, pero esa salida debería ser una entrada. Hay quizás un reino milenario, pero no es escapando de una carga enemiga que se toma por asalto una fortaleza. Hasta ahora este siglo se escapa de montones de cosas, busca las puertas y a veces las desfonda. Lo que ocurre despues no se sabe, algunos habrán alcanzado a ver y han perecido, borrados instantáneamente por el gran olvido negro, otros se han conformado con el escape chico, la casita en las afueras, la especialización literaria o científica, el turismo. Se planifican los escapes, se los tecnologizan, se los arma con el modulator o con la Regla de Nylon. Hay imbéciles que siguen creyendo que la borrachera puede ser un método, o la mescalina o la homosexualidad, cualquier cosa magnífica o inane *en sí* pero estúpidamente exaltada a sistema, a llave del reino. Puede ser que haya otro mundo dentro de éste, pero no lo encontraremos recortando su silueta en el tumulto fabuloso de los días y las vidas, no lo encontraremos en la atrofia ni en la hipertrofia. Ese mundo no existe, hay que crearlo como el fénix. Ese mundo existe en éste, pero como el agua existe en el oxígeno y el hidrógeno, o como en las páginas 78, 457, 3, 271, 688, 75 y 456 del diccionario de la Academia Española está lo necesario para escribir cierto endecasílabo de Garcilaso. Digamos que el mundo es una figura, hay que leerla. Por leerla, entendamos generarla.”⁴

Allá afuera, en el mundo real, lo que hay es una constelación caótica o, tal vez, sincrónica de voluntades, determinismos y azares forcejeando por abrir paso al progreso social, a través de una multiplicidad de focos, y acompañada por la sombra siempre presente de la barbarie. Esta es la única y verdadera dialéctica, la de Sísifo, la que se nos antoja quizás un tanto absurda pero que no nos deja margen para su negación sin que sigamos padeciendo de una consciencia ingénua.

Ahora bien: esta toma de consciencia acerca de lo demasiado humano que realmente es nuestro devenir, nos ha dejado existencialmente un tanto cruzados de brazos. Pero las crisis, sobretodo, son oportunidades. De sus peligros brotan posibilidades de superación. Este es el reto mayor que nos plantea esta era bautizada como postmoderna. Esta se nos presenta como antesala. Lo que haya al otro lado, dependerá de nosotros. Por lo menos hay dos posibles lecturas: la que reduce los aconteceres de este final de siglo al triunfo definitivo y eternización del modo de producción capitalista o industrial, o la que postula que estamos en los albores de una nueva era y un nuevo modo de producción y de relaciones sociales que, no empece nuestro desconocimiento o inconsciencia acerca de su existencia, revolucionará el

⁴ Julio Cortazar, *Rayuela*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, pp. 434 y 435.

modo en que hasta ahora hemos visto el mundo y las formas en que nos organizamos para su transformación.

La ruptura paradigmática que vivimos tiene profundas implicaciones para el Estado, el Derecho y la administración de la justicia. Quisiera en ese sentido proponer una lectura alternativa del tiempo que vivimos y una agenda de transformación que se nos presenta como reto hacia el nuevo milenio, sobretodo si hemos de dejar de actuar como Jano, con nuestros ojos en la nuca mirando constantmente hacia atrás.

Con perdón de Fukuyama⁵ y ciertas otras interpretaciones que desembocan en la tesis del fin del Estado Social -tanto en su versión capitalista como socialista- y un retorno al liberalismo económico y político, entiendo que el Estado de Derecho moderno mas bien está atravesando por un proceso de reestructuración que ha de replantear seriamente las bases constitutivas de éste. Y yo no apostaría a que el desenlace sea en favor del liberalismo económico y político. Incluso, me parece una espectacular falacia la idea de que la democracia liberal está arrojando el mundo.

Aunque los mercaderes del viejo orden han estado eufóricos durante la última década, crecientemente se puede tomar nota de la reconstrucción y reconstitución de fuerzas sociales y políticas que, en búsqueda afanosa de un nuevo sentido hacia el futuro, van retomando el proyecto histórico, renovado y reestructurado, de la transformación revolucionaria de la sociedad. Sólo así, pienso yo, podremos marchar como comunidad más allá de los espejismos de la globalización y el libre comercio hacia una sociedad caracterizada sobretodo por una equidad distributiva de poder, riqueza y oportunidades. Las desigualdades no han desaparecido, por más que los teóricos del viejo orden quieran que así sea. En todo caso se han profundizado.

Uno de los signos más enigmáticos de nuestros tiempos es la descentralización o dispersión creciente del poder. Está parece estar en todas partes y, a la misma vez, en ninguna de éstas. Esta nueva condición del poder o, mejor dicho, este nuevo entendimiento acerca del poder, refleja una tendencia a dejar de existir como un foco único de autoridad y fuerza. La sociedad se caracteriza hoy por estar constituida por una red o constelación difusa de poderes, con grados distintos y desiguales de poder, fuerza y autoridad, con grados diferentes de eficacia. En ese sentido, como bien nos advierte Michel Foucault no hay que hablar de la existencia del poder, sino de poderes, lo que a su vez nos plantea, en gran medida, la necesidad de desarrollar estrategias políticas dirigidas a impactar toda esa red y entramado social de prácticas y mecanismos.⁶

Insisto en que estamos inmersos en los primeros asomos de una revolución en el modo de producción y de relaciones sociales capitalistas o industriales y cuyos contornos o matices nadie esperaba o reconoce con facilidad, lo que indudablemente ha llevado a que se intente entender lo que ocurre a partir de la experiencia vivida bajo el modo de producción capitalista y, aún, del feudal. Hemos aprendido sin ambages en este fin de siglo que una revolución es mucho más que la toma del Palacio de Invierno

⁵ Me refiero aquí a la controversial tesis de Francis Fukuyama en su ensayo "El fin de la historia" publicado en *The National Interest* 16, Verano 1989-90. Véase también su libro *The end of history and the last man*, The Free Press, New York, 1992, pp. 39-51.

⁶ Véase sobre este particular a Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Asimismo, el Dr. Carlos J. Rojas Osorio desarrolla excelentemente el tema en su libro *Foucault y el pensamiento contemporáneo*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1995, pp. 129-141.

o de la Bastilla. Es en el fondo un proceso molecular de largo plazo que en lo cotidiano trasciende cualquier gran acontecimiento, y pertenece más al reino de la vida cotidiana que al mundo de los metarrelatos humanos. Su historicidad está en esta sucesión multidimensional de hechos, vivencias, acciones y acontecimientos que vivimos en la cotidianeidad, y de la cual muchas veces no cobramos consciencia de inmediato.

Es en ese contexto que yo veo, como parte de esa revolución, con signos aún contradictorios pero con fisuras o aperturas lo suficientemente importantes como para identificar futuros alternativos, la gestación de un nuevo modo de ver el Derecho más allá del existente bajo la modernidad, sea en su expresión liberal o en su versión recalentada bajo el neoliberalismo. El modelo existente es el que yo llamaría formal y normativo. Este concibe a la sociedad dentro de los límites del Estado de Derecho; enfoca primordialmente los problemas desde la perspectiva de los sujetos jurídicos como meras formas abstractas; predica la neutralidad hermeneútica y valorativa; se caracteriza por una práctica generalmente reactiva y *ex post facto*; predica una justicia homogénea y normalizadora cuyas posibilidades están limitadas al Estado de Derecho, es decir, a un orden normativo pre-existente lo cual permite el desarrollo de unos procesos decisionales predecibles, determinables y ciertos.

El modelo alternativo, que yo caracterizo como estratégico y dialógico concibe a la sociedad más allá del Estado del Derecho, aún en cierta tensión con el mismo; enfoca primordialmente los problemas desde las relaciones de poder; predica la valoración comprometida y una hermeneútica transformadora; se caracteriza por unas prácticas fundamentalmente preventivas y proactivas; predica una justicia individualizada, afectiva y solidaria como punto de partida hacia una justicia verdaderamente universal; y se caracteriza por unos procesos decisionales contingentes, indeterminados y no-decidibles a priori a base exclusivamente de una norma pre-existente.

Como dije, el Estado de Derecho de la modernidad responde fundamentalmente al primer modelo, al normativo. Su pretensión arrogante en erigirse “en el dedo ordenador de Dios”⁷, como advertía Nietzsche, le puso una camisa de fuerza al desarrollo de un Derecho verdaderamente democrático y representativo. Quiso sustituir su voluntad por la del pueblo con el resultado de que la sociedad política terminó por subordinar a la sociedad civil, cuando en teoría, al menos, la primera debía responderle siempre a la segunda. En consecuencia, terminó por prescribir el Derecho y las formas de administrar la justicia, a cuyos resultados se le exigió a la sociedad civil estricto y ciego cumplimiento. El Tribunal se convirtió en un lugar muchas veces inaccesible e insensible a las necesidades y expectativas del pueblo, mientras que sus procesos asumieron formas kafkianas -la vida nuevamente imitando al arte. El pueblo se perdió en su laberinto.

Precisamente, la crisis de legitimidad que vive hoy ese Estado de Derecho moderno se caracteriza por la tendencia, hacia este fin de siglo, a verse desbordado por las expectativas y necesidades del pueblo.⁸ En la era del “fin de los metarrelatos”, se han erosionado las bases constitutivas de éste. Ya no puede pretender ser “el dedo ordenador de Dios”, pues Dios se ha muerto o, en el mejor de los casos, anda deambulando por ahí profundamente decepcionado con su creación. Ante la ausencia

⁷ Federico Nietzsche, “El nuevo ídolo”, en *Así habló Zaratustra*, Editorial Bruguera, Barcelona, 1984, pp. 86-89.

⁸ Aquí estamos partiendo del concepto de crisis de legitimación desarrollado por Jürgen Habermas en su obra *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1973.

en nuestra sociedad contemporánea de un orden normativo y valorativo con validez y aceptación universal; dada la heterogeneidad y pluralidad de valores, intereses y expectativas que hoy compiten por reconocimiento; y dado el creciente cuestionamiento sobre la imparcialidad y representatividad de la concepción prevaleciente del Estado de Derecho por sectores significativos del pueblo en muchos de nuestros países, ¿cuál puede ser la nueva base de legitimidad para la función adjudicativa y administradora de la justicia?

En la alternativa, el modelo estratégico y dialógico nos plantea el reto de forjar un nuevo Derecho más allá del Derecho que hemos conocido hasta ahora. Nos propone la posibilidad del desarrollo, por el pueblo, de un Derecho paralelo, alternativo, autoregulado e incluyente, con sus instancias organizacionales y procesos de justicia más allá de la institucionalidad y procesos del Derecho estatal existente, incluso subordinándolos progresivamente a sus intereses y expectativas. Es lo que el Dr. Daniel Nina, profesor de nuestra Facultad de Derecho, define como una especie de “soberano alternativo”, basado en el principio de la “soberanía popular”, con su propia autoridad y legalidad, autónomo frente al Estado, parte de una concepción de democracia participativa y directa.⁹ Asimismo, le ofrece al Estado la posibilidad de redelimitar su naturaleza, estructuras y procesos mediante el establecimiento de una relación complementaria con otras instancias organizacionales y procesos informales de prescripción. Le plantea el reto al Estado, como acertadamente señala el filósofo deconstruccionista francés, Jacques Derridá, de explorar nuevas formas en un espacio social que ya no domina absoluta y burocráticamente, y que al fin y al cabo nunca realmente dominó por sí sólo.¹⁰

Desde esta perspectiva se posibilita asimismo una concepción descentralizada de gobierno, gubernamentalidad o, si se quiere, “governance” para la sociedad democrática con una multiplicidad de polos o focos de poder, entre éstos el Estado, las comunidades y las organizaciones no-gubernamentales que operan en la sociedad civil. Este modelo permite articular diferentes modos de intervención, a partir de contextos y perspectivas más particulares, íntimas e inmediatas, para atender la diversidad de problemas que, con su característica complejidad, aquejan a la sociedad. Permite, además, insertar a las poblaciones de dichas comunidades en la estructuración e implantación de los mismos.

Se reconoce así, más allá de la retórica, un objetivo político importante de la sociedad democrática: el desarrollo de instancias de auto-gobierno (“self-governance”) dentro de la sociedad civil que además active a ésta como sujeto apoderado en los procesos de prescripción normativa y formulación de política pública. Este proceso, que inevitablemente requerirá de un marco institucional, provee para la emergencia de una estructura autoregulada de gobierno (“governance”) comunitario complementando a la del Estado y progresivamente desplazando a éste. Este proceso se caracterizaría por la existencia de diferentes polos de gobierno o “governance”, asistiéndose mutuamente en mejorar las condiciones de vida del pueblo.

Esto nos plantea la posibilidad real de que la sociedad moderna se mueva en dirección a una cultura democrática de nuevo tipo, participativa y autogestionada, basada ésta en la intervención comunitaria en esferas en que tradicionalmente el Estado

⁹ Daniel Nina, *Rethinking Popular Justice*, Community Peace Foundation, Cape Town, 1995.

¹⁰ Jacques Derrida, *Specters of Marx*, Routledge, New York, 1994, p. 94.

moderno había excluido la posibilidad de compartir su autoridad como lo son, por ejemplo, los procesos de mantenimiento del orden público y la solución de conflictos. La sinergia social que potencialmente abriría esta posibilidad podría progresivamente ir evidenciando la capacidad de la sociedad civil para asumir unas funciones normativas, prescriptivas y adjudicativas más activas, llevando a una creciente descentralización de unos procesos tradicionalmente centralizados en manos del Estado “como el dedo ordenador de Dios”. Al fin y al cabo, la libertad, nos advirtió Marx, “consiste en convertir al Estado en órgano que está por encima de la sociedad en un órgano completamente subordinado a ella”.

El Derecho hace ya tiempo dejó de ser un proceso social y político centralizado de prescripción. Contrario a la conceptualización mitificada de éste como un proceso centrado en el Estado como fuente exclusiva de prescripción de normas, el Derecho es hoy mas que nada un proceso abierto, formal e informal, con una multiplicidad de escenarios y participantes relevantes, gubernamentales y no-gubernamentales, caracterizada por diferentes valores, intereses y expectativas, con grados diversos de poder y autoridad.

Al reconstituir los procesos decisionales de la sociedad para que sean más incluyentes, representativas y consensuales, se establecen las nuevas bases legitimadoras de la función reguladora, mediadora y organizadora del Estado de Derecho. En términos prácticos y retomando viejas aspiraciones utópicas, quizás nos permitiría reencontrar el rumbo hacia la realización de aquel viejo sueño de Marx y Engels que alumbró las esperanzas de no pocas generaciones: la desaparición gradual del Estado. En la medida en que Estado y sociedad, sociedad política y sociedad civil se confundan, el Estado como hasta ahora lo hemos conocido se diluye hasta desaparecer.

Ahora bien: retomando este tema del sueño utópico antes mencionado, en su obra *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Federico Engels nos dice: “Cuando el Estado finalmente se convierta en representante efectivo de toda la sociedad será por sí mismo superfluo”. Asimismo, en su carta a A. Babel, de 1875, Engels nos señala que la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad.

En ese sentido, entiendo que el Derecho, como expresión de una racionalidad formal y reificadora, es decir encubridora de la realidad, debe asimismo ser superada hacia un sistema normativo basado en una racionalidad sustantiva, transparente y desalienante. La superación histórica tanto del Estado, una organización social esencialmente jerarquizada, burocrática, coercitiva y excluyente, como del Derecho, un sistema normativo basado en una racionalidad formal y reificada que encubre unas relaciones opresivas de poder, nos plantea la posibilidad por primera vez en la historia de lo que llamaría una Comunidad de Justicia como organización social y normativa apoderada, autogestionada, dialógica e incluyente. Este constituye el modelo a armar a la luz de un futuro alternativo que insisto lleva el presente en sus entrañas.

En fin, la tesis marxista acerca de la naturaleza contingente e históricamente determinada y cambiante del Estado y del Derecho tiene como finalidad superar el fetichismo jurídico y estatalista. Según ésta no es el Estado ni el Derecho lo que puede constituir la fibra unificadora y civilizadora de la sociedad, sino el fin de la opresión de unos seres humanos por otros, la reestructuración de las relaciones sociales hacia formas más equitativas y solidarias, la socialización sustantiva - y no meramente formal - de los procesos de producción y distribución de la riqueza, el advenimiento de

oportunidades propiciatorias del trabajo no-alienado, la universalidad efectiva y sustantiva de los derechos humanos, y la superación de la dicotomía entre lo individual y lo colectivo. Estas, más que el Derecho y el Estado, son las condiciones verdaderamente esenciales para el progreso humano. La santificación del Derecho y del Estado como se han conocido bajo la modernidad sólo ha servido para ocultar la esencial realidad de que la paz y el progreso social sólo serán el resultado de nuestras acciones en favor de la reconstrucción revolucionaria de la sociedad.

Coincidimos en ese sentido con el jurista y catedrático italiano Pietro Barcellona cuando señala que el Estado de Derecho moderno tuvo como fin primordial neutralizar la lucha social y política mediante el artificio del formalismo jurídico. Vaciado de su contenido y fundamento sustantivo de la justicia, el Derecho pasó a convertirse en pura "técnica formal", es decir, en regla de juego con el que habría que desempeñarse en el nuevo espacio social donde se negociarían los intereses sociales y económicos en conflicto. El orden formal resultante terminó por ocultar el orden social real, sellando así el destino del Estado de Derecho moderno como instrumento del poder hegemónico de los grupos sociales, económicos y políticos dominantes.¹¹ El fin del orden no ha sido esencialmente otro que el de confundir y desarmar a los grupos sociales subalternos o dominados. Así, por ejemplo, queda evidenciado con el más importante de los principios constitutivos del nuevo orden: la igualdad de todas las personas ante la ley. Se quiso enmascarar la desigualdad real con el reconocimiento de la igualdad formal y a ésta última se le vació de todo contenido y efecto sustantivo y afirmativo.

Por otra parte, el fin del reconocimiento de los metarrelatos que caracteriza nuestros tiempos debe llevarnos a reconocer el fin del fetichismo de lo jurídico y la emergencia de un Derecho o, si se prefiere, una Justicia humilde, consensual y contingente. Si el fin del Derecho es la justicia, ésta de ninguna manera puede limitarse a la norma escrita preexistente o a los procesos formales y estatales de resolución de disputas. La justicia tiene que ser negociada, sirviendo para reinventarnos y autorealizarnos continuamente, tanto individual como colectivamente. Por tal razón, la administración y la búsqueda de la justicia debe concebirse, nos dice el distinguido filósofo francés Jean-François Lyotard, como un *diálogo vivo* cuya legitimidad está en el reconocimiento de la diversidad de lenguajes, valores y razones, y en el reconocimiento de que el consenso entre las partes sobre lo sustantivo es lo que debe servir de base a la decisión.¹²

Esta *koinología* o consenso sobre el método de solución del diferendo existente entre las partes, está basado en una visión no adversativa sino que dialógica y complementaria del proceso, así como en la negativa a acudir en toda circunstancia a una tercera parte, a un juez o una jueza, para que determine "la verdad" del caso, la cual fundamentalmente siempre será la suya y la autoridad de la misma radicará esencialmente en la fuerza coercitiva de la institución que representa y no en el reconocimiento informado, racional y voluntario de las partes.

Como muy acertadamente nos advierte Derrida, hay algo profundamente injusto y violento en la adjudicación por un tercero a partir de una normativa no consentida y

¹¹ Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: El regreso de la vinculación social*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 45-51.

¹² Jean-François Lyotard, *The differend*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988, pp. 22-26.

que generalmente se desconoce y menos aún se entiende. Por tal motivo, si hemos de ser verdaderamente críticos tenemos que estar dispuestos a cuestionarnos el derecho mismo de juzgar y su fundamentación o legitimación.¹³

Ahora bien, aún en el caso de la intervención de un tercero, es decir de un juez, la decisión de éste para que sea justa no puede ser una aplicación mecánica de una norma preexistente. La decisión de un juez para que sea justa y equitativa, nos explica nuevamente Derrida, tiene que ser validada mediante un acto de interpretación renovada, una especie de *interpretatio de novo* o “fresh judgement”. La decisión judicial en ese sentido debe siempre reinventarse el Derecho aún si fuese para confirmar la norma existente. De lo contrario, la decisión no sería libre y menos aún justa. La justicia, nos advierte Derrida, se refiere siempre a la singularidad del otro, si es que pretende aspirar a la universalidad. Por eso tiene que ser individualizada y la apelación a un tercero en el proceso de solución de controversias o conflictos no puede ser a costa de ésta.¹⁴

Precisamente si hay algo que distingue de manera especial la perspectiva dialógica propuesta, en contraposición a la perspectiva adversativa prevaleciente, es que la primera no se reduce a una negación u oposición a lo otro, sino que privilegia la afirmación y el disfrute de la diferencia. El sí dialógico se opone al no adversativo. Para la perspectiva adversativa, la diferencia es contradictoria, es el choque de contrarios. La lucha de contrarios se ve como un choque donde prevalecerá uno, como si de la exclusión absoluta del otro pudiese engendrarse justicia. Bajo la dialógica, el verbo del ser humano es múltiple.

Se supera así el atributo de lo divino que tanto ha caracterizado a la perspectiva adversativa. Lo divino se define como el poder arrogante que el ser humano moderno se atribuyó para pretender definir, como Dios, lo que es verdadero y subordinar a sus semejantes en relaciones de dominación, opresión o exclusión a partir de dichos juicios. Sin embargo, los conocimientos así como las verdades no se transmiten ni se imponen sino que se construyen a partir de este proceso de naturaleza dialógica. Por tal motivo, el *diálogo vivo* no se deja encerrar dentro de la disyuntiva limitante de un sí o un no.

El *diálogo vivo* se erige así como el nuevo principio constitutivo y legitimador del Derecho. En pleno fin del siglo XX y habiéndose perdido toda inocencia frente a las apariencias del saber, no hay otra alternativa que emprender la difícil tarea de conocernos y comprendernos a nosotros mismos. Lo central no lo constituye un ethos impuesto disciplinariamente o compartido *a priori* sino una razón y acción comunicativa mediante la cual las personas llegan a entendidos en torno a las normas o decisiones que han de tener validez o efectividad en la sociedad. El principio comunicativo y dialogante constituye, tal vez, lo único dado como principio originador y facilitador de un nuevo y renovado ethos o de unos consensos críticos que puedan explorar la redefinición de los fines éticos sobre los cuales se puede erigir y legitimar unas formas alternativas de organización económica, social y política.¹⁵

Finalmente, tenemos que desculpabilizar el Derecho y las relaciones humanas en que se fundamentan. Necesitamos vaciarlas de toda voluntad opresiva de poder.

¹³ Jacques Derrida, “The Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority’”, 11 *Cardozo Law Rev.* 921, 983 (1990).

¹⁴ *Supra*, pp. 961, 963.

¹⁵ Véase Jürgen Habermas, “El filósofo como verdadero maestro del Derecho”, en Jürgen Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 76-95.

“¡Inventad el amor que cargue no solamente con todo el castigo, sino también con toda la culpa!” es la genial invitación nietzscheana.¹⁶

La concepción de la administración de la justicia como un *diálogo vivo* requiere de su reinscripción en *una cultura de la afectividad*.. “¿Dónde se da la justicia que es amor comprensivo?”,¹⁷ nos interroga Nietzsche francamente angustiado por las grandes hipocresías de la civilización occidental. En esta *cultura jurídica de la afectividad* es que radica la única posibilidad de un Derecho más allá del Derecho actual.

El modelo dialógico y apoderador nos invita a reconceptualizar la misma condición humana. A partir de éste, el proceso de administración de Justicia debe erigirse en una lección práctica de supervivencia fundada en la fraternidad de la diversidad de elementos, formas y seres que poblan el universo.

La nueva *cultura jurídica de la afectividad* debe ser capaz de facilitar la manifestación de la otra voz humana, la poética, la de las realidades ocultas y enterradas por la sociedad moderna, sus procesos e instituciones. Aquí me atrevo a discrepar de Jean Carbonnier quien rechaza la posibilidad del Derecho como una *scientia amabilis*, por medio de la cual se hermanan las aspiraciones científicas del Derecho con la afectividad y sensibilidad poética.¹⁸ Al contrario, pienso que ésta constituye la única posibilidad del Derecho para alcanzar sus aspiraciones de justicia, sobretudo a partir de una racionalidad sustantiva en vez de formal. Esta, al fin y al cabo, fue el sentido originario de la ciencia en el Renacimiento. Este deberá ser también su acepción en medio de esta nueva era histórica que prefiero bautizar, a modo de apuesta pascaliana, como un nuevo comienzo.

¹⁶ F. Nietzsche, “De la picadura de la víbora, *Ibid*, p. 108.

¹⁷ *Supra*.

¹⁸ En su obra *Derecho flexible: Para una sociología no rigurosa del derecho*, citada anteriormente, a la página 11, el distinguido jurista francés Jean Carbonnier expresa que a pesar de que reconoce que ha habido en el Derecho, y muy particularmente en la Sociología Jurídica, una larga tradición de *scientia amabilis*, si éste aspira al reconocimiento como ciencia, tiene que dejar de “poetizar”.

EL JUEZ ENTRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y LA CRÍTICA DEL DERECHO

Modesto Saavedra

Introducción

La dogmática jurídica y la crítica del derecho son dos modelos de ciencia jurídica radicalmente opuestos entre sí, que solamente comparten el objeto del que pretenden obtener conocimiento. Fuera del conjunto de normas que son mantenidas en vigor por el Estado, y que pueden entenderse como el objeto sobre el que recae la actividad cognoscitiva, sus objetivos y sus métodos son, en principio, totalmente diferentes. Mientras que la dogmática persigue conocer el derecho lo mejor y más certeramente posible para aplicarlo de una forma objetiva y previsible, la crítica del derecho se propone su reforma con el fin de hacerlo más adecuado y aceptable. En tanto que la dogmática jurídica recurre a los métodos y técnicas argumentativas que han sido tradicionalmente propuestos y empleados en el ámbito de las ciencias hermenéuticas para llegar a la comprensión del sentido de las normas y a la delimitación de su alcance, la crítica del derecho no se detiene en esa comprensión del sentido, sino que busca descubrir los orígenes y las funciones sociales de las normas más allá de lo que ellas mismas dicen, y procede abiertamente a su valoración una vez desvelada su relación con ese ámbito social del que surgen y en el que operan.¹ Los métodos y técnicas con los que la crítica obtiene sus conclusiones incluyen también, junto con el razonamiento objetivante, un reproche tendente a descalificar la obra del legislador con más o menos amplitud e intensidad. La crítica del derecho se presenta como ciencia jurídica porque intenta comprender el derecho y explicarlo, pero va más allá de lo que constituye una actividad de conocimiento en sentido estricto, ya que incluye una toma de posición ante el derecho basada en valores, que requiere una justificación que no puede ser obtenida del objeto cuyo contenido intenta conocer.

Por tanto, entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho hay una distancia que parece insalvable para los jueces. ¿Pueden los jueces criticar el derecho en el contexto de su función jurisdiccional? Para una personalidad educada en la cultura del Estado de derecho, es decir, en el principio de legalidad, de la separación de poderes y

¹ Al hablar de dogmática jurídica no me refiero al planteamiento estrictamente conceptualista de la ciencia jurídica, que pretende fijar el derecho en una serie de categorías conceptuales y limitar el razonamiento jurídico al procedimiento analítico-deductivo propio de las ciencias formales. Me refiero más bien al modo de pensar y argumentar flexible e incluyente típico de los juristas, que intentan extraer del derecho en vigor todas sus consecuencias normativas, utilizando para ello los amplios recursos que ofrece la historia del método jurídico.

de la sumisión de los jueces a la ley, la respuesta parece obvia. ¿Cómo podrían los jueces descalificar el derecho que están obligados a aplicar? En el Estado de derecho los jueces no son más que mediadores entre el legislador y los ciudadanos. No hablan su propia voz, no actúan de manera autónoma, ni deciden en nombre de una justicia de la que ellos serían sus autorizados intérpretes. La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular. Por tanto, la crítica es algo que está fuera de lugar en la práctica de la jurisdicción. El juez traicionaría su misión si en vez de acatar y defender la legalidad vigente, dentro del marco establecido por la Constitución, se pusiera a cuestionarla en nombre de una legalidad distinta. Por supuesto, decir “dentro del marco establecido por la Constitución” es importante, porque el principio de jerarquía normativa permite a los jueces, eso sí, cuestionar y rechazar en su caso como inválidas aquellas normas que contradigan otras de rango superior, y como la Constitución es la norma suprema, ésta es la que establece el límite de la legalidad vigente.

Este punto de vista pertenece al sentido común de la cultura jurídica moderna, y sería insensato desmentirlo. Pero conviene matizarlo, porque lo que también es obvio es que no todo el mundo traza los límites de la actividad jurisdiccional en el mismo punto: aun aceptando el dogma de la sumisión de los jueces a la ley, no todos los jueces que ejercen fielmente la función de juzgar bajo las leyes realizan de la misma manera la tarea de interpretarlas. Por eso, la respuesta que excluye y prohíbe la crítica en el ejercicio de la jurisdicción está obligada a precisar el concepto de crítica, y a aclarar cuáles son los presupuestos y las características de la actividad consistente en interpretar y aplicar el derecho, especialmente en el marco del Estado constitucional de derecho. Y puede que la aclaración de todo esto permita hablar en algún sentido de crítica judicial del derecho, es decir, permita sostener la tesis de que el juez no está subordinado “acríticamente” al legislador.

Esta aclaración y la consiguiente defensa de una modalidad de crítica judicial del derecho es lo que pretendo hacer aquí. Y para ello voy a proceder dividiendo estas reflexiones en los siguientes apartados: en primer lugar, voy a realizar una aproximación al significado del concepto de crítica (II); en segundo lugar, haré una exposición del modelo de crítica jurídica histórica y teóricamente más influyente, la crítica marxista del derecho (III), para, a continuación, comparar este modelo de crítica jurídica con la ciencia jurídica usual, es decir, con la dogmática jurídica; esta comparación permitirá aclarar en qué sentido los jueces no pueden ser críticos del derecho y en qué sentido han de ser, por el contrario, dogmáticos (IV); por último, emprenderé una argumentación en favor de una forma de reflexión crítica en la práctica jurisdiccional que no traicione, sino que profundice en los principios que vinculan esta práctica (V).

1 En Torno al Concepto de Crítica

1.1 La crítica como enjuiciamiento racional

En principio, la crítica es el juicio o la opinión que se formula sobre la acción o el pensamiento de alguien. La palabra crítica procede del griego $\kappa\rho\iota\tau\iota\kappa\acute{o}\varsigma$, y significa enjuiciamiento. Frecuentemente, ese juicio o enjuiciamiento tiene un carácter negativo: criticamos algo que no es de nuestro agrado o a alguien con el que no estamos de

acuerdo. No obstante, el juicio crítico puede ser también elogioso, y no es infrecuente que los críticos se pronuncien favorablemente sobre su objeto de enjuiciamiento sin dejar de ser críticos. En este sentido, la crítica es el *acto de juzgar de acuerdo con ciertas normas o valores*. Así es como entendemos normalmente el concepto, y así es como ejercemos vulgarmente la crítica en la vida cotidiana, tanto en la conversación mutua como en los medios de opinión, y también en la literatura y el arte. Muchas veces en un sentido peyorativo, destructivo, llevados por una actitud iconoclasta que intenta rebajar los supuestos méritos ajenos y situar a los demás o a su obra en la posición que uno estima que les corresponde. Pero no siempre es destructiva la crítica, ya que es también habitual que cuando se ejerce se destaquen tanto las luces como las sombras, y se descubra o se resalte el mérito al mismo tiempo que el defecto. Lo que se pretende, en definitiva, es proporcionar los elementos de juicio que permitan justificar una determinada actitud personal o un determinado curso de acción, un saber a qué atenerse, una orientación que disminuya la incertidumbre y garantice la confianza y la seguridad propia en los contextos de interacción social. La crítica es la respuesta a la pretensión de validez que acompaña siempre a los actos humanos de carácter intencional.

Pero la crítica es tanto más rigurosa cuanto menos se limita al mero juicio de valor, y cuanto más procede a la reflexión y al análisis científico. Con el *análisis científico* la crítica adquiere valor epistemológico y supera el nivel de la simple apreciación basada en la sensibilidad inmediata, en la actitud emocional, o en el parecer de los demás. El análisis científico, dicho de manera muy general, es aquél que permite descubrir relaciones entre las cosas (relaciones que pueden ser lógicas, causales, intencionales, funcionales, etc., según cuál sea el ámbito de la ciencia y el interés del científico). Cuando procede con rigor, eso es lo que hace la crítica: descubrir una relación que el objeto criticado mantiene con otras realidades, una relación que sin la crítica quedaría oculta a la conciencia. Sobre la base de este análisis es como se justifica el juicio de valor en que consiste la crítica. Así ocurre, por ejemplo, cuando la crítica pone al descubierto unas causas o unas consecuencias de la acción no percibidas a simple vista, cuando desvela una intención no manifiesta, o cuando advierte sobre los efectos sociales de unas determinadas instituciones o de unas determinadas creencias. Y, en efecto, en esto consiste la crítica política: en mostrar los resultados a los que conducen o los intereses a los que responden las decisiones de quien ejerce el poder; y la crítica del arte: en poner de manifiesto los valores artísticos que contiene o de los que carece una obra, y, más allá de ellos, las intenciones y determinaciones de su autor, o los efectos que produce en el pensamiento y en las actitudes del público; e incluso la crítica en el campo de las ciencias naturales: en señalar la inexistencia de una relación lógica o causal, es decir, la inconsistencia de una determinada aseveración teórica con otras firmemente aceptadas y, en último término, con los hechos empíricamente observables (según Popper, este es el método que hace progresar nuestro conocimiento del mundo -el falsacionismo-, y su formulación es lo que dió origen en su momento, frente al inductivismo a los planteamientos del "racionalismo crítico").²

² K. Popper: *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1962; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Ed. Paidós, 1983; H. Albert: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, Ed. Mohr, 1968; *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, Munich, Ed. Piper & Co., 1971. Con Lakatos el falsacionismo de Popper adquirió una forma más "sofisticada", y ahora sabemos que la crítica científica no consiste tanto en la contradicción entre teorías y hechos observados como en la contradicción entre teorías y hechos que pueden ser explicados por otras teorías alternativas, más consistentes y comprehensivas. Ver I. Lakatos y A. Musgrave (eds.): *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1975.

En cualquier caso, el juicio crítico supera el plano descriptivo de las manifestaciones humanas, y se sitúa en el nivel que permite *explicarlas*. Se distingue, por tanto, de lo que es un mero relato de acontecimientos en el estudio de la historia, por ejemplo, o de lo que es una simple descripción de la estructura de la opinión pública en la investigación social, o de una exégesis textual en el estudio de los documentos literarios. Estas son aproximaciones “acríticas” a la realidad porque no profundizan en el nivel de las relaciones que dan las claves para una justificación razonada del juicio acerca de la misma. Esta es la actitud típica del *pensamiento dogmático*, que confía en determinadas verdades y las acepta sin cuestionarlas, bloqueando la búsqueda de su enjuiciamiento racional. El juicio crítico, en cambio, equivale a *pensamiento antidogmático*, a un pensamiento que no toma las cosas por lo que parecen ser, sino que se interroga por su razón de ser, por su posición relativa y su lugar en relación con otras cosas del mundo, a fin de captar así su más pleno y auténtico significado. El juicio crítico responde a una actitud de cuestionamiento, de duda, o de sospecha, de la que pueden surgir multitud de preguntas cuya respuesta en cualquier caso priva a la realidad estudiada de su carácter infranqueable y opaco.

Por tanto, si bien la crítica es equivalente en principio a juicio de valor, el sentido más propio del término, el más penetrante y poseedor de un mayor potencial teórico, es el de *desvelamiento*. Un juicio de valor sin desvelamiento es un juicio fatuo que, en el límite, raya en la retórica del insulto denigratorio o de la alabanza servil. El desvelamiento es lo que da valor epistemológico a la crítica, es decir, el razonamiento que logra explicar el porqué y el para qué de la realidad criticada. En tanto en cuanto, la crítica aporta racionalidad al pensamiento y a la acción humanas. Desde la Ilustración, que es de donde procede el concepto moderno de crítica, ésta ha tenido el significado de disipar mediante la reflexión las creencias infundadas, los prejuicios, y las ideas y convenciones heredadas del pasado. El lema *sapere aude!*, de Kant, es el que mejor define el espíritu crítico, el espíritu que busca atenerse a la razón cuestionando todo aquello que aparece fijado como dogma. Es lo que M. Horkheimer entendía bajo el término crítica en una primera aproximación a su concepto: “el esfuerzo intelectual, y en definitiva práctico, por no aceptar sin reflexión y por simple hábito las ideas, los modos de actuar y las relaciones sociales dominantes; el esfuerzo por armonizar, entre sí y con las ideas y metas de la época, los sectores aislados de la vida social, por deducirlos genéticamente; por separar uno del otro el fenómeno y la esencia; por investigar los fundamentos de las cosas, en una palabra: por conocerlas de manera efectivamente real”.³

También el criticismo filosófico, que Kant construye tras su “despertar del sueño dogmático”, responde a ese mismo espíritu. Efectivamente, la filosofía kantiana

³ M. Horkheimer: “La función social de la filosofía”, en Id.: *Teoría crítica*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1974, pp. 272 y ss., p. 287. Históricamente, la crítica moderna nace con estos rasgos en la lucha contra el Estado absolutista, y contribuye poderosamente a la formación de una esfera pública cultural y políticamente activa, que adquiere funciones de legitimación en una época en que las fuentes tradicionales de la autoridad han sido cegadas. Ver al respecto Terry Eagleton: *La función de la crítica*, Barcelona, Ed. Paidós, 1999; y el clásico estudio de J. Habermas: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Ed. Gustavo Gili, 1994 (que incluye el prólogo a la nueva edición alemana de 1990).

ambiciosa, en un intento de superar el racionalismo “dogmático” de su época (pero también, en un mismo movimiento, el empirismo escéptico de Hume) examinar las posibilidades de la razón, poner al descubierto los presupuestos y las limitaciones del pensamiento teórico, y de la experiencia moral y estética; someter a juicio, en suma, tras un proceso de reflexión, las pretensiones de la razón humana. La filosofía crítica de Kant se opone, según explica él mismo, al dogmatismo de la razón pura, la cual procede “sin una previa crítica de su propio poder”⁴, o, en otras palabras, se opone al dogmatismo de la metafísica tradicional, que intenta razonar sobre Dios, la libertad y la inmortalidad y “emprende confiadamente su trabajo sin tener pruebas de la potencia o impotencia de nuestra razón para tan grande empresa”.⁵ Kant destruye con su crítica el discurso dogmático de la filosofía tradicional. Y eso lo hace, en último término, como la crítica científica procede a demoler las creencias infundadas acerca de la realidad: poniendo el pensamiento en relación consigo mismo y con el mundo exterior, a fin de demostrar su inconsistencia y denunciar sus excesos; y, positivamente, construyendo una teoría en la que cada pieza encaje de manera consistente y pueda, además, sostenerse a partir de las evidencias empíricas disponibles. Él imprime a su construcción teórica un giro transcendental, pero como crítica su intención es precisamente someter a juicio al racionalismo y a la razón desvelando sus condiciones de (im)posibilidad.

1.2 La relatividad de la crítica

Ahora bien, como hemos dicho, en la crítica siempre hay un criterio de valor que determina la intención aprobadora o reprobadora del que la ejerce. Ese valor puede ser la verdad, la eficacia, la justicia, la belleza, la bondad, etc. Y como la bondad, la belleza, la justicia e incluso la eficacia y la verdad, aun cuando sean valores pretendidos por todo el mundo, son percibidos siempre de manera más o menos subjetiva, la importancia de la crítica dependerá del contexto de aquéllos que comparten la forma de vida en la que rigen los valores de referencia, en la forma particular en la que son percibidos o en la configuración jerárquica en la que son aceptados por ellos. Aunque la crítica ponga al descubierto relaciones reales, caerá en el vacío y no tendrá ninguna importancia práctica si no se comparten tales valores. Lo que es una censura para unos puede ser un elogio para otros, o bien puede carecer por completo de interés. El crítico puede descalificar determinados aspectos que para él son relevantes bajo un determinado supuesto valorativo, mientras que su oponente puede ignorarlos o aceptarlos bajo otro supuesto valorativo distinto. En el fondo, esta relatividad de la crítica es insoslayable, ya que ella depende de la peculiaridad irreductible de las formas de vida en las que se aceptan y se viven los valores. Esto es lo que acerca la crítica a la hermenéutica filosófica, que convierte la interpretación y sus presupuestos existenciales, y por tanto subjetivos,

⁴ I. Kant: Prefacio de la 2ª edición de la *Crítica de la razón pura* (Buenos Aires, Ed. Losada, 1967, 4ª ed., vol. I, p. 143).

⁵ Id.: *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 151. Sobre la oposición entre la “filosofía crítica” kantiana y la “filosofía dogmática” a la que aquélla se enfrenta, vid. Kuno Fischer: “Historia de los orígenes de la filosofía crítica”, en I. Kant: op. cit., pp. 73 y ss.

en una condición ineludible de todo conocimiento.⁶ En el caso de las ciencias empíricas la relatividad de la crítica también es insoslayable, aunque en este caso no procede tanto de lo que llamamos una forma de vida como del carácter provisional e hipotético de las teorías de las que la crítica depende.

La pregunta que surge inmediatamente es la de si está condenada entonces la crítica a agotarse en una pura manifestación de pareceres subjetivos, cuya única función sería el intento de persuadir y conmover al oponente a fin de atraerlo hacia las posiciones del crítico. No podemos abordar este problema, que no es otro que el problema de la verdad y de si existen criterios incontrovertibles para llegar a ella. Eso nos llevaría muy lejos, y no necesitamos hacerlo para seguir reflexionando sobre nuestro tema. Solamente diremos que la crítica apela a razones para convencer al contrario de lo equivocado que está. En el campo de las ciencias empíricas esas razones son, y deben ser, objetivamente contrastables en último término de acuerdo con una realidad que está ahí y que no puede ser ignorada (por mucho que queramos ver la realidad física de acuerdo con nuestras preferencias subjetivas, siempre resonará la advertencia de Galileo: *«eppur' si muove!»*). Aquí la relatividad del saber es, por tanto, provisionalidad más que vinculación ineludible al sujeto. En el campo de la moral y de la cultura, así como en el de las disciplinas hermenéuticas, la aceptabilidad o capacidad de convicción de esas razones dependerá, además, de la intersubjetividad más o menos abarcadora de los que discuten, de cuántos y de cuánto tengan en común como transfondo cultural y axiológico.

De todas formas, la crítica se distingue por su intento de racionalización, por que no retrocede ante las prácticas e ideas más arraigadas. Más allá de la aceptabilidad universal de sus resultados, que es algo que difícilmente puede lograr la crítica, su auténtico valor está en su ejercicio, en el cuestionamiento como tal, que tiene la virtud de dotar de fundamentos y de ofrecer alternativas. En el cuestionamiento siempre hay un respaldo axiológico incuestionado que se da por supuesto, pero no se puede excluir la posibilidad de que en un momento dado sea tematizado y convertido en objeto de controversia. Por eso la crítica es ella misma un criterio para juzgar acerca de las formas de vida. Si la crítica impregna una forma de vida, tanto mejor para ésta: se puede afirmar la superioridad de una forma de vida en la que la crítica se ejerce libremente, por ser más consistente con la innegable aspiración del ser humano a elegir siempre aquello que aprecia como bueno.

⁶ Todavía es ilustrativa al respecto la discusión en la que hace más de un cuarto de siglo tomaron parte Apel, Gadamer y Habermas, ente otros, en torno a la hermenéutica y la teoría crítica. Ver J. Habermas (ed.): *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Francfort, Ed. Suhrkamp, 1971. Un eco de esta polémica en España quedó reflejado en el libro editado por D. Koniecki y J. M. Almarza-Meñica: *El pensamiento alemán contemporáneo. Hermenéutica y teoría crítica*, Madrid, Ed. Fundación Friedrich Ebert, 1985. Ver, posteriormente, J. Habermas: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Ed. Taurus, 1987, esp. vol. I, pp. 147 y ss. Y también K. O. Apel: "Idee regolative o accadere della verità. Sul tentativo di Gadamer di rispondere alla questione circa le condizioni di possibilità di un comprendere valido", en *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, pp. 1 y ss.

1.3 La crítica como diálogo y la crítica como explicación

La autocomprensión de la crítica es deudora de la hermenéutica también en otro aspecto. Toda crítica tiene, como la interpretación, la *estructura de un diálogo*.⁷ Como el intérprete, el crítico pretende llegar a un acuerdo con el autor (o el actor) sobre la cosa a la que la manifestación criticada hace referencia, intentando demostrarle en qué se ha equivocado y cuáles son las razones que le harían ver el asunto de otra manera. Porque está llevado por esa pretensión es por lo que alega razones y atiende a su vez a las que el otro pueda ofrecerle. La crítica se desarrolla así, en un sentido platónico, como una conversación sobre el objeto, que persigue la finalidad de hacer cambiar al otro su actitud o sus creencias, mejorando eventualmente la realidad criticada, e incluso aprendiendo tal vez también el crítico de lo que su interlocutor pueda ofrecerle. Así es como discurre el proceso que mantiene la vitalidad de la ciencia: como una conversación ininterrumpida en la que se intercambian argumentos dirigidos al acuerdo, es decir, a aprender de los demás y a refutar sus opiniones. En cualquier caso, la conversación, para ser crítica, deberá girar en torno a las relaciones entre el objeto criticado – el pensamiento, la acción, la decisión... – y aquellos otros aspectos de la realidad que el autor o el actor no ha sabido ver o, por el contrario, sí ha tenido el acierto de contemplar.

En este proceso de discusión puede llegar un momento en que el crítico se percate de la imposibilidad de llegar al acuerdo pretendido con el autor y rompa el diálogo argumentativo con él, quedándole sólo la salida de explicar las causas que (según él) han dado origen al error cometido por el otro. La crítica de la ideología, la crítica del inconsciente y la crítica del mito se diferencian de la crítica evaluativa o conversacional en su diferente actitud frente al autor al que se atribuye la manifestación en cuestión. En estos casos el crítico no mantiene una conversación con el autor con la finalidad de convencerlo sobre el objeto de la controversia. No se lo toma en serio. El crítico renuncia a entenderse con él en torno al objeto debido tras percibir la magnitud de la distancia que les separa, y sólo le queda buscar una explicación que aclare el origen de su error o el porqué de su ilusión. La manifestación criticada se percibe ahora simplemente como la consecuencia o el efecto de una realidad oculta que afecta al sujeto que la sostiene y a su actividad, y poner ésta de relieve es lo que pretende el crítico. Así, la ideología se percibe como una manifestación que responde a intereses que no pueden expresarse como tales (o al ejercicio opresivo del poder, necesitado de apariencia legitimadora); el inconsciente como la consecuencia de unos deseos reprimidos; el mito como una historia generada por las necesidades de subsistencia de un grupo humano que vive en condiciones precarias, etc.

Esta es una crítica de carácter externo, explicativa, frente a la crítica interna, evaluativa, cuyo modelo sería la crítica científica en sentido popperiano. Esta última se mueve en el contexto de justificación, mientras que la anterior apunta al contexto de descubrimiento. Así, hay una "crítica científica", pero también una "crítica social" de la ciencia cuando más allá de las inconsistencias teóricas se pone de relieve el contexto social al que presumiblemente responden tales inconsistencias. Toda manifestación puede ser objeto de crítica en estos dos sentidos, y para ser completa debe serlo en los dos. Pero en la crítica externa predomina la explicación, debido a la imposibilidad en que se encuentra el crítico de superar sus diferencias con el autor y de llegar a un acuerdo con él sobre el objeto criticado.

⁷ Ver H. G. Gadamer: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Eds. Sígueme, 1977, pp. 446 y ss.

1.4 La intención práctica de la crítica

Como vemos, la crítica tiende a mejorar la realidad a la que se aplica. En ese sentido, tiene una clara *intención práctica*, una intención cuyo objetivo es la modificación o el cambio del objeto. Ciñéndonos al caso de la *crítica social*, esa intención práctica se traduce en la transformación de la realidad social existente con el fin de hacerla coincidir con los valores que el crítico entiende que son universalmente aceptables, bien dentro de la propia comunidad definida por un “nosotros” genérico, bien dentro de la comunidad del género humano. En cualquier caso, la intención práctica está impregnada de moralidad, y la crítica social no puede ser entendida sin ella.⁸

Como es sabido, la tradición intelectual inaugurada por Carlos Marx es la que ha cultivado con mayor consistencia científica la crítica social, y la que ha prestado a este concepto su significado e importancia. Marx asignaba a la crítica la tarea radical de eliminar todas las relaciones humanas “en las que el hombre es un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable”.⁹ Él mismo ofrece una pieza magistral de la crítica en su “Crítica de la economía política”, en donde desvela el mecanismo oculto de la explotación capitalista, y, en muchas ocasiones, toma también como objeto de crítica asuntos tan dispares como la filosofía, la religión, los acontecimientos históricos o el derecho. En Marx la crítica es el resultado de mantener explícita y conscientemente sobre la realidad estudiada un determinado enfoque, un enfoque que responde al interés por la emancipación. Su análisis es crítico, desde luego, en cuanto mantiene y no pierde de vista la relación entre la realidad criticada y el conjunto de las relaciones sociales, a partir del cual esa realidad puede recibir su más completa explicación; pero, sobre todo, su análisis es crítico en cuanto mantiene y no pierde de vista la relación entre el propio discurso crítico y la emancipación social entendida como criterio orientativo de la investigación y base de la evaluación que explícita o implícitamente lleva consigo la crítica. Es esa referencia dialéctica a la totalidad social y la aspiración a transformar la realidad en un sentido emancipador lo que posteriormente pondrán de relieve aquellos que, en la senda de Marx, han intentado precisar el significado del concepto socio-filosófico de crítica. Me refiero, sobre todo, a los miembros de la Escuela de Francfort.¹⁰

⁸ Ver K. Baynes: *The normative grounds of social criticism: Kant, Rawls, and Habermas*, Albany, State University of New York Press, 1992.

⁹ C. Marx: “En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel”, en C. Marx: *Escritos de juventud*, México, Ed. F.C.E., 1982, pp. 491 y ss.

¹⁰ Efectivamente, para M. Horkheimer esto es lo que distingue a la teoría crítica de la teoría tradicional. Vid. “Teoría tradicional y teoría crítica”, en Id.: *Teoría tradicional y teoría crítica*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1974, pp. 223 y ss. También para Th. Adorno es esto lo que distingue a la teoría crítica de una concepción positivista de las ciencias sociales. Ver sus contribuciones en Th. Adorno y otros: *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1973. Ver también la interpretación “transcendental” que hace J. Habermas del interés por la emancipación en *Conocimiento e interés*, Madrid, Ed. Taurus, 1982. Sobre la oposición y debate entre los planteamientos epistemológicos de la teoría crítica de la Escuela de Francfort y otras alternativas teórico-científicas, ver A. Wellmer: *Teoría crítica de la sociedad y positivismo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1979; también M. Boladeras: *Razón crítica y sociedad. De Max Weber a la Escuela de Francfort*, Barcelona, Ed. PPU, 1985. Ver, además, para una introducción a los aspectos metodológicos y epistemológicos de la Escuela de Francfort, G. E. Rusconi: *Teoría crítica de la sociedad*, Barcelona, Eds. Martínez Roca, 1977. Sobre la historia intelectual de la Escuela de Francfort, vid. Martin JAY: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Francfort*, Madrid, Ed. Taurus, 1974.

La aspiración a transformar la realidad en un sentido emancipador es una aspiración utópica. La utopía es la que presta a la crítica social su sentido de anticipación de un mundo nuevo, respecto del cual la realidad criticada es percibida como una realidad a la vez negativa y superable. La utopía acompaña siempre, expresa o implícitamente, a la crítica social. Mientras que el concepto de crítica social debe a la Escuela de Francfort su desarrollo más importante y significativo, el concepto especular de utopía, que posee una larga historia literaria y filosófica,¹¹ encuentra en Bloch una de sus versiones política y moralmente más impactantes. La utopía, según Bloch, es el proyecto que dota de esperanza a la voluntad del hombre por liberarse de un presente opresivo e injusto. La utopía es el sueño de una sociedad en la que ya no exista explotación ni dominio, en la que el hombre pueda realizarse a sí mismo sin tener que someterse a la voluntad de otros, en la que haya recuperado la dignidad perdida. Es la imagen del mundo que, partiendo conscientemente de la realidad actual, señala lo que puede llegar a ser esa realidad.¹²

Marx proyecta esa utopía hacia una etapa que, en el curso de la historia, culminará un progreso que él cree dominado, poniendo la dialéctica de Hegel sobre sus pies, por la evolución de las fuerzas productivas: la sociedad comunista. Pero el concepto de utopía no implica necesariamente una idea de la historia concebida en términos de progreso, cuya meta final se adivinaría en el horizonte y se alcanzaría actuando en sintonía con el curso prescrito por las leyes que la rigen. También puede entenderse vinculada a una concepción abierta de la historia: justamente como anticipación de un estado social cuyo diseño compete a los hombres mismos, capaces de trascender racionalmente la realidad dada a partir de las condiciones históricas en las que viven.¹³

2 Sobre la Crítica del Derecho, y Especialmente Sobre la Crítica Marxista del Derecho

Si entendemos la crítica como enjuiciamiento apoyado en un desvelamiento de relaciones no expresas, podemos deducir que la crítica del derecho consistirá en un enjuiciamiento del mismo basado en el desvelamiento de las relaciones existentes entre él y la realidad histórico-social de la que forma parte, la realidad histórico-social en la que aquél tiene su origen y en la que produce determinados efectos.

El desvelamiento y análisis de las relaciones que el derecho mantiene ocultas pueden ser de muy distinto tipo, según cuáles sean las preocupaciones o inquietudes del crítico. Puede haber una crítica del derecho realizada por alguien a quien le interesa

¹¹ Sobre la historia del pensamiento utópico, ver Frank E. Manuel y Fritzie P. Manuel: *El pensamiento utópico en el mundo occidental*, 3 vols., Madrid, Ed. Taurus, 1981. Ver una colección de ensayos de autores del pasado siglo sobre el pensamiento utópico, en Frank E. Manuel (comp.): *Utopías y pensamiento utópico*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1982.

¹² E. Bloch: *El principio esperanza*, Madrid, Ed. Aguilar, 1977.

¹³ Ver al respecto N. López Calera: *Filosofía del Derecho*, I, Granada, Ed. Comares, 1997, pp. 35 y ss., para quien, consecuentemente, el soporte de una teoría crítica del derecho sólo puede ser una razón trascendente y a la vez relativa. También "Rechtsphilosophie als kritische Theorie", en E. Garzón Valdés (ed.): *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1990, pp. 145 y ss.

sobre todo poner de manifiesto su hipotético carácter de clase, o bien su hipotético carácter sexista, o racista, o de alguna manera opresivo y excluyente de un determinado sector de la población, o de no tener suficientemente en cuenta las necesidades e intereses de algunos individuos o grupos de la sociedad en la que ese derecho rige. En cualquier caso, la crítica reclamará para sí la legitimidad que le niega al derecho criticado, una legitimidad basada en la creencia en la universalidad (o aceptabilidad universal) de sus propuestas normativas, y reafirmada en el hecho del desvelamiento de lo que el derecho es en realidad o de cómo realmente funciona.¹⁴

Como en el caso de la crítica social, la crítica realizada por Marx al derecho de la sociedad capitalista es ejemplar, y lo es no sólo desde el punto de vista sociopolítico, sino desde el punto de vista epistemológico, que es el que a nosotros nos interesa en este contexto. Por ello vamos a estudiar –brevemente– su forma de proceder, a fin de explorar el rendimiento que de este modelo de crítica puede extraer la teoría del derecho en orden a la configuración y la delimitación de la práctica jurisdiccional. Veamos cuáles son sus principales características.¹⁵

Por un lado, Marx emprende una crítica de la teoría jurídica dominante en su tiempo, la de la Escuela Histórica del Derecho, representada por G. Hugo y F. C. v. Savigny. Marx le reprocha a la Escuela Histórica su culto a las fuentes y su dedicación a una historia del derecho literaria e idealista, entendida como historia de los dogmas jurídicos, con la pretensión de depurarlos y sistematizarlos. Frente a esta forma de entender la ciencia jurídica, Marx afirma que “no hay historia del derecho”, y propone una ciencia jurídica realista, histórico-social, dirigida a investigar el derecho como un fenómeno social y político.¹⁶ Y es que lo que hay tras el derecho no es, según Marx, el mero paso del tiempo, la secular evolución que lo precede y de la cual la Escuela Histórica entiende que es un resultado necesario y legítimo. Lo que hay tras el derecho es, más bien, una constelación de intereses y necesidades, y unas relaciones de poder, que ciertamente tienen un carácter histórico, pero que son susceptibles de modificación

¹⁴ Sobre la variedad de criterios que pueden inspirar la crítica jurídica, no hay más que referirse a los estudios de los integrantes del movimiento *Critical Legal Studies*, quienes, aparte del marxismo, muestran influencias de los más diversos planteamientos teóricos y axiológicos, aunque siempre con la intención de poner de manifiesto las contradicciones del derecho y su proclividad para albergar intereses sectoriales bajo una forma universalmente aceptable. Una excelente presentación de este movimiento al lector en lengua española se encuentra en el libro de Juan A. Pérez Lledó: *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996 (con más bibliografía). El mismo autor ofrece una breve visión panorámica de otras corrientes críticas en la teoría contemporánea del derecho en “Teorías críticas del Derecho”, en E. Garzón Valdéz y F. Laporta (eds.): *El derecho y la justicia (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. II)*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pp. 87 y ss. El libro de Antonio C. Wolkmer: *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1995, ofrece también información sobre las distintas tendencias de la teoría jurídica crítica en las últimas décadas, sobre todo de las que han surgido en el ámbito geográfico de América latina, donde la crítica del derecho ha tenido una especial relevancia teórico-práctica debido a las circunstancias socioeconómicas y políticas de los países de ese área.

¹⁵ Sobre la crítica del derecho llevada a cabo por Marx son especialmente esclarecedores los análisis que Wolf Paul realizó en los años 70, y que son los que nos sirven de guía en este trabajo. Ver la bibliografía citada a continuación.

¹⁶ W. Paul: *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Franckfort/M., Ed. Athenäum, 1974, pp. 43 y ss. También “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n1 18-19, 1978-79, pp. 243 y ss.

mediante la acción humana consciente. Marx acusa a la Escuela Histórica de quietismo, y se dirige “contra la idea de que hay un proceso natural y orgánico en las cosas, que las lleva a ser lo que son y les presta con ella una justificación inmanente; un proceso, por ello mismo, del que está eliminado por principio el hacer de los hombres”.¹⁷

Por otro lado, Marx realiza una crítica de la legislación de su época. A ella se dedica en 1842 como redactor de la “Gaceta Renana”, al comentar los debates de la “Sexta Dieta Renan”. El objeto concreto de la crítica fue la limitada libertad de prensa de Prusia, la precaria situación de los viticultores del Mosela, ignorada por la burocracia prusiana, la recogida de leña en los bosques privados de Renania, que quería ser impedida penalmente, y el proyecto de ley de divorcio redactado por Savigny. En esta crítica, Marx pone de manifiesto las contradicciones existentes entre los principios normativos oficiales y la práctica legislativa que se daba de hecho. Esa contradicción la explica Marx a partir de la situación social existente y de los intereses materiales subyacentes a ella. Concretamente, en el caso de la ley sobre el hurto de leña, Marx descubre “la ‘lógica de la ventaja personal’ o del ‘interés’ en la legislación, a saber: que los intereses económicos privados determinan y originan el establecimiento del derecho por el Estado, que de la idea del derecho como eticidad públicamente reinante sólo queda la apariencia. *La idea se convierte en ideología*”.¹⁸ La ideología consiste precisamente en ese enmascaramiento que de la realidad hace el legislador bajo la apariencia de la eticidad. Una ley represiva se presenta con el carácter de legitimidad formal, pretendiendo responder a principios generales del derecho penal, cuando lo que de verdad ocurre es “una corrupción del derecho mediante la ley”, una ley que tiene como función “imponer los intereses económico-políticos de la clase dominante frente a los intereses de las capas sociales inferiores de una manera desproporcionada y sin embargo formalmente legítima.”¹⁹

Como subraya Wolf Paul, esta crítica de la legislación es el acto de nacimiento de la crítica marxista de la ideología y de la teoría crítica del derecho, y revela ya las características de esta última: siguiendo la terminología empleada por Paul, la crítica de Marx es “inmanente” (en el sentido de un diagnóstico diferencial, que pone a prueba la relación entre principios oficiales y praxis efectiva del derecho); es una “investigación sociológica de la situación del derecho” (analiza la actividad legislativa desde la perspectiva de la situación total, a la vista de sus motivos prácticos, funciones y efectos); es “transcendente” porque apunta a un horizonte normativo que justifica la crítica (que puede ser extraído de textos más tardíos, y que consiste en los postulados de la autodeterminación y de la autorrealización); y es “práctica” porque aspira al cambio del derecho existente dentro de un cambio esencial de la sociedad.²⁰

Un tercer aspecto de la crítica de Marx al derecho puede constatarse en la crítica al derecho burgués como categoría sistemática. Con ayuda del procedimiento crítico-ideológico inaugurado en sus comentarios a la legislación, Marx intenta posteriormente un análisis del derecho burgués moderno como sistema. En todos los

¹⁷ F. González Vicén: “La crítica de Marx a la Escuela Histórica”, en Id.: *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1984, pp. 175 y ss., p. 187.

¹⁸ W. PAUL: “Der aktuelle Begriff marxistischer Rechtstheorie”, en H. Rottleuthner (ed.): *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Franckfort/M., Ed. Suhrkamp, 1975, pp. 72 y ss., p. 83.

¹⁹ *Ibidem*, p. 84.

²⁰ *Ibidem*, pp. 84-85.

textos relevantes a partir de 1843 se dan pruebas de esa pretensión, enmarcada, como es característico de su obra, en un análisis global de la sociedad burguesa, cuya anatomía, cuyo “secreto más recóndito” va a ser la economía política. Así pues, Marx critica el derecho burgués en el marco de una crítica de la economía política capitalista. Es el análisis de esta última el que permite denunciar las funciones reproductoras y al mismo tiempo ideológicas del derecho. Sólo descifrando el sistema capitalista de producción y de distribución puede comprenderse el papel del derecho, esencial y constitutivo de ese sistema pero que, paradójicamente, lo hace opaco y lo desfigura.

El modo de producción capitalista es un sistema de desigualdad social que, organizado en un sistema de formas y relaciones jurídicas abstractas, aparece como un sistema de igualdad social formal. En las formas jurídicas, la relación real de explotación del hombre por el hombre aparece de forma distinta a como de hecho es: aparece como una relación de libertad y justicia, legitimada por el consentimiento y la autonomía de la voluntad. “A nivel de sujetos jurídicos, todos aparecen como libres e iguales; a nivel de derechos subjetivos, la propiedad se convierte en derecho eterno. Por ejemplo, la concreta relación de trabajo, desigual y expropiadora, aparece bajo la forma jurídica del contrato de trabajo como derecho de la libertad y del intercambio equivalente.”²¹ El derecho formal expresa directamente la lógica funcional del mercado, y en cuanto tal, aparece como algo natural e inatacable. Lo que ese derecho no expresa es lo que ocurre en la producción: la apropiación privada de la plusvalía, que hace del intercambio equivalente un intercambio desigual, de las relaciones voluntarias y consentidas, relaciones de explotación y dominación, y, por fin, de la igualdad individual, división y conflicto de clases. De ahí que Marx pueda acusar al derecho burgués de ser un derecho de clase, de expresar la voluntad de la clase dominante.²²

3 La Adhesión al Derecho como o Presupuesto de la Dogmática Jurídica

Así pues, en la crítica de Marx al derecho, éste aparece como manifestación de un poder opresivo e injusto, pero ejercido de forma legítima al quedar enmascarado en principios y categorías moralmente aceptables. Este desvelamiento es posible porque la perspectiva crítica no considera el derecho como algo independiente, cuyo significado pudiera ser percibido a partir sólo de sí mismo. La perspectiva crítica penetra en la relación que el derecho, que es una realidad normativa y apela a justificaciones morales,

²¹ W. PAUL: “Existe la teoría marxista del derecho?”, en *Sistema*, n1 33, nov. 1979, pp. 65 y ss., p. 82.

²² *Ibidem*, p. 83. Esta crítica del derecho como categoría sistemática apunta a la misma forma jurídica, no a los contenidos concretos, desvelando su historicidad y su parcialidad a partir del ámbito material de las relaciones productivas que la misma forma jurídica constituye en la práctica. Inspirándose en Marx, la crítica del derecho como categoría sistemática ha sido desarrollada sobre todo por E. Paschukanis (*Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Ed. Labor, 1976) en la antigua Unión Soviética, y, fuera de ella, por U. Cerroni (*Marx e il diritto moderno*, Roma, Ed. Riuniti, 1972; *Introduzione alla scienza sociale*, Roma, Ed. Riuniti, 1976). Por otra parte, de entre las contribuciones actuales a la teoría crítica del derecho desde una perspectiva marxista, el libro de Ó. Correas: *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, UNAM, 1993, representa un elaborado y muy apreciable intento de establecer, sobre bases teóricas modernas, semiológicas y sociológicas, las características y los métodos de dicha crítica.

mantiene con otro sector de la realidad, con el mundo de la producción y del intercambio de mercancías, y el descubrimiento de esa relación convierte el derecho en algo inadmisibles: pierde su apariencia de legitimidad al quedar de manifiesto su verdadero sentido, un sentido que el derecho recibe a partir de la función económico-social que desempeña. Es esa función del derecho, es decir, el funcionamiento de las normas e instituciones jurídicas en el contexto de una formación social capitalista, lo que da lugar a una realidad de injusticia y opresión.

Este descubrimiento no puede menos que resultar incómodo a la ciencia jurídica establecida, la dogmática jurídica, que aparece radicalmente cuestionada junto con el derecho a cuya aplicabilidad colabora. Queda así de manifiesto la incompatibilidad existente entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho realizada de esta manera: la dogmática jurídica no puede aceptar las conclusiones a las que llega una ciencia jurídica que pone en cuestión los fundamentos de legitimidad del derecho establecido.

Efectivamente, la misión de la dogmática jurídica es preparar el programa normativo del derecho para su cumplimiento y su aplicación. Parte, por tanto, de un supuesto incuestionado e incuestionable: la legitimidad moral del derecho en vigor sobre la base, en su caso, de la Constitución como norma suprema del Estado. Para la dogmática, el derecho precisamente es un dogma que no puede ser discutido. El dogmático no pone ni puede poner en cuestión el derecho, sino que acepta su validez como el teólogo acepta la verdad del evangelio.²³ Su actitud ante el derecho está presidida por el punto de vista interno, al que Hart se refirió, como sabemos, para calificar la perspectiva del participante, del “miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guías de conducta”.²⁴ Un punto de vista interno que en el caso de los jueces, que son al fin y al cabo los destinatarios de la dogmática jurídica, no designa únicamente el punto de vista de la normatividad, o sea, de la relación lógica de deber existente entre las normas y la acción, sino que designa además la aceptación del derecho como merecedor de obediencia, como criterio correcto o apropiado de conducta.²⁵

Ya Kelsen quiso expresar esta adhesión de la dogmática jurídica al derecho que aplica mediante la formulación de la *Grundnorm*, ese “supuesto transcendental” del pensamiento jurídico (dogmático) que confiere una validez hipotética al derecho. Mediante la *Grundnorm*, el jurista “supone” que el derecho es válido, y este supuesto es el que le permite elaborar normativamente el derecho como un conjunto de enunciados de derechos y deberes. La *Grundnorm* es la que funda el sentido específico del lenguaje jurídico y la que permite tratar el derecho desde el punto de vista de la práctica jurídica profesional.²⁶

²³ La similitud entre jurisprudencia y teología es algo que ha sido puesto de relieve una y otra vez desde hace mucho tiempo, debido al carácter sagrado que se les adscribe a los textos que ambas disciplinas adoptan como referente. Recientemente, el teólogo Hans Küng lo ha repetido una vez más al decir que “El evangelio de Jesucristo, por más que lo sometamos a la investigación histórico-crítica, tiene para el teólogo un valor de verdad al que no puede renunciar, igual que le sucede al historiador con la Historia o al jurista con la Constitución”, en “Religión: cambio de paradigma”, *Debats*, n° 72, 2001, pp. 39 y ss., p. 40.

²⁴ *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 111.

²⁵ *Ibidem*, p. 144.

²⁶ Acerca de esta relación entre dogmática jurídica y teoría pura del derecho, ver M. Saavedra: “La fundamentación kelseniana de la dogmática jurídica”, en Id.: *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1999 (2ª ed.), pp. 31 y ss.

Ciertamente, la validez a la que se refiere Kelsen es una validez puramente jurídica, equivalente al sentido normativo de la obligatoriedad: significa que el derecho es vinculante, que “debe” ser cumplido y aplicado. Hoy sabemos, sin embargo, que a la práctica jurídica no le basta un supuesto de ese tipo, es decir, sabemos que es impensable una validez puramente jurídica, independiente de connotaciones morales.²⁷ La dogmática jurídica, que pretende entender el mensaje normativo del derecho para llevarlo a la práctica, no puede cumplir su labor sin adoptar una actitud de participación en la producción de ese mensaje. Todo aquel que quiere entender un texto tiene que adoptar esta actitud. No puede distanciarse del texto con la pretensión de exponer su significado en un sentido puramente descriptivo. No entendería nada si no pudiese repetir “productivamente”, por decirlo así, las razones que han llevado a su creación y que son capaces de justificarlo. Tiene que tomar en serio las razones del texto, lo mismo que el sociólogo o el antropólogo tienen que tomar en serio las razones de los participantes en un determinado contexto de acción para poder entender dicha acción.²⁸ Tomar en serio las razones del texto, estar en condiciones de repetir las productivamente, equivale a tomar en serio sus pretensiones de justicia, y eso supone aceptarlas inicialmente. El jurista profesional, como todo intérprete del derecho, obligado por sus objetivos de *comprensión*, no tiene más remedio que actuar como un participante que acepta (al menos inicialmente, como digo, o, si se quiere, hipotéticamente) la validez moral del derecho en su conjunto. Por eso la *Grundnorm* kelseniana debería ser reinterpretada para que pudiese ser la expresión de esto: que el jurista que colabora en la reconstrucción y aplicación del derecho supone siempre, en virtud de su predisposición hermenéutica, la legitimidad o validez moral del derecho. Efectivamente, cuando el jurista se enfrenta a un problema interpretativo, intentará averiguar cuál es el sentido de la ley, y para ello tendrá que remitirse a aquello que la ley presupone: los fines pretendidos por su autor, los principios y valores que la cualifican, las razones sociales de su existencia. Deberá ponerse de parte de la ley y repensar lo que el legislador pensó en su momento o debería haber pensado en las circunstancias actuales. Es imposible, por tanto, esa actitud de neutralidad pseudocientífica ante el derecho con la que el positivismo pretende dotar al jurista y a la dogmática jurídica. Antes al contrario, tanto el jurista como la dogmática jurídica están epistemológicamente obligados a compartir con el legislador la pretensión de que el derecho es justo.²⁹

²⁷ Ver, sobre todo, R. Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984; *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Pero, antes que él, la hermenéutica jurídica alemana ya había puesto de manifiesto la interconexión entre el derecho formalmente válido y unos valores pre- o supra-jurídicos, es decir, la existencia de un nexo conceptual necesario entre la validez jurídica formal y la moral. Con importantes diferencias, las obras de J. Esser y A. Kaufmann avalan esta vinculación. Decir esto no equivale, evidentemente, a atribuir validez al derecho por su dependencia respecto de “un” determinado sistema moral, al que se supone legítimo. Equivale, más bien, a considerar el derecho como un aspecto del mundo moral. Ver ahora R. Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997.

²⁸ Ver J. Habermas: *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I, *op. cit.*, p. 155.

²⁹ Contra lo que algunos sostienen (por ej., M. Barberis: “Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra hermeneutica e pragmatica”, en *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 4, 1999, pp. 273 y ss.), esta sacralización del texto, propia de la dogmática, no excluye una aproximación pragmática al texto, aunque sí la consideración exclusiva del mismo bajo ese punto de vista. Por aproximación pragmática hay que entender la referencia del texto al contexto en el que se produjo como un específico acto lingüístico, por lo que la intención original y las circunstancias del momento en que vivían los autores sería lo que importa. Pero realmente, si la dogmática lo que exige es tomar en serio el texto como vehículo de la verdad, ella no excluye la investigación del contexto en que esa verdad fue formulada, siempre y cuando dicha investigación no redunde en perjuicio de la credibilidad que pretende tener el texto.

Pero si esto es así, hay que admitir, por otro lado, que para comprender el sentido de la ley el jurista debe proceder a una reflexión sociológica y filosófica en conexión y en continuidad con la reflexión sociológica y filosófica que haya realizado el legislador. Esto significa que no se puede separar la dogmática jurídica del resto de las ciencias sociales ni de la filosofía del derecho. No hay una verdadera solución de continuidad entre estos tipos de saber. La dogmática de la que hablamos aquí, como dije al principio, no es la concepción estrechamente científicista que entiende como dogma la dicción literal del texto o las elaboraciones lógicas y conceptuales, y que prescinde de consideraciones relativas a intereses, valores y principios. La dogmática jurídica lo es desde el momento en que toma el texto normativo como portador de un sentido valioso cuya aclaración y alcance para el caso concreto pretende fijar mediante los criterios hermenéuticos consagrados en el pensamiento jurídico. Las ciencias sociales y la filosofía del derecho contribuyen a precisar ese sentido, y por ello son indisolubles de la dogmática jurídica. La interdisciplinariedad es consustancial al pensamiento y al razonamiento jurídicos.

Por tanto, la característica más genuina de la dogmática (bien entendida y bien practicada) no es su concepción aislacionista del derecho, sino su actitud receptiva frente a él, una actitud que procede del hecho de aceptar su pretensión de validez. Movido por esta actitud, el jurista procede a dialogar con el legislador, tomándolo como un interlocutor que tiene algo que decir. Se deja aleccionar por él y en ningún caso pretende imponerse a sus ideas y decisiones. Comparte con él la creencia en la necesidad de regulación y en la justicia de la regulación adoptada. Hay una base común, una comunidad de intereses entre él y el legislador, y esto es lo que hace que sea receptivo al mensaje del derecho. Sobre esa base procederá a entender el mensaje del legislador de la forma más completa posible, sin desvalorizarlo y sin siquiera recluirlo en su envoltura literal, sino extrayendo de ella toda su plenitud de sentido.³⁰

Sin embargo, la crítica jurídica en el sentido de Marx supone una ruptura de la continuidad entre el plano del texto y el del intérprete, una ruptura de la comunidad que garantiza su entendimiento mutuo. La ciencia jurídica deja de ser dogmática y se convierte en crítica (en el sentido fuerte de Marx) cuando se produce esa ruptura. Y la ruptura se produce cuando el intérprete a través de su investigación llega a percibir el carácter ideológico del derecho, es decir, la contradicción entre su sentido aparente de universalidad y el sentido, más profundo, de particularismo derivado de la función que verdaderamente desempeña. Lo que distingue a la crítica del derecho como ideología es su carácter desmitificador, el intento de poner de manifiesto la no-verdad del derecho, su injusticia derivada de la parcialidad de los intereses a los que, según ella, el derecho responde. El intérprete (dogmático) se convierte en crítico cuando empieza a sospechar del derecho y, llevado por esa actitud de sospecha, acaba desenmascarándolo como algo inaceptable, extraño o ajeno. Su perspectiva deja de ser una perspectiva dogmática

³⁰ Evidentemente, esta actitud no puede dejar de tener las consecuencias señaladas por las teorías realistas de la interpretación del derecho, relativas al carácter creativo, y no rígidamente determinado por la ley, del razonamiento judicial. “Es la misma *fidelidad* a la ley, entendida como diálogo con ella, lo que hace a la jurisprudencia *creadora*”, dice A. Ollero en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 237; quien, por otro lado, califica la actividad jurídica (o judicial) como “filosofía práctica”, con la interpretación (en el sentido de la hermenéutica existencial) como “centro de gravedad” (*ibidem*).

al no poder mantener la fidelidad que lo unía al legislador. Entonces, el crítico adopta la actitud *explicativa* del que busca encontrar las razones del fracaso moral del derecho. Cuando se confirma su sospecha, deja de cooperar con el legislador en el mantenimiento del orden jurídico. Para el crítico sólo cabe la derogación de ese orden.³¹

Por eso, la reflexión que los jueces hacen sobre el derecho en un Estado de derecho no puede ser crítica en este sentido. Como dije al principio, en el Estado de derecho los jueces son unos colaboradores cualificados en el mantenimiento del orden jurídico, y sería contradictorio con los principios más básicos de este tipo de Estado abogar por una práctica jurisdiccional que llegase a cuestionar el derecho en vigor y a trastocar el sistema de fuentes establecido. Bajo el principio de legalidad, los jueces deben ser “comprensivos” del derecho en vigor en un sentido hermenéutico, lo que quiere decir que deben ser comprensivos de él y comprensivos con él. La actitud que gobierna su actividad no puede ser sino una actitud dogmática, y no crítica en el sentido de la crítica de la ideología. Si en su estudio del derecho llegasen a percibir un disvalor jurídico imposible de subsanar dentro de los márgenes del sistema, si en su análisis de los aspectos sociales del derecho descubriesen determinados efectos imposibles de asumir moralmente, no podrían ejercer la práctica jurisdiccional. Y si a pesar de todo la ejercieran, estarían violentando su propia conciencia moral, o, alternativamente, el principio de legalidad (que también, no lo olvidemos, es en último término un principio moral) si es que optan por ignorar o desvirtuar el derecho en vigor, o los hechos del caso. Claro que, para paliar la violencia moral que supone convertirse en artífices o ejecutores de una determinada injusticia, siempre les queda la opción de aplicar el derecho (que ellos creen injusto, pero que están obligados a aplicar) y advertir al legislador de la necesidad de cambiarlo o de corregir sus efectos en el caso concreto mediante el indulto de la persona que resultó condenada.³²

Esa advertencia al legislador (crítica, claro está) no dejaría de ser equivalente a la crítica que cualquier ciudadano podría hacer de cualquier aspecto de la legislación, es decir, una crítica que no tiene efectos jurisdiccionales y que los jueces pueden realizar evidentemente en cuanto ciudadanos, unos ciudadanos privilegiados, eso sí, por su proximidad al derecho y a los hechos. No es infrecuente este tipo de advertencias

³¹ Me he referido a esto en M. Saavedra: «Interpretación del derecho y democracia», en *Travesías* (Universidad Internacional de Andalucía, Santa María de la Rábida), Año I, N1 I, julio-diciembre 1996, pp. 235 y ss.

³² Tal como establece el art. 4.3 del Código Penal. De una manera similar expresa Duncan Kennedy las opciones que tiene el juez que percibe una contradicción entre las exigencias del derecho y sus propias convicciones acerca de “lo que el derecho debería decir”. Según él, el juez podría optar por: 1. Obedecer y aplicar la ley, acompañando su decisión con una opinión crítica urgiendo su reforma. 2. Retirarse del caso. 3. Decidir contra la ley sobre la base de cómo debería ser el derecho. 4. Decidir contra la ley sobre la base de un argumento jurídico implausible. 5. Decidir contra la ley sobre la base de hechos falsos. Y sostiene la opinión de que ninguna de estas opciones puede ser apoyada ni excluida *a priori*, dependiendo de las circunstancias la justificación final de cualquiera de ellas (“Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, 36, 1986, pp. 518 y ss., p. 558). M. Atienza llama trágicos a casos como éstos, y a otros similares, en los que la decisión por la que optase el juez implicaría el sacrificio de un valor fundamental desde el punto de vista jurídico o moral. Ver M. Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 252; también “I limiti dell’interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici”, en *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, n° 4, 1999, pp. 293 y ss.

judiciales al legislador. Pero ellas en el fondo responden a una actitud perfectamente dogmática por parte del juez, en la medida en que éste deja de imponer la decisión que cree hubiera sido más justa al estimar que el mantenimiento de la lealtad al legislador (bajo el principio de legalidad penal, por ejemplo) tiene un mayor peso moral que la solución que sería equitativamente exigible.³³

En cualquier caso, entre las opciones con las que cuentan los jueces que no están conformes con las consecuencias de la aplicación de una determinada norma, está también la posibilidad de “usar alternativamente el derecho”. Ahora bien, como práctica jurisdiccional en el marco del Estado constitucional, cualquier aplicación alternativa del derecho es también deudora del principio de legalidad, de una legalidad ampliada, evidentemente, hasta abarcar la Constitución misma y el sentido que ésta proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico. También los juristas alternativistas confían en la ley y/o en los principios jurídicos y les asignan la credibilidad que necesitan para actualizar su pretensión de validez. De ninguna manera llegan a romper por completo el consenso básico que les une con el legislador, aunque realicen una actividad innovadora respecto de la doctrina y jurisprudencia dominantes entre los profesionales del derecho. Ir más allá de esto es regresivo y equivale a situarse en una posición premoderna, en la que el gobierno de los hombres era preferible al gobierno de las leyes, y el paternalismo se daba la mano con el despotismo.³⁴

Así pues, los jueces están obligados, por la función que realizan, a adoptar una posición y a mantener una actitud de lealtad al legislador, o sea, de fidelidad al orden jurídico como un todo, con la Constitución a la cabeza. Este deber de fidelidad no es, obviamente, el deber de prestar obediencia o acatamiento al que están obligados todos los ciudadanos, especialmente los poderes públicos, y que en nuestro país se formula expresamente en el Art. 9.1 de la Constitución. El deber de lealtad de los jueces al legislador (o al orden jurídico como un todo) exige un compromiso moral, una adhesión interna, porque su origen está en el diseño de la función de juzgar en el Estado de derecho, que está vinculada al principio del imperio de la ley. No se entendería bien esta

³³ Como ilustración, podemos mencionar el caso resuelto recientemente por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, reseñado por la prensa nacional (Vid. el diario *El País* de 9 de septiembre de 2001). En él el juez advierte de las lagunas que plantea el art. 153 del vigente Código Penal, que castiga específicamente la violencia doméstica, pero no cuando se ejerce contra la pareja con la que se ha dejado de convivir, sino únicamente cuando la pareja convive en el mismo domicilio. Por ese motivo, y a pesar de darse en el caso en cuestión el requisito de la habitualidad, exigido por la ley, el juez asegura que no puede castigar al agresor de acuerdo con lo que prevé el mencionado artículo, al faltar el requisito de la convivencia conjunta, “a pesar –según él– de que sería probablemente la decisión más justa”. El juez añade que, en su opinión, y “por razones de equidad”, el caso que enjuició debería incluirse en el art. 153 y recibir una sanción más severa que la exigida por otras normas del mismo Código Penal, pero precisa que para ello habría de interpretar el texto legal en perjuicio del acusado, cosa que la ley misma le impide.

³⁴ Sobre el alcance y los límites de un uso alternativo del derecho legítimo en el Estado constitucional, ver M. Saavedra: “Estado constitucional y derecho alternativo”, en *Ajuris* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), nº 71, nov. 1997, pp. 351 y ss.; también N. López Calera: “¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?”, en *Claves de razón práctica*, nº 72, mayo de 1997, pp. 32 y ss. Sobre el reflejo del uso alternativo del derecho en la práctica de los tribunales de justicia, véase lo que en el ámbito del derecho brasileño, que es uno de los sistemas donde ha tenido un mayor alcance teórico y práctico, atestigua Amilton Bueno de Carvalho (dir.): *Direito Alternativo na Jurisprudência*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.

función si no se le supone al que la ejerce la adopción de esa actitud, que podríamos llamar cuasi-transcendental por ser inherente a la función o hacerla posible como tal. No se trata de una adhesión ciega, evidentemente, como sería la del subordinado que sólo tuviese en cuenta el tenor literal de la voluntad de su superior y se quedase sin criterio ante situaciones inesperadas. Es una adhesión creativa que deja margen al juez para la invención, pero que, en la medida en que éste tiene que colaborar para poner en práctica los objetivos pretendidos por el legislador, requiere precisamente del juez ponerse en su lugar y decidir como si fuese aquél el que decidiese en las circunstancias de cada caso siguiendo los criterios reflejados en la norma.³⁵

4 Las Posibilidades de la Crítica Jurídica en la Jurisdicción

Como opción teórica para el estudio científico del derecho, el modelo fuerte de crítica jurídica conserva toda su virtualidad. Sigue teniendo justificación una crítica del derecho realizada en este sentido mientras haya injusticias derivadas de unas instituciones diseñadas en beneficio de intereses particulares, mientras haya quien sienta una brizna de indignación provocada por la experiencia de un poder opresivo y legalmente establecido, por la exclusión social o la insoportable desigualdad ocasionada por unas normas jurídicas que dicen responder al interés general, mientras no se ponga freno a los mecanismos jurídicos de reproducción de un sistema económico depredador, ahora de alcance global, que produce para volver a producir, estimulando artificialmente el consumo a costa de poner en riesgo la vida sobre el planeta... Motivos para la crítica del derecho como ideología los hay, y las perspectivas desde las que esa crítica puede ser hecha son variadas, como hemos dicho antes, y no necesariamente están vinculadas a una concepción marxista de la sociedad y del Estado. Puede estar alentada por distintos horizontes utópicos, aunque, en su forma más característica, siempre implicará la intención de poner al descubierto la contradicción inherente a todo aquel derecho que se considera ilegítimo: la contradicción existente entre la universalidad de su apariencia y la particularidad de los intereses que protege.

Sin embargo, no voy a extenderme sobre esto. Voy a centrarme, más bien, en la crítica del derecho como modelo para la reflexión *judicial* en el interior del *Estado*

³⁵ Por otra parte, aunque este deber de lealtad tiene en principio un carácter ético-político (el mismo carácter que el principio del imperio de la ley, del que en definitiva deriva), los ordenamientos jurídicos contienen preceptos que lo hacen exigible con toda la fuerza del derecho. Así, suele haber una serie de garantías y responsabilidades para hacerlo efectivo que pueden ser más o menos intensas: pueden ser simbólicas como la exigencia de juramento, administrativas como la imposición de medidas disciplinarias, o incluso penales como el castigo de la prevaricación y de otros supuestos de corrupción. Algunos ordenamientos jurídicos pueden llegar a impedir el acceso a la función jurisdiccional a aquéllos que, debido a factores extraprofesionales como su militancia política o sus manifiestas convicciones ideológicas, no ofrezcan garantías suficientes de que van a ejercer esa función con fidelidad a los valores y principios constitucionales. El caso tal vez más conocido -y discutido- es el de la *Berufsverbot*, que, aplicada a todos los funcionarios, fue implantada en Alemania tras la segunda guerra mundial como un medio de defensa de la Constitución. Sobre el tema de la *Berufsverbot* hay una ingente bibliografía, sobre todo en la literatura alemana, pero es instructivo el estudio comparativo (y pionero en nuestro país) que A. Embid Irujo realizara en 1987 de los sistemas alemán y español acerca del tema de la fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Ver A. Embid Irujo: *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, INAP, 1987. Sobre el tema de la corrupción judicial, ver el capítulo sobre "Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción de los jueces", del libro de J. Malem: *La corrupción: problemas actuales* (en prensa).

constitucional de derecho. ¿Cuáles son sus posibilidades y cuál es la forma que puede adoptar la crítica jurídica para la función jurisdiccional en el marco de este tipo de Estado? Trataremos de responder a esta pregunta en lo que sigue. Pero antes hemos de hacer una aclaración, relativa a los supuestos que hay en el transfondo de este planteamiento: las Constituciones propias del Estado social y democrático de derecho no deben ser descalificadas globalmente como la cobertura ideológica de una realidad opresiva e injusta, sino que, aun con algunas dosis de ambigüedad, contienen elementos suficientes para considerarlas como el reflejo de un pacto entre libres e iguales, o como la expresión de las condiciones sociales de libertad e igualdad que permiten ese pacto. Para ello han de hacerse efectivos los derechos fundamentales consagrados en ellas, pero en la medida en que expresa o implícitamente contienen tal mandato de efectividad, poseen un considerable potencial de transformación de la realidad en un sentido emancipador. Por ello, la actitud “comprensiva” que debe adoptar el juez respecto a la Constitución no está viciada de ilegitimidad, y la colaboración que el intérprete presta al legislador para dotar de efectividad al orden jurídico no puede ser equiparada a la realización metódica y casuística de un poder opresivo y sólo en apariencia legítimo. La teoría marxista del derecho más ortodoxa, referida a los modernos Estados constitucionales, peca ella misma de parcialidad y dogmatismo al descalificar este tipo de derecho como derecho burgués o de clase. Debido a las diferenciaciones que el derecho liberal ha debido asumir en las sociedades pluralistas del Estado democrático y social, es preciso adoptar frente a él un juicio más ponderado y realista, en suma, más crítico. Otra cosa es que, desde el punto de vista de la lucha por la emancipación social y por la igualdad de todos (especialmente si ampliamos el ámbito abarcado por ese todos a todos los miembros de la especie), sea suficiente una ampliación de los derechos y de su ejercicio sin avanzar en la conquista de posiciones poder que complementen la eficacia de los derechos, y eliminen los obstáculos sistémicos con que tropiezan para que sirvan realmente de instrumento a fin de que todos podamos vivir en las mejores condiciones posibles de libertad e igualdad.³⁶

Pues bien, partiendo del principio básico e inexcusable de la lealtad del juez al orden jurídico constitucional, la crítica del derecho que éste puede ejercer es, de manera bastante obvia, *la denuncia de las contradicciones y lagunas en las que puede incurrir el desarrollo del mismo por obra del legislador y de la Administración.* Es decir, la crítica estará justificada en su sentido ético y jurídico allí donde se detecte una incongruencia entre una norma y los valores fundamentales del sistema jurídico en vigor, e igualmente donde se perciba la falta de plenitud del sistema por omisión indebida de quien tiene la obligación de dotar de efectividad a tales valores. Esta es una tarea importante que rompe los límites de un legalismo estrecho y formalista, para dar paso a una práctica jurisdiccional tendente a afianzar los derechos y libertades de la persona, a frenar los abusos del legislador y la arbitrariedad de la Administración. A esta modalidad de crítica se refiere L. Ferrajoli como algo que compete a los juristas y a los jueces.³⁷

³⁶ Ver J. R. Capella: *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Ed. Trotta, 1993, esp. pp. 135 y ss.; P. Barcellona: *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Ed. Trotta, 1992, esp. pp. 105 y ss.

³⁷ L. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 871 y ss. Por su parte, M. Maresca: “El lugar de la justicia”, en *Jueces para la democracia*, 20, 3/1993, pp. 7 y ss., sostiene que el compromiso de los jueces con el Estado democrático de derecho les obliga a “pensar la democracia como una vocación de poder constituyente con vocación de poner en cuestión de manera sistemática el poder constituido” (p. 11).

Al frente de esta tarea se encuentran los magistrados de los tribunales constitucionales allí donde disponen de competencia para una revisión constitucional de las leyes, pero también los jueces ordinarios participan en el mantenimiento de la coherencia del orden jurídico al fiscalizar la legalidad de las decisiones adoptadas por el poder ejecutivo y las Administraciones públicas. En definitiva, es ésta una crítica que se resuelve en el descubrimiento y la descalificación del error cometido por un agente jurídico en el ejercicio de sus competencias legislativas o de emisión de normas jurídicas en general, con la consiguiente anulación de la norma o decisión correspondiente. La crítica, y el correspondiente juicio negativo de valor en la que se resuelve, se justifica en virtud del criterio de coherencia y sistematicidad que debe ser inherente al orden jurídico si quiere configurarse como orden racional, y en ese sentido no se diferencia sustancialmente de una dogmática entendida de manera flexible y comprensiva.³⁸

Esta descalificación no se basará siempre en una simple y formal confrontación entre una determinada disposición del orden jurídico y otra que merece prevalecer de acuerdo con los criterios de coherencia del sistema. Antes al contrario, muchas veces esa confrontación se basará en un desvelamiento y análisis de las relaciones de la disposición jurídica en cuestión con otros datos de la realidad social, a partir de los cuales dicha disposición adquiere todo su relieve. Así, por ejemplo, la crítica puede mostrar los efectos indeseables a que conduce una mala legislación, compartiendo el crítico con el legislador un mismo universo de valores e ideales ético-jurídicos. Aquello que el legislador no había previsto puede el crítico, con más conocimiento sociológico o de cualquier otra clase, descubrirlo. Esta es tal vez la forma de crítica más común entre juristas. Es una crítica interna porque no pone en cuestión el derecho, sino una disposición jurídica en particular dejando incólumes las bases del sistema. Cuando la doctrina (o la opinión pública) critica una norma sobre penalización del tráfico de drogas,

³⁸ Que el control de la legislación esté en manos de los jueces no es (ni ha sido nunca) un asunto pacífico en la doctrina filosófico-jurídica y constitucionalista bajo el argumento de que, desde un punto de vista democrático, es preferible la interpretación de la Constitución hecha por el legislador, políticamente responsable y socialmente representativo, a la realizada por los jueces, que no son ni lo uno ni lo otro. Sobre el particular, ver, por ejemplo R. Gargarella: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996. Claramente en contra del control judicial de constitucionalidad se pronuncia M. Tushnet: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. El control judicial de la Administración no es un asunto tan polémico, excepto cuando ese control pretende extenderse a la actividad de carácter discrecional que le es propia. En este caso, los argumentos contra el "activismo" judicial se cruzan con los argumentos en favor de que la actuación administrativa sea razonable. Sobre el tema, ver Tomás R. Fernández: *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1997 (20 ed., ampliada); y del mismo autor: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, monografía ésta que versa sobre el control de la actividad legislativa realizado por el Tribunal Constitucional bajo el argumento específico de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y donde, por otra parte, da cuenta del debate ocasionado en los últimos años en España entre señalados administrativistas y teóricos del derecho en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa, un debate ocasionado a raíz precisamente de las primeras tomas de posición del autor sobre el tema. Y, ya sobre la discrecionalidad específicamente judicial y sus posibles controles metodológicos, ver el libro, más reciente, de Alejandro Nieto: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000.

por ejemplo, por los inconvenientes que puede tener relativos al aumento de la delincuencia, la corrupción policial y el gasto público dedicado a reforzar los aparatos de seguridad colectiva, adhiriéndose al mismo tiempo al valor de la salud pública y ofreciendo alternativas para protegerlo, está haciendo una crítica de este tipo.

Cuando un juez deja de aplicar una ley para aplicar un principio, como en los casos difíciles de Dworkin, debido a los intolerables efectos que generaría dicha disposición legal sobre la correspondiente constelación de casos a los que a simple vista parecía ser aplicable, está decidiendo sobre la base de un razonamiento crítico similar. Este razonamiento crítico no tiene el carácter de una ruptura con el legislador, ya que comparte con él la misma creencia en el universo valorativo dado con las bases del sistema. Lo que hace es corregir al legislador en algunos aspectos (o, mejor dicho, matizar el alcance o el sentido de la legislación), bajo el supuesto de que él no podría dejar de hacer lo mismo a la luz de las circunstancias percibidas desde la posición que el juez actualmente ocupa. Corregirlo para el caso concreto, evidentemente (y todos los demás que puedan presentarse similares a él), lo que no equivale a invalidar la ley a todos los efectos, cosa que sólo puede hacer, en su caso, el Tribunal Constitucional.³⁹

Fuera de esta modalidad de crítica jurídica ¿qué otro tipo de crítica pueden realizar los jueces? Si la Constitución es la que presta cobertura a toda actividad legislativa, el desvelamiento de intereses espúreos o de funciones y efectos inadmisibles de la legislación debe ser contrastada lógicamente con la Constitución, y si la legislación supera ese contraste, entonces hay que examinar la Constitución misma y sospechar de ella si se llega a la conclusión de que es imposible subsanar la legalidad por quedar bajo el amparo que aquélla le brinda.

Pero, como hemos visto, la lealtad a la Constitución impide a los jueces traspasar el sentido, expreso o implícito, de sus preceptos y principios normativos. Les impide, precisamente, sospechar de ella. Colocados bajo este punto de vista, sólo pueden interpretarla, y en esta tarea sólo pueden llegar hasta el punto que les permita seguir manteniendo su pretensión de validez.

Toda crítica del derecho tropezará con el límite de aquello que le sirve al mismo tiempo de base: la interpretación de las normas constitucionales. Por tanto, desde este punto de vista, la cuestión de la crítica del derecho se convierte en *la cuestión de si es posible una "interpretación crítica" de la Constitución y qué significado habríamos de darle a esta expresión paradójica*. Abordemos, pues, esta cuestión sin más dilaciones.

³⁹ Aunque sean conscientes de los malos efectos de una determinada norma, no siempre podrán los jueces eludir su aplicación eligiendo otra mejor. Sobre todo cuando lo que tienen que aplicar son normas penales, en las que el principio de legalidad es más estricto. Aunque sean conscientes de que las leyes que castigan el tráfico de drogas son contraproducentes, no tendrán más remedio que castigar penalmente a los infractores. Al igual que no tendrán más remedio que aplicar – y es otro ejemplo – determinadas leyes fiscales que reducen de manera desproporcionada la carga impositiva de los contribuyentes más acaudalados o con mayores ingresos, sabiendo que tales leyes ocasionan una reducción del gasto público y, por tanto, una degradación de los servicios públicos – y en último término una limitación de la efectividad de los derechos sociales.

Al asumir e interpretar la Constitución, los jueces⁴⁰ están obligados a llegar tan lejos como lo requiere una intelección comprensiva y, por tanto, *también* genética y funcional de la norma. Los jueces, en este sentido, deberán realizar una reflexión sobre los valores y principios constitucionales que sea capaz de profundizar en su relación con todos aquellos factores que pueden explicar su origen y aclarar su función, contribuyendo así, en definitiva, a precisar y a fundamentar epistemológicamente el juicio de valor en el que vimos que concluye todo enjuiciamiento crítico.

Como decimos, el proceso de investigación debe estar dominado, en principio, por una actitud simpatética con el legislador y su obra. El pre-juicio con el que se acercan a la Constitución debe ser positivo en la mente y en el corazón de los jueces, aunque esto no quiere decir, una vez más, que deban asumirla ciegamente, es decir, acrítica o dogmáticamente. Al final del proceso, ese pre-juicio positivo quedará confirmado y afianzado epistemológicamente, o tal vez rebatido y transformado en un juicio negativo que cuestiona argumentativamente el precepto constitucional correspondiente. Esto último representará un verdadero problema para los jueces, porque ¿cómo podrían hacerse partícipes y colaboradores de un programa constitucional que no pueden asumir como propio? Sin embargo, el afianzamiento epistemológico del juicio de valor favorable a la Constitución, producido como consecuencia de un conocimiento más completo y preciso de sus relaciones genéticas y funcionales, supondrá el pleno cumplimiento de la función a la que han sido llamados.

Pero hablemos de los factores que pueden contribuir a interpretar críticamente la Constitución. Y, en primer lugar, hablemos de los factores que, como hemos dicho, están detrás de su origen.

4.1 La reflexión sobre las circunstancias genéticas de las normas

El universo formado por las circunstancias genéticas de un texto normativo es, sin duda, el conjunto de necesidades y de intereses, personales y sociales, que el texto intenta satisfacer; el conjunto de expectativas, de aspiraciones y de deseos a los que el texto intenta responder. El juez debe reflexionar sobre todo ello. Y puesto que en su reflexión (crítica) debe aceptar la vinculación (dogmática) que le une con el legislador, en este caso con el autor de la Constitución, el juez debe ponerse en su lugar y *compartir con él la concepción de la persona y de la sociedad que se supone propia del autor de la Constitución, y que es la que ordena e integra el conjunto de aquellas necesidades,*

⁴⁰ Con independencia de que aquí se hable en general de los jueces, hay que tener en cuenta que en cada país, y en función del correspondiente sistema jerárquico de la jurisdicción, pueden variar los agentes dotados de la máxima competencia para la interpretación constitucional. Recordemos que, en el nuestro, el art. 5, 11 de la LOPJ dispone que: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Esto no implica que quede excluida o anulada por principio la interpretación que de la Constitución puedan hacer por sí mismos los jueces ordinarios. En la práctica, sin embargo, será el Tribunal Constitucional el que ejerza un casi monopolio de esta función como actividad jurídicamente vinculante.

intereses y deseos. En esto el juez debe esforzarse por ser crítico también de sí mismo y descubrir y adaptar las pre-comprensiones que guían su interpretación del texto a la comprensión que de la cosa misma tenía el autor responsable del texto. Su posición de intérprete obliga al juez a entablar un diálogo con el presunto autor de la Constitución, un diálogo llevado con la intención de mantener el acuerdo, y por tanto a respetar – inteligentemente, eso sí – las opciones valorativas realizadas por él. Decir “inteligentemente” es importante, porque haciéndolo así, el juez podrá entender tales opciones desde la perspectiva de su propio presente, y podrá, por tanto, sin perjuicio del acuerdo, desarrollar su alcance normativo en circunstancias cambiantes. Para ilustrar esto es pertinente el ejemplo, tantas veces aludido, de la prohibición constitucional de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes. La fidelidad al autor del precepto no implica ser fieles a la extensión semántica que en su época tuviera el término crueldad, y que sin duda varía a lo largo del tiempo. Se puede suponer legítimamente que es la crueldad lo que él quería ver desterrada del Código Penal, y no un número determinado y exhaustivo de casos concretos (por lo demás, imposible de determinar *a priori*).

Esto es un poderoso argumento en contra de las teorías que abogan por que el juez se decante, a la hora de interpretar el derecho, por descubrir y hacer efectivas las intenciones concretas que albergaba el legislador histórico al que se debe la promulgación de la norma. ¿Interpretación subjetiva, o interpretación objetiva? ¿Intención psicológica original del autor, o significado objetivo de la ley? Se ha vertido mucha literatura sobre el asunto, y aquí no podemos dar cuenta de esta disputa. Es ésta una disputa que pertenece al campo de la teoría de la interpretación en general y de la teoría de la interpretación del derecho, pero que adopta unos perfiles específicos en el caso de la interpretación constitucional, debido tanto a la mayor indeterminación del texto constitucional respecto a lo que es habitual en el derecho ordinario (el carácter de norma *principal* de la Constitución), como a la posición que la norma constitucional ocupa dentro de la estructura del orden jurídico del Estado (su carácter de norma *principal* del ordenamiento). Esto hace en principio cuestionable que sea un cuerpo de jueces el llamado a interpretarla por encima de un parlamento democráticamente representativo (en el caso del control de constitucionalidad de las leyes), y hace razonable la apelación a que, si han de ser ellos los protagonistas de ese control, intenten siempre averiguar la intención original del legislador constitucional a fin de no imponer sus propias concepciones en el proceso de la interpretación por encima de las concepciones del parlamento.⁴¹

Ahora bien, con independencia de lo que se pueda sostener en torno a la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes (sobre lo que no es preciso

⁴¹ Ver sobre esta disputa, que ha tenido y tiene especial relieve en la literatura anglosajona, el libro de P. de Lora Del Toro: *La interpretación originalista de la Constitución Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, BOE y CEPC, 1998; también J.J. Moreso: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997. W. Brugger: “Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika”, en P. Häberle (ed.): *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge/Band 42, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1994, pp. 571 y ss. ofrece un panorama de las distintas tendencias doctrinales existentes en la literatura norteamericana sobre la interpretación constitucional. Sobre la interpretación del derecho en general en la teoría jurídica contemporánea, I. Lifante Vidal: *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999.

pronunciarse en este momento), sí hemos de decir que la fidelidad debida por el intérprete al autor del texto le es debida en virtud de su texto (que es lo que el intérprete se apresta a interpretar), y que la lectura y comprensión de ese texto no debería en ningún caso ignorar su historia: tanto la de los efectos que ha producido a lo largo del tiempo, como la de los efectos que sobre él ha tenido todo lo que ha ocurrido a partir del momento en que fue redactado.⁴²

Pero más importante aun, a fin de precisar la fidelidad del juez al texto constitucional, es contestar la pregunta: *¿quién es ese presunto autor de la Constitución con el que el juez debe dialogar y cuyas concepciones sociales, morales y políticas debe respetar?* No está nada claro que el autor de la Constitución al que deben lealtad los jueces sea aquel o aquellos personajes históricos que la redactaron. Efectivamente, no hay más autor de la Constitución en este sentido que aquellos que aceptan y mantienen actualmente su vigencia. Si no la autoría de la Constitución en sentido literal, sí radica en ellos la fuente de su *autoridad*.⁴³ En los términos de la teoría de la validez jurídica de Hart, no hay otra razón de que la Constitución vincule que el reconocimiento de los que se vinculan por ella. O mejor dicho, matizando el pensamiento de Hart: lo que vincula no es el simple reconocimiento de los ciudadanos, sino las razones que llevan a los ciudadanos a su reconocimiento. Me refiero, evidentemente, a las razones morales y políticas, no a consideraciones prudenciales y motivaciones psicológicas, puesto que son las razones morales y políticas las únicas que pueden sostener y renovar el reconocimiento *público* o *públicamente compartido* de un sistema jurídico. Esto es lo que no ha sabido ver Hart con su «norma de reconocimiento», que para él es el último dato que funda la validez jurídica: que el reconocimiento que dota de validez al derecho no es una cuestión de hecho para la que resultaría indiferente la cualidad de sus motivos, sino que se basa en razones de carácter moral, y que en estas razones reside verdaderamente el fundamento de validez de las normas jurídicas.⁴⁴ Y, si no entendemos la Constitución como una “carta otorgada”, como un documento que refleja y remite inexcusablemente a la voluntad de un personaje o personajes históricos, entonces las razones de su validez no habrá que buscarlas en la renuncia o el abandono de la autonomía moral en las manos de un poder en el que se confía ciegamente, como si

⁴² Gadamer habla, en este sentido, de la necesidad de hacer consciente la historia de los efectos, de la fusión de horizontes, y de la aplicación del texto a la situación actual del intérprete, como momentos del proceso de toda interpretación correcta. Ver *Verdad y método*, *op. cit.*, pp. 370 y ss.

⁴³ Así lo vio ya Hobbes en el *Leviatán*: “Porque el legislador no es aquél por cuya autoridad se hicieron las leyes en su origen, sino aquél por cuya autoridad continúan ahora siendo leyes” (cap. XXVI, Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 350). Hart recupera esta idea reelaborándola en la forma por todos conocida de la “regla de reconocimiento” (ver *El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 79).

⁴⁴ Según Hart, en la base de la aceptación del derecho por parte de los ciudadanos no tiene por qué haber forzosamente razones morales. «El acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros.» (*El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 251). En el mismo sentido se pronuncia en el epílogo a la segunda edición inglesa de *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 257. Pero, si bien esto puede ser así para el caso de los ciudadanos considerados particularmente, no lo es para los ciudadanos considerados como miembros de la esfera pública, que es el lugar donde el reconocimiento adquiere su plenitud como concepto normativo capaz de desplegar efectos vinculantes. Si no, no se entiende cómo el reconocimiento, en cuanto simple hecho empírico, por muy motivado que esté por otros datos empíricos, puede ser fundamento de obligaciones. En el mismo sentido, R. Alexy; *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 122.

fuese la divinidad, sino en el compromiso de reconocernos mutuamente entre todos los ciudadanos la capacidad de discernir lo que vale y lo que no, lo razonable y lo recusable.

Por tanto, con quien debe compartir el juez una concepción global de la persona y de la sociedad, al interpretar críticamente la Constitución, es con el resto de los ciudadanos, que son los sujetos constituyentes, los que forman parte del pacto constitucional que expresa el mutuo reconocimiento. ¿Cómo es esto posible en una sociedad heterogénea en la que distintos ciudadanos profesan distintas concepciones del mundo y por tanto pueden apelar a distintas razones de carácter moral, filosófico e incluso religioso para reconocer o aceptar la Constitución? Como sabemos, la respuesta de Rawls es que se hace obligado entender la Constitución como el producto de un consenso entrecruzado, de un consenso resultante del solapamiento de las distintas doctrinas comprensivas y razonables que pueden existir en una sociedad pluralista, prescindiendo a la hora de interpretarla de las razones y creencias últimas sostenidas por los distintos individuos o grupos sociales, que sólo pueden ser parciales y excluyentes. De ahí que el liberalismo político sea la filosofía a la que responden las Constituciones democráticas, un liberalismo entendido según él precisamente en sentido político y no en un sentido comprensivo o metafísico.⁴⁵

El núcleo de ese liberalismo es una teoría de la justicia cuyo primer principio establece la igualdad de derechos: cada persona debe tener el mismo derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.⁴⁶ Es indiferente, según Rawls, el sustrato último que cada uno le dé a esta exigencia de reconocimiento político de los derechos, dada la diversidad de doctrinas y creencias que forman ese sustrato y la indemostrabilidad de las mismas. Por eso estamos obligados a argumentar políticamente (al menos respecto a las cuestiones constitucionales esenciales) según el ideal de la razón *pública*, es decir, con base en razones que todos los ciudadanos puedan compartir.⁴⁷

El juez que aplica la Constitución está obligado, por tanto, a argumentar según este ideal de la razón pública.⁴⁸ ¿Significa esto no poder profundizar en el sentido de los

⁴⁵ J. Rawls: *El liberalismo político*, Barcelona, Ed. Crítica, 1996, esp. pp. 229 y ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 328.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 247 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 266 y ss. Y ello a pesar de lo difícil que puede llegar a ser en la práctica que un cuerpo de magistrados argumente siempre de esta manera. R. Gargarella, en "John Rawls, el liberalismo político, y las virtudes del razonamiento judicial" (*Isegoría*, 20/1999, pp. 151 y ss.) alude a esta dificultad, puesta de manifiesto entre los que critican la propuesta de Rawls, y afirma que "lo que se critica, en definitiva, es la idea de que la reflexión aislada de unos pocos individuos –sean éstos quienes sean– pueda garantizarnos (mejor que otros procedimientos posibles) la imparcialidad en la toma de decisiones" (*Ibidem*, p. 153). El otro tipo de objeciones mencionadas por R. Gargarella, relativas no a las dificultades prácticas, sino a la bondad de este modelo de razonamiento judicial en cuestiones constitucionales, no parece que sean tan pertinentes de acuerdo con el argumento general desarrollado en este trabajo. También M. Tushnet (*Taking the Constitution Away from the Courts*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.) admite como legítimo el recurso por parte de los jueces, incluidos los jueces constitucionales, a argumentos que no son exclusivos de la razón pública entendida en el sentido rawlsiano, es decir, a argumentos de tipo religioso, basándose en que el discurso público de los ciudadanos (que está en la base legitimadora de la Constitución y de las leyes) puede incluir legítimamente argumentos de este tipo. No obstante, hay que insistir en lo contrario: una legitimación del ejercicio de la fuerza sobre los demás (es decir, de la ley y de su aplicación) sólo se consigue si se puede esperar razonablemente que los demás lo aceptarían sobre la base de argumentos generalmente aceptables, no exclusivos de una visión del mundo particular e indemostrable.

derechos para preservar el razonamiento jurídico del riesgo de caer en una metafísica partidista? Si ésta fuese la consecuencia del ideal de la razón pública, el juez constitucional quedaría paralizado. Y, sin embargo, cuando el juez se enfrenta a un problema de interpretación de derechos fundamentales no puede dejar de preguntarse por el fundamento de esos derechos, un fundamento que se encuentra más allá de lo expresado en la norma constitucional y que pertenece al ámbito de su filosofía implícita.⁴⁹ El que está familiarizado con el razonamiento jurídico sabe bien que las consecuencias normativas de los derechos varían según el fundamento que se les atribuya a éstos. Por eso hace falta una teoría de los derechos fundamentales que ofrezca una respuesta razonada y generalmente aceptable al porqué de su fundamentalidad y a su alcance en el caso concreto.⁵⁰

Pues bien, una teoría de los derechos fundamentales que no sea excluyente, que no se haga acreedora del reproche de parcialidad y dogmatismo, que pueda afrontar las críticas ajenas sin necesidad de recurrir a unos presupuestos indemostrados e indemostrables, sólo puede ser una *teoría democrática de los derechos fundamentales*.

En una teoría democrática de los derechos fundamentales las ideas básicas son las de autonomía y participación. Para dicha teoría, el sentido de los derechos es el de mantener siempre activas las estructuras políticas y las condiciones sociales de igual libertad, es decir, de igual autonomía y participación, a fin de hacer posible renovar constantemente el pacto constitucional. Ellos son la garantía de un proceso de decisión abierto a todos los miembros de la sociedad, no excluyente ni desequilibrado, en el que los intereses y las expectativas de todos puedan ser tenidos en cuenta y hechos valer en igualdad de condiciones. Derechos humanos y soberanía popular son, como dice Habermas, de igual valor y tienen el mismo origen: "ambos son, a nivel conceptual, cooriginales."⁵¹

⁴⁹ Esta es, por cierto, una pregunta que muestra nuevamente los límites del positivismo jurídico, no ya en la conceptualización de la validez, sino en lo relativo al contenido del derecho. El positivismo jurídico tropieza con la Constitución como norma fundamental dada o positiva, y no puede traspasar el umbral que ésta abre hacia el ámbito de la moral y de la política, que es donde los derechos y principios constitucionales concentran todo su sentido virtual. Y, sin embargo, como dice Zagrebelsky, es necesario ir de lo puesto a lo supuesto, porque "lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto." (Ver G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 9). También en este caso la hermenéutica jurídica alemana ha sabido ver, antes que otras contribuciones posteriores de influencia anglosajona, las debilidades epistemológicas del positivismo jurídico. Para confirmar esta opinión, ver, por ej., G. Zaccaria: *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padua, CEDAM, 1990.

⁵⁰ Como dice A. E. Pérez-Luño: "Los derechos fundamentales entrañan y presuponen, en suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que la labor hermenéutica tendente a concretar el alcance del sistema constitucional de los derechos fundamentales se halle condicionada por las preconcepciones que le sirven de base." (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, 20 ed., p. 296).

⁵¹ Ver J. Habermas: "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", en *Ratio Juris*, vol. 7, n1 1, 1994, págs. 1 y ss., p. 2; también *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998. Me he pronunciado más ampliamente sobre esto en M. Saavedra: "El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz", en *Doxa*, n1 15-16, 1994, pp. 95 y ss.

Así, los derechos fundamentales no son fundamentales sólo porque en la sociedad exista de hecho un consenso (casi) universal en torno a su importancia. No es el *hecho* de ser reconocidos como fundamentales lo que les dota de su *status*. Esto es secundario, porque para que ese reconocimiento tenga auténtico valor es preciso que se haya dado bajo unas condiciones previas valiosas, es decir, bajo unas condiciones de partida que aseguren que el asentimiento general no está viciado por la fuerza o el engaño, y que han prevalecido efectivamente razones en el proceso que ha conducido a él. Tampoco son fundamentales en virtud de una interpretación objetiva de la constitución básica o de los fines últimos de la naturaleza humana, en sentido iusnaturalista. Esto, a su vez, es siempre relativo y excluyente, porque el sustrato antropológico en el que habría que basar esa constitución, o del que habría que deducir esos fines, es un postulado que sólo puede ser formulado e interpretado mediante la actividad discursiva de unos y de otros. Por tanto, es la actividad discursiva de todos los sujetos y sus condiciones de posibilidad lo que hay que proteger antes que nada como derechos fundamentales.

Por eso, el único fundamento universalmente aceptable de los derechos fundamentales en una sociedad pluralista sólo puede ser de naturaleza procedimental: ellos son fundamentales porque hacen posible la existencia de la independencia personal y el despliegue de la participación social y política compartida que son necesarias para ponerse de acuerdo entre todos acerca de la importancia de determinados fines, o, de manera especular, para oponerse razonadamente a los fines tenidos por otros como generalmente aceptables. Esta interpretación procedimental de los derechos fundamentales descansa ella misma en el reconocimiento mutuo de los seres humanos como personas merecedoras de la misma consideración y respeto, algo que para muchos, siguiendo a K. O. Apel, está implícito en el mismo acto de habla moral. Por tanto, los derechos fundamentales son la consecuencia político-jurídica que habría que desprender del reconocimiento mutuo implicado normativamente en la práctica comunicativa, sin la cual es sencillamente impensable la sociedad humana.⁵²

De esta manera, la crítica judicial del derecho tiene, desde luego, un campo enorme para desplegarse. Su objetivo será argumentar en favor de una interpretación del derecho coherente con las normas constitucionales, y en favor de una interpretación de la Constitución coherente, a su vez, con esta concepción de los derechos fundamentales basada en las ideas de autonomía y participación. A esto conduce el propósito de interpretar críticamente la Constitución. La investigación de su génesis o de su origen histórico obliga a enlazar con los intereses y las expectativas de los ciudadanos, o mejor aun, como he dicho antes, con la concepción de la persona y de la sociedad que aglutina y ordena tales intereses y expectativas. Pero es que esta concepción no puede ser otra, si se piensa en una sociedad pluralista en la que pugnan distintos discursos, razones y argumentos, que aquélla en la que a la persona le es atribuido un conjunto de derechos como condición que le permite postular, acordar y cambiar cualquier constelación, que siempre será histórica y relativa, de intereses y expectativas.

⁵² Ver K. O. Apel: "El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de la fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia", en Id.: *Transformación de la filosofía*, Vol. II, Madrid, Ed. Taurus, 1985, pp. 341 y ss. Y J. Habermas: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ed. Península, 1985; *Facticidad y validez*, op. cit.; *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Ed. Paidós, 1999.

Así pues, es al afianzamiento y consolidación de las condiciones y garantías que aseguran la soberanía popular a lo que obliga una interpretación crítica de la Constitución. El sentido procedimental de tales condiciones y garantías no debe perderse de vista. Bien entendido que, si se habla de procedimentalismo, éste no ha de ser entendido en sentido estricto, sino en el más amplio sentido, porque para que los ciudadanos participen autónomamente en los procesos de decisión política, y puedan cuestionar las decisiones ya tomadas, han de ser protegidas todas aquellas condiciones que hacen que el ciudadano viva su propia vida y hable su propia voz, y que quedan reflejadas en el concepto de democracia deliberativa.⁵³

De esta manera es como el juez constitucional (y, por extensión, todos los demás jueces) puede acreditar su lealtad a ese presunto autor de la Constitución al que antes me refería, es decir, al resto de los ciudadanos. En el preceptivo diálogo hermenéutico que tiene que entablar con ellos, el juez crítico deberá guiarse, antes que por el consenso ético existente en la sociedad en torno al modo de expresar y responder a las necesidades, intereses y deseos, por la exigencia de proteger las condiciones sociales y estructurales que permiten la identidad, la independencia y la manifestación de voluntad de todos los ciudadanos, ya que son éstos los requisitos previos indispensables para que ellos puedan definir necesidades, y expresar intereses y deseos.⁵⁴ El consenso ético-jurídico socialmente existente deberá ser auscultado y hecho prevalecer en la interpretación de la Constitución, pero no si ello supone vulnerar o aminorar las garantías de integridad, autonomía y participación de los individuos en los procesos en los que se articula y define su soberanía personal y política. Es cierto que el individuo no puede ser defendido sin defender al mismo tiempo las condiciones culturales y las formas de vida (de carácter colectivo) que definen su identidad (esto es

⁵³ Ver J. Habermas: *Facticidad y validez*, op. cit., passim. Una interpretación de la Constitución coherente con los principios procedimentales de autonomía y participación es lo que viene propugnando un sector muy significativo del constitucionalismo actual. Así, además de Habermas, ver P. Häberle: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation», en Id.: *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1978, pp. 155 y ss., publicado en castellano con el título "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución", en Id.: *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Ed. IVAP, 1996, pp. 15 y ss.; del mismo autor, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als 'fünfter' Auslegungsmethode», en Id.: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1992, pp. 27 y ss., p. 34. Ver también J. ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. Igualmente, D. Richards: *Tolerance and the Constitution*, Oxford University Press, 1986. Un interesante estudio sobre este paradigma constitucional y su aplicación al problema de la desobediencia civil lo ofrece J. A. Estévez Araujo: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Ed. Trotta, 1994.

⁵⁴ Este es también el criterio que define en último término la argumentación judicial en el Estado de derecho como una argumentación de carácter racional, más allá de los criterios puramente formales de racionalidad, ya que el afianzamiento de los derechos fundamentales como requisitos procedimentales que posibilitan la autonomía personal y política, es la traducción institucional de las exigencias de la racionalidad dialógica de la argumentación jurídica, es decir, es la consecuencia que se deriva del postulado de abrir el proceso de argumentación jurídica a las razones de todos los implicados en él. Sobre esto me he pronunciado más extensamente en "La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley", en *Jueces para la Democracia*, nº 18, 1/1993, pp. 3 y ss.

algo que la filosofía política comunitarista ha señalado con razón), pero en la siempre necesaria acomodación entre derechos individuales y valores colectivos, habrá de buscarse un punto de equilibrio que no suponga la exclusión de las minorías, y que no implique la imposición coactiva de una idea de bondad o de virtud (siempre relativa, indemostrable y contingente) sobre el derecho de otros a vivir de acuerdo con sus propias preferencias.

Un ejemplo de esto es la consideración que merece la cuestión del aborto, de la eutanasia, de las prácticas sexuales no convencionales entre adultos, de la emisión de pornografía por los medios de comunicación, o de la unión afectiva y estable entre personas del mismo sexo. ¿Cómo habrían de enjuiciarse estas prácticas de acuerdo con una Constitución democrática? O, lo que es lo mismo, ¿cómo habrían de interpretarse los respectivos preceptos constitucionales que en principio les son aplicables? El criterio de la razón pública obliga a excluir argumentos de tipo religioso o extraídos del contexto de una visión particular y excluyente del mundo. Si los preceptos constitucionales han de apoyarse en razones que todos los ciudadanos puedan aceptar, los argumentos decisivos habrían de ser aquéllos que son más coherentes con el sentido de una Constitución laica y plural: los que refuerzan la autonomía personal. Aunque a algunos les parecerá excesivo un grado de autonomía que vaya más allá de ciertos límites que ellos calificarían de tolerables, porque preferirían que la conducta de todos se amoldase a una concepción ética de la vida, la única que ellos estarían dispuestos a aceptar como “buena”. Pero este parecer es cuestionable: la moral está antes que la ética, y si bien el derecho participa de ambas, debe siempre mantener los fundamentos (morales) de la soberanía popular por encima de las expresiones (éticas) a las que esa soberanía históricamente conduce.

Por la misma razón, la autonomía ciudadana se distingue también de la opinión pública o mayoritaria existente en la sociedad sobre un tema concreto en un momento dado. Aunque la mayoría manifieste de alguna forma su apoyo a una determinada interpretación de la ley, la protección de los derechos individuales como garantías de libertad e independencia personal exige hacerlos prevalecer sobre lo que la opinión pública pueda exigir en torno a las controversias jurídicas que muchas veces trascienden al fragor de los medios de opinión. En un Estado democrático los jueces deben garantizar la democracia en contra del poder, tanto del poder del Estado como del poder de la opinión pública. Y aunque, en palabras de Häberle, el juez debe prestar oídos a la “sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales”, especialmente a la autocomprensión que del derecho tiene el titular que lo ejerce, ello no significa una asunción acrítica del punto de vista social sobre el alcance que deben tener, sino más bien una llamada de atención sobre el hecho de que son los mismos ciudadanos: el artista, el científico, el creyente, etc., los que saben mejor que nadie hasta dónde llega la esfera de la personalidad y de la acción que debe ser protegida como manifestación de su autonomía.⁵⁵

Por otro lado, la fidelidad al autor, que debe presidir siempre toda interpretación, no es óbice para emprender una reflexión que nos lleve eventualmente incluso a saber

⁵⁵ Ver P. Häberle: “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, n° 2, 1999, pp. 9 y ss., p. 27.

más que él, es decir, a descubrir factores que, tal vez sin tener él plena conciencia de ellos, han inducido o favorecido la forma de pensar, los ideales o los valores de los que se derivan los preceptos normativos que están siendo objeto de interpretación. *Se trata de pensar también sobre las “condiciones de producción” de las concepciones que alberga el autor de la norma.* En el caso de la Constitución, y puesto que, como venimos diciendo, la concepción de la persona y de la sociedad que se supone propia de los sujetos constituyentes es una concepción política (en el sentido rawlsiano) y democrática, se trata de investigar sobre los factores históricos de todo tipo que podrían haber inducido su configuración y su carácter prevalente en la historia cultural de la sociedad correspondiente. Esto siempre es necesario hacerlo, aunque se corra el riesgo de que de su investigación se desprenda eventualmente para el investigador cierto escepticismo en torno a su alcance legitimador. Por ejemplo: supongamos que se llega a la conclusión de que el ideal de autonomía personal y política surge históricamente en oposición al régimen feudal y como consecuencia de la formación del capitalismo y del ascenso de la burguesía como clase social, y que su imposición constitucional, al menos en un primer estadio, supone la confirmación de la dominación burguesa sobre el resto de las clases sociales, incluidas las clases trabajadoras, en virtud del mecanismo específico del sistema del derecho liberal, que equipara a los individuos permitiéndoles actuar libremente y por tanto abandonando a los débiles en manos de los fuertes. Que un juez crea esto, y se preste a imponer los derechos subjetivos de propiedad y la libertad de empresa como valores legítimos vinculados al ideal de la autonomía personal, es perfectamente posible y coherente (coherente a partir de otros argumentos legitimadores, por supuesto, que justifiquen o disculpen lo que de negativo tiene el concepto de dominación burguesa, afianzada a través de mecanismos puramente liberales). Lo que sería incoherente es querer entender las Constituciones liberales y no llegar a entender esto. No todos los jueces compartirán el juicio de condena de la libertad liberal, porque este juicio depende de argumentos diversos, pero sí que deberían todos los jueces ser “ilustrados” en este asunto, es decir, conscientes del porqué y del para qué de la libertad, y, por tanto, críticos en el sentido al que nos estamos refiriendo.

4.2 La reflexión sobre las relaciones funcionales de las normas

El sentido de totalidad, que la crítica debe mantener siempre, consiste en no perder de vista que el texto o el objeto de que se trate forma parte de una realidad más amplia, de la que aquél obtiene su significado más pleno. Cualquier elemento de la sociedad forma parte del conjunto total de las relaciones y estructuras sociales, cualquier práctica está siempre enclavada en la totalidad de las prácticas sociales, y es la visión de la totalidad la que se debe cultivar para poder entender y enjuiciar la realidad singular. A un aspecto de esa totalidad nos acabamos de referir al hablar de los factores a los que la Constitución debe su origen, y que abarcan no sólo las necesidades y los intereses sentidos como tales por los ciudadanos, sino también las circunstancias, acontecimientos y procesos que, muchas veces inconscientemente, han dado lugar a aquéllos.

Quando hablamos de la función de la Constitución, o de los factores que pueden agruparse en torno a ella, queremos aludir a esos otros aspectos del conjunto social que se ven influidos por efecto de los preceptos constitucionales, y a los que

influyen en la manera en que éstos despliegan sus efectos. ¿Cómo valorar el alcance de la libertad económica, y, por tanto, delimitar su ejercicio, si no contemplamos la distribución de la riqueza a la que conduce su empleo en el contexto de un sistema de producción que permite la apropiación privada de la plusvalía y su acumulación continuada? ¿Cómo valorarlo si no tenemos en cuenta la manera en que tal libertad es ejercida por unos agentes económicos de alcance global, cuyo poder supera al de los gobiernos de los Estados en los que actúan, y a los que la pobreza, la explotación de los recursos naturales y la degradación del ambiente les traen completamente sin cuidado en cuanto agentes económicos? ¿Se puede entender el precepto de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y aplicarlo correctamente, sin tener en cuenta las diferencias reales existentes entre unos ciudadanos y otros desde el punto de vista de sus ingresos, de su sexo, de su etnia o de los referentes que conforman su identidad cultural?

No vamos a desarrollar la respuesta que requieren estas preguntas. Pero de su respuesta depende que la coherencia exigida al desarrollo del orden jurídico constitucional adquiera una u otra dimensión, pues al contemplar los efectos sociales de las normas se podrá modular mejor la concreción de los principios constitucionales, y los tribunales que interpretan y aplican la Constitución podrán exigir del legislador aquellos desarrollos legislativos que no traicionen tales principios y preceptos.

Por poner un ejemplo, podemos referirnos al precepto constitucional que consagra el derecho a la libertad de expresión e información a través de los medios de comunicación social, que es un tema sobre el que hemos tenido ocasión de reflexionar más despacio⁵⁶: ¿debe ser considerada la organización de emisiones televisivas un derecho subjetivo de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución, que ampara el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” y a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”? ¿Debe ser considerada, por el contrario, un servicio público de acuerdo con el art. 128, párrafo 21, que establece que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales (...) cuando así lo exigiere el interés general”? Y si no debe ser considerada un servicio público, sino más bien un derecho, ¿cuáles serían, en cualquier caso, los condicionamientos que es lícito imponer al ejercicio individual de tal derecho?

Para responder estas preguntas hay que saltar del nivel del discurso específicamente normativo, propio del precepto constitucional, hacia un nivel sociológico, un nivel que lo trasciende y que está representado por todo ese universo de hechos, genéticos, consecuenciales y funcionales, que apoyan la justificación del derecho a la libertad de expresión y que eventualmente obligan a restringir institucionalmente su alcance o a imponer una determinada modalidad de ejercicio. De entre ellos es ineludible tener en cuenta el contexto real de funcionamiento de los medios de comunicación social, a través de los que el derecho constitucional a la libertad de expresión se ejerce.

Por eso la jurisdicción tiene que reflexionar sobre las importantes funciones sociales, culturales y políticas del medio televisivo, y sobre los efectos que para el

⁵⁶ Ver M. Saavedra: *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987. Vid. también “‘Opinión pública libre’ y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español”, en *Doxa*, n1 14, 1993, pp. 135 y ss.

ejercicio del derecho y sus fines pretendidos por el legislador tiene ejercerlo bajo las condiciones de financiación publicitaria de la televisión en un mercado competitivo. Y a la vista de estas funciones y efectos, es evidente que no todas las modalidades de regulación del llamado “derecho de antena” pueden ser consideradas como equivalentes desde el punto de vista constitucional. La realidad puede ocasionar un falseamiento de la norma. Si no se afronta esa realidad y se contrarresta su negativa influencia, el artículo 20 de la Constitución perdería toda su eficacia. Esto se puede impedir restringiendo el alcance de aquellas normas legales que, como las que protegen el derecho de iniciativa económica en el campo de los medios de masas, provocan esa realidad. Funcionando sobre la base financiera de una economía de mercado, individualista y competitiva, ellas contradicen tendencial y objetivamente los fines de la libertad de expresión e información. Otro tanto cabría decir de la libertad de iniciativa económica en el campo de la prensa escrita, que ya Marx denunció en su época (“tu libertad no es la mía, le grita la prensa a la industria...”),⁵⁷ y que si bien se ha mantenido como un componente esencial del derecho a la libertad de prensa, ha sido condicionada legislativamente en los Estados democráticos (a decir verdad, con un éxito desigual) a fin de asegurar el pluralismo, la independencia respecto del gobierno y la calidad informativa.

Esta es la crítica jurídica que pueden realizar los jueces sin menoscabo de la función que tienen asignada en el Estado constitucional de derecho al servicio de la administración de justicia. No sólo pueden, sino que deben realizarla, teniendo en cuenta que están obligados constitucionalmente a motivar sus decisiones. Y la motivación más completa es, sin duda, la que logra combinar los dos planos del discurso crítico manteniendo a la luz la relación constitutiva de la norma con la realidad, del derecho con los hechos.⁵⁸

¿Cuál es el límite con el tropiezan los jueces en su práctica profesional? Si en la investigación del origen y de la función de la Constitución llegasen los jueces a percibir un disvalor, una situación reprochable y perversa, atribuible a ella misma e insuperable sin traicionar su texto (lo cual es posible a pesar del alto nivel de abstracción de los textos constitucionales), entonces se encontrarían incursos en una contradicción que probablemente les impediría ejercer honestamente de jueces. Y es que más allá de la Constitución no puede haber jurisdicción. Si, por el contrario, al descubrir la relación explicativa que un determinado precepto o principio constitucional tiene con la totalidad de las estructuras y prácticas sociales, y al percatarse del papel esencial que ese precepto ocupa en la distribución del poder o de los recursos económicos, no pierden un ápice de la confianza y credibilidad prestada a la Constitución, no hay nada que reprocharles. Estarán ejerciendo con plena conciencia la función para la que han sido nombrados: con plena conciencia de lo que es y significa la Constitución, por un lado, y también con un nivel superior de autoconciencia, por otro. Pues reflexionar críticamente sobre aquello en lo que se cree como dogma contribuye a aumentar el conocimiento que uno posee de sí mismo.

⁵⁷ Ver C. Marx y F. Engels: *Obras fundamentales, T. I: Marx, Escritos de juventud*, México, Ed. FCE, 1982, p. 211.

⁵⁸ Así es, en definitiva, como deben “pensar” los juristas cuando aplican el derecho. Ver M. Escamilla: “¿Deben pensar los juristas?”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, nº 3, 2000, pp. 397 y ss., y nº 4, 2001, pp. 527 y ss.

**DOGMÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS
LUHMANN***

Alejandro Sahuí Maldonado* *

Resumen: Se aproximan algunas reflexiones acerca del análisis de Niklas Luhmann de la dogmática jurídica y de su función en la sociedad, a partir de lo que él considera una tensión irresuelta entre el derecho conceptualizado como garante principalmente de certeza y seguridad jurídicas, y una nueva y creciente idea que lo considera como uno de los agentes más importantes de transformación de la sociedad y que orienta los resultados de sus decisiones más bien por sus consecuencias sociales. La problemática central es cómo mantener la especificidad funcional del sistema de derecho respecto de su entorno sin que esto signifique una absoluta falta de relación con él, sino más bien la posibilidad de controlar por sí mismo la aplicación de su propio código *licito/ilícito*.

Una de las críticas que pesan más a la dogmática jurídica es la de su escasa y oscura relación con la sociedad, dando la impresión de que el jurista desarrolla una función de laboratorio que poco o nada tiene que ver con una realidad cuyos conflictos proclama él mismo que tiene la función de resolver. El sistema jurídico, durante mucho tiempo, consideró como su peculiar manera de aproximación a los *casos* a aquella operada mediante la mera subsunción del hecho concreto a la norma general, y se justificaba a sí mismo con la resolución de un sencillo silogismo lógico que cerraba de plano la posibilidad de una ulterior consideración del caso. Constituida su unidad en torno a principios situados a la base del sistema, la dogmática jurídica centró sus compromisos con el “pasado”, sin preocuparse demasiado por las consecuencias que la aplicación del derecho producía. La seguridad jurídica, la certeza y la igualdad formal ante la ley reclamaban de ella la posibilidad de prever, no ya las consecuencias, pero sí, al menos, la garantía del ejercicio no arbitrario de la norma.

La brecha abierta entonces en el derecho entre la certeza y seguridad que debía procurar, como función meramente negativa explicable históricamente; y una extraña y nueva idea que lo considera como uno de los agentes más importantes de transformación de la sociedad, genera una fuerte tensión que compite por apropiarse de la dogmática por ser ella quizás el instrumento más idóneo de los que se vale el derecho para su aplicación. Lo anterior se hace evidente, por ejemplo, con el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, el análisis económico del derecho, etc.

* Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho y Docencia celebrado en Xalapa, Veracruz, los días 1, 2 y 3 de marzo de 2001.

** Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.

En sus escritos iniciales acerca de la dogmática jurídica y su función en la sociedad¹ Luhmann señala las dificultades teóricas de la tendencia actual de la dogmática que insiste en cambiar su orientación, de estar centrada en el pasado, es decir, en principios y reglas; para orientarse hacia el futuro, o sea, hacia la consideración de las consecuencias de la decisión. De hecho, ésta parece ser una preocupación recurrente en la obra de Luhmann en lo que respecta al ámbito de lo jurídico; preocupación que además está estrechamente vinculada a la existencia misma de este subsistema en el sentido de que debe mantener su especificidad e independencia respecto del entorno y otros subsistemas. No me refiero a que el subsistema no se relacione con su ambiente, sino a la posibilidad de aquél de controlar su función mediante la aplicación de su propio código; que en el caso del derecho es el código binario *lícito/ilícito*.

Hay que apuntar las dificultades que presenta el concepto “sistema jurídico” por su equívocidad, ya que el mismo ha sido utilizado en contextos en extremo diversos con implicaciones teóricas y prácticas que dependen de cada uno de ellos.² Entre las diversas teorías me ha parecido apropiado analizar la de Niklas Luhmann porque en ella el sistema jurídico aparece insertado en una teoría general de la sociedad que proporciona una cierta distancia y amplitud de miras en la consideración de las relaciones que guardan los diferentes subsistemas entre sí; y, lo que es más importante, que es una teoría que intenta conservar la especificidad funcional de todos ellos. Esto se logra porque la teoría se sitúa desde el punto de vista del observador ajeno al derecho y no está limitada u obstaculizada, en principio, para tratar las relaciones del sistema jurídico con su entorno.

El punto que centra la discusión es - a mi juicio - una afirmación compartida en común por los juristas: “la dogmática no sirve a sí misma sino a la vida (es decir, a la aplicación del derecho)”³. Sin embargo, es interesante analizar en sí la estructura y contenido de esta relación. No deja de ser curioso que una teoría sociológica como la de Luhmann, revolucionaria en muchos aspectos, se presente con demasiados compromisos respecto de la forma tradicional en que tal relación se entiende, y que ha sido principalmente definida por los propios juristas, con lo que podríamos llamar las *funciones declaradas* del derecho. Para nuestro autor la decisión jurídica depende de la orientación del juez por los programas y principios dados “*ex ante*” por el legislador, quien es el único sujeto legitimado para introducir cambios programáticos a partir de la consideración de las consecuencias. Todo ello es bastante coherente con la idea que tiene del subsistema jurídico, en donde pueden reconocerse dos dimensiones: las *expectativas cognitivas* y las *expectativas normativas* del subsistema. Ellas se refieren a la diferenciación funcional y temporal del subsistema respecto del entorno, ya que el tiempo de este último y el del derecho no corren paralelos. La apertura y cerradura del sistema se entiende claramente cuando observamos la función específica del derecho: la estabilización de expectativas normativas mediante la determinación en el caso concreto de lo lícito/ilícito; momento que requiere la certeza de la decisión. Esto significa que la expectativa no será cambiada ante su frustración. Introducir la posibilidad de aprendizaje

¹ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

² Cfr. Juan Antonio García Amado, *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, II nueva época, 1985, pp. 297-316.

³ Cfr. Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 27.

o cognición del subsistema en el momento de la decisión es hacer menos cierta la expectativa.

Quizás a este debate subyace una cuestión de fondo en torno a la determinación de un concepto de derecho, que sería el del positivismo jurídico, y que se explica con dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad, y el de la eficacia social⁴. Esta concepción es voluntarista en ambos aspectos; en el primero porque transforma con su sola mención los hechos en casos jurídicos, y en segundo lugar, porque el sentido en que se entiende la eficacia social no lo es siempre el de la realización de las consecuencias proyectadas por la norma en el ambiente del sistema, lo cual es prácticamente imposible porque las únicas consecuencias controlables son las jurídicas; quiero decir, supone que con el solo tratamiento *jurídico* se da término *real* al conflicto.

Frente a las concepciones de sistema que lo entienden en términos analíticos, Luhmann formula una teoría funcionalista que se propone trabajar lo jurídico desde una perspectiva más global, la de la sociedad. Creo, empero, que aunque nuestro autor inserta la idea de subsistema jurídico en su teoría general de la sociedad -y donde el subsistema aparece en un proceso de diferenciación funcional-, toma de manera poco crítica las funciones declaradas por el discurso de la dogmática jurídica, sin una explicación de por qué procede de esta manera. Ello le lleva a una ulterior consideración de las decisiones judiciales como preferentemente orientadas hacia el pasado (a través de reglas, normas y principios) para garantizar su certeza y previsibilidad; en una palabra: la seguridad jurídica. Quizás una teoría sociológica debiera mostrar menos compromisos con una idea particular de concebir lo jurídico desde la dogmática y entender que en el decisor real operan simultáneamente la orientación hacia el pasado y hacia el futuro en cada caso concreto, aún cuando no exista el suficiente instrumental teórico que permita trabajar con esta problemática, que consiste en establecer un «puente» seguro entre estos dos horizontes temporales sin afectar la existencia misma del sistema, es decir, su clausura relativa respecto del entorno.

No quiero decir que Luhmann no se percate de lo anterior, o sea, de que en la práctica judicial real el juez oriente sus decisiones en función de ambos horizontes indistintamente; de hecho, dedica bastante tiempo al señalamiento de los riesgos de esta falta de un control de las decisiones por parte de la dogmática en una dinámica con una clara tendencia a orientarse por las consecuencias. Sólo que me parece relevante poner de manifiesto que Luhmann forma su idea del subsistema jurídico a partir de las funciones declaradas al interior de la dogmática como las más importantes del derecho, como la certeza y la seguridad jurídica, propias de la orientación hacia el pasado, y luego parece extrañarse porque el modelo orientado a las consecuencias no responda a ellas. De otra manera no nos explicamos que asigne al derecho como su función específica la de asegurar las expectativas normativas.

Es muy importante considerar que la dogmática refiere siempre al manejo conceptual de normas y textos, y a la posibilidad de resolver los casos mediante decisiones vinculantes a partir de ellos. La dogmática se presenta entonces como el mayor nivel de abstracción de sentido del derecho, y en virtud de ello la relación entre la vida jurídica de la sociedad y el sistema jurídico toma la forma de anticipación de

⁴ Cfr. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 13-14.

posibles decisiones en caso de conflicto, que se tienen presentes como *posibilidad* y que están en perspectiva con *seguridad* para el caso conflictivo.⁵

Para hablar de la posición y función de la dogmática jurídica Luhmann continúa empleando el modelo de su teoría general de sistemas. Según éste, los sistemas que elaboran información están doblemente unidos con el entorno social: por el *input* y por el *output*. Ésta es una consecuencia de la diferenciación del sistema a su interior y respecto del entorno en un sentido temporal, lo que significa que los acontecimientos de la realidad y los del derecho ya no corren paralelos. Esto tiene una relevancia enorme para el subsistema jurídico porque la elaboración de las relaciones con el entorno variarán significativamente según se sitúe el centro de gravedad del sistema en la frontera del *input* (horizonte temporal del pasado) o en la frontera del *output* (horizonte temporal del futuro); la primera trabaja con relativa indiferencia hacia las consecuencias, mientras que la segunda se orienta y alimenta con informaciones sólo en tanto ellas son medios para producir efectos. Para Luhmann los sistemas orientados al *input* precisan un aparato mucho menos complejo que aquellos que pretenden cambiar el entorno en direcciones determinadas. Considera que en su forma clásica la dogmática jurídica se orientó hacia el pasado al procurarse reglas para la estandarización y clasificación de casos, sin muchas miras a los efectos. Esta posición fue justificada y reforzada por la forma de entenderse entonces la justicia y su función de control, especialmente de la seguridad y la certeza, o dicho de otra manera, trato igual para iguales casos. Únicamente así preveía el sistema que sería posible la formación de expectativas, las cuales son indispensables para el desarrollo de sociedades complejas.

Desde la frontera del *input* la dogmática se apoya en el hecho de que los problemas de la decisión aparecen en forma de *casos*, en los cuales se pueden limitar y controlar las interdependencias a considerar. Es decir, la unidad del caso es constituida dogmáticamente aunque suponga como condición previa un entorno que permite su tratamiento de manera casuística. De esta manera se asegura la repetición de la posibilidad de decisión en casos iguales o similares (justicia tradicional): “El futuro sólo es relevante como pasado generalizado”.⁶

El cambio de orientación de la dogmática hacia el horizonte temporal del futuro requiere un gran esfuerzo de reflexión teórica para ver si es realmente posible el control de la tendencia. Una primera consecuencia frente a la dogmática predominantemente clasificatoria es que descompone los elementos de clasificación con la sola pregunta por las consecuencias de un caso, porque su consideración provocaría que casos iguales sean tratados de manera desigual. Para comprender bien qué es lo que realmente significa la orientación del derecho por sus consecuencias consideremos la siguiente pregunta “¿puede la distribución de lo lícito y lo ilícito pasar a depender de sus propias consecuencias?” o bien “¿sería posible hacer depender la juridicidad de una decisión de la mayor o menor adecuación de ésta con las consecuencias previstas?”. Añádase a esto también la consideración de si una dogmática así pensada mantendría su autonomía frente a otros subsistemas de la sociedad, por ejemplo, la política o la economía.

Luhmann señala las dificultades de orientar la dogmática en función del futuro debido a la imposibilidad de su control y a que el intento pone en jaque a la seguridad jurídica como valor. Si la función primordial del derecho es la estabilización de

⁵ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p.46.

⁶ *Ídem*, p. 71.

expectativas normativas, el ciudadano debería estar en posibilidad de prever las decisiones del sistema; ahora, si estas decisiones dependen de la previsión de las consecuencias, el ciudadano está obligado también a prever las previsiones.

Respecto a la sociedad como un todo, hemos dicho ya que el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta. La dogmática se centra precisamente en el punto de intersección entre la norma y el caso de conflicto. De alguna manera, de lo que se trata es de manejar o controlar la *doble contingencia* que existe por la arbitrariedad en la fijación de los hechos por la norma, y viceversa; es decir, de lograr la estabilización de expectativas, la certeza de las decisiones e igualdad en la aplicación del derecho para todos los casos iguales. Este manejo de la doble contingencia sólo es posible por la peculiar manera en que el sistema opera su apertura y cierre con el entorno. En primer lugar, el derecho generaliza expectativas normativas, que son aquellas que se mantienen aún en el caso de su frustración y que serían reforzadas, dado el caso, por la posibilidad de recurrir a la violencia que no es arbitraria sino que se halla institucionalizada en el procedimiento decisorio; siendo éste el papel que para el subsistema de derecho realizan los jueces y demás decisores jurídicos. En segundo lugar, el derecho tiene también una estructura cognitiva que asume la función de adaptación de las expectativas normativas a la realidad social. Este rol le corresponde en principio al legislativo que, frente a la normatividad de la expectativa que “no aprende” de sus frustraciones, se enfrenta a la doble opción entre mantener una expectativa o cambiarla. En este sentido, el sistema es cognitivamente abierto y normativamente cerrado. La cognoscibilidad a la que el sistema está obligado es “respecto de cada elemento y de su reproducción, a averiguar si determinados presupuestos se cumplen o no, con lo que se hace dependiente de los hechos. La dimensión normativa sirve a la autopoiesis del sistema, a su reproducción frente al medio. La dimensión cognitiva sirve a la sintonización de este proceso con el medio del sistema”.⁷ Desde luego, este tema surge sólo cuando se anticipa la posibilidad de un conflicto que frustre la expectativa. En este caso las expectativas normativas pueden garantizarse de modo adicional “ya sea mediante requisitos especiales en la formulación o simbolización de la norma, para que ésta pueda mantenerse sin correlato en la realidad; ya sea mediante la suposición del consenso de terceros no involucrados (institucionalización); ya sea a través de la perspectiva de una posible sanción, mediante la cual se dé cauce a la decepción y se confiera fuerza a la expectativa”;⁸ ello porque la norma debe poder afirmarse en mayor o menor grado contra la realidad: su significado radica en la conducta anómala y no en la conformidad con ella; no así el caso de las expectativas cognitivas. Creo que debe subrayarse el valor de la idea de lo contingente para la comprensión de la función social de la norma como estabilización de expectativas de conducta; porque aquélla significa la posibilidad de que los hechos puedan ser de otra manera.

En *La observación sociológica del derecho* (1986) Luhmann varía la postura inicialmente asumida en la que rechazaba fuertemente cualquier intento teórico de justificar la tendencia de la dogmática hacia la orientación de la decisión por las consecuencias en vista a salvaguardar la función de certeza del derecho que en aquel

⁷ Cfr. Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁸ Cfr. Niklas Luhmann, *La observación sociológica del derecho*, Crítica Jurídica, No. 12, 1993, p. 87.

**DOGMÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN**

momento le parecía sólo posible a través de la orientación por reglas. En su obra *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974) concluía que las consecuencias debían ser sólo incorporadas al sistema mediante los programas de decisión o normas que pertenecían al ámbito legislativo no hemos encontrado ninguna posibilidad convincente de recomendar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterios de lo lícito y lo ilícito. En estas circunstancias existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación sociopolítica a las consecuencias abandone su autogobierno dogmático y ya no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión, sino sólo directamente a las propias expectativas de las consecuencias.⁹

En aquella obra Luhmann otorgaba razones bastante sólidas en contra de la posibilidad de la dogmática de orientarse hacia el futuro, determinantes si se tiene en cuenta la función de otorgar certidumbre que entonces atribuía al derecho. En lo que se refiere al cambio en la determinación de la decisión por reglas a la decisión considerando las consecuencias, es curioso observar como puede Luhmann explicar la posibilidad de tal viraje dentro de su misma teoría, que parece quedar intacta, y, no obstante, mantener la que creo es su posición personal al respecto -si es que es válido deducir ésta de sus argumentos en contra de una dogmática que mira hacia el futuro.

Me parece que Luhmann le hace un daño enorme a su teoría cuando, al plegarse a esta fuerte tendencia de la dogmática, dice que la inseguridad acerca del futuro puede llegar a convertirse en un equivalente funcional de la certidumbre, “así se sustituye la seguridad de principios que han perdido credibilidad o se han vuelto improductivos para la deducción, y se tiene ahora fe en las consecuencias”¹⁰. Es tarde cuando Luhmann se da cuenta de que esto convierte al derecho en un tipo de “*social engineering*”. Y no es que antes no haya reparado en esta problemática; precisamente una parte importante de sus críticas iniciales a orientar la dogmática en función de sus consecuencias respondían a esta inquietud; pero en aquél entonces existía un obstáculo teórico que ponía a salvo al derecho de tal posibilidad. Quiero decir que si antes el control del futuro y las consecuencias de la decisión se sabían y consideraban inciertos para la teoría, y al sistema jurídico le correspondía la función de mantener expectativas normativas, la tendencia al *social engineering*, el análisis económico u otro tipo de modelos de orientación de la decisión hacia el futuro aparecían con la imposibilidad de cumplir esta función del sistema de derecho; la cual es para Luhmann la que mantiene su especificidad frente al entorno. Esto debido al hecho de que la certidumbre que el sistema debía procurar no lo era del conocimiento preciso de la consecuencia de una decisión sobre la realidad sino de la posibilidad de deducción lógica de una decisión determinada a partir de una norma jurídica, es decir, de la previsibilidad de que los casos iguales se resuelven igualmente. Ahora, si la incertidumbre de las consecuencias de una decisión es considerada como cierta (esa “fe” en las consecuencias arriba mencionada), al haber sido internalizada, no hay ningún óbice para orientar la dogmática a la frontera del *output*, porque así el sistema sí continúa realizando su función propia - la estabilización de expectativas - y, por ende, mantiene su identidad. Esto a pesar de que la certidumbre así lograda parezca más una fe que una posible razonabilidad de los argumentos y fundamentaciones que era lo que buscaba la tradicional dogmática jurídica. Y para estos casos, el reforzamiento de la expectativa se da mediante el recurso a la asimetrización

⁹ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p. 90.

¹⁰ Cfr. Niklas Luhmann, *La observación sociológica del derecho*, op. cit., p. 94.

del sistema en la lógica siguiente: “En igualdad de torpeza, es mejor la causa de la autoridad”.¹¹ Esto significa que precisamente porque no se puede conocer el futuro es difícil para el mismo afectado atacar las consecuencias de la decisión, porque le está igualmente vedado este conocimiento.

No sé hasta que punto podría mantenerse la teoría de sistemas en lo que se refiere al sistema jurídico con la introducción de esta posibilidad de intentar manejar la incertidumbre como cierta; me limito a plantear algunos problemas que creo cuestionan la subsistencia de lo jurídico tal y como inicialmente había sido concebido por el propio autor. En primer lugar, al limitarse la orientación por las consecuencias de la *nueva* dogmática jurídica a las operaciones del poder legislativo y judicial exclusivamente, creo que Luhmann ha “institucionalizado” demasiado la idea de lo jurídico y ha hecho que la generalización de expectativas dependa más ahora de la autoridad del decisor que de la función que la dogmática puede - y debe - tener. Dicho de otra manera, la clientela normal del sistema no puede tener más certidumbre que aquella que le confiere la confianza de que el decisor nunca se equivoca o en sus buenas intenciones: “La orientación por las consecuencias (...) no ha sido pensada para cualquiera. (...) es necesario ejercer la orientación por las consecuencias como privilegio oficial, como *ius eminens*. Desde el punto de vista sociológico es de esperar que esto agudice la ya de por sí considerable distancia entre el uso oficial del derecho y el no oficial”.¹²

Luhmann se da cuenta de estos problemas, mas la teoría se ha plegado a la práctica social y se ha abandonado el intento inicial de crear un instrumental teórico que permitiera a la dogmática cumplir la función entonces asignada. La idea es que ya la estabilización de las expectativas normativas no la cumple la dogmática por sí misma, que ha sido rebasada por una tendencia del entorno social, sino la autoridad conferida al decisor. No hacía falta construir una teoría de la sociedad tan compleja para decir esto.

Otro punto interesante es que al desdibujarse dentro del sistema la diferenciación entre sus funciones normativas y cognitivas, entiendo que desaparecen también de alguna manera las ideas de pasado y futuro como referentes propios, intrasistémicos; quiero decir, lo que parece suceder es que el subsistema pierde su identidad porque ahora sus tiempos sí corren paralelos con los del entorno.

Por último, la idea de poder controlar las consecuencias futuras de las decisiones, por cualquier método, lleva al subsistema jurídico en el marco de la teoría de sistemas a su propia destrucción, porque la teoría niega en su base la posibilidad de que un sistema tenga un correlato punto por punto respecto del entorno. Si el derecho llegara a poder operar los cambios de la sociedad tal cual él mismo prevé, perdería la función propia que le confiere su existencia e identidad, que es mantener las expectativas normativas; ¿y cuáles son éstas?, pues aquellas expectativas que no aprenden de sus frustraciones. Y si no hubiera ninguna frustración la cuestión por clarificar sería si en realidad es contingente o no la conducta esperada frente a una norma cualquiera: si sí lo es, vale la pena mantenerla como tal norma, pero, si no lo es, y en una sociedad tan compleja como la nuestra la no frustración de normas se hace en extremo improbable, podría ser que estemos frente a comportamientos no contingentes sino necesarios;¹³

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Hemos hablado ya de la relevancia de la idea de lo contingente para la comprensión del fenómeno de lo normativo, así como de la distancia y diferencia relativa que debe guardar el sistema con su entorno.

**DOG MÁTICA JUR ÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN**

no estaríamos frente a *acciones* en estricto sentido, que se caracterizarían por el elemento volitivo, y, en todo caso, no tendríamos que plantearnos siquiera una expectativa normativa sino una cognitiva.

Es obvio que con esto el derecho se ha transformado en “otra cosa”. Se podría replicar que esta situación de pleno control sobre las situaciones y comportamientos de los individuos es en extremo improbable, y hasta podríamos decir que no es deseable, y es evidente que Luhmann no lo admitiría. Pero me parece que la simple admisión de esta posibilidad por la teoría la hace más propia de autómatas que de individuos libres.

FIGURAS DO MARXISMO WEBERIANO*

Michaël Lowy**

A expressão “*marxismo weberiano*” foi inventada por Merleau-Ponty para designar, em seu livro *As Aventuras da Dialética*, de 1955, a corrente marxista ocidental mais marcada pelas idéias de Weber, particularmente Lukács e seus discípulos.

Trata-se de uma expressão que, considerada com atenção, parece paradoxal.: Weber e Marx não representam dois sistemas de pensamento contraditórios e mutuamente excludentes? Suas teorias científicas não são rigorosamente incompatíveis?

O fato é que essa foi por muito tempo a opinião dominante nos meios universitários. A obra de Talcott Parsons, ao propor uma leitura semipositivista (e anti-marxista) de Weber contribuiu, sem dúvidas para o reforço daquela imagem. E, o que é fundamental para reforçá-la, outro grande malentendido, que foi o de tomar a *Ética Protestante* como um livro de polêmica “*espiritualista*” contra o materialismo histórico, quando o seu objetivo era completamente outro: colocar em relevo a afinidade eletiva entre calvinismo e o espírito do capitalismo. Somente em um ou dois parágrafos deste livro de Weber o mesmo se distancia da “*Wahlverwandtschaft*” para afirmar (contra os marxistas) a prioridade histórica do fator religioso.¹

Exceção feita aos “*marxistas weberianos*”, e ao trabalho pioneiro de Karl Lowith, é sobretudo nos últimos anos que se desenvolveu uma interpretação diferente, colocando em acento as numerosas convergências entre os dois pensadores². Isso não significa que divergências essenciais não separem o autor de *Economia e Sociedade* e do *Capital*: as notáveis diferenças filosóficas (neo-kantismo contra neo-hegelianismo) e políticas (nacionalismo contra socialismo), determinam em certa medida suas respectivas interpretações do capitalismo, do poder, e das classes sociais. Mas existem também inúmeras correspondências e, sobretudo, análises que, sem serem idênticas, podem ser consideradas como perfeitamente complementares.

O marxismo da Segunda Internacional - ortodoxo ou revisionista, alemão ou russo - ignorou soberbamente Weber. Paradoxalmente - ou logicamente? - serão dois pensadores ligados ao terreno do comunismo os primeiros a se interessarem pela obra

* Tradução do francês por LIMA DE ARRUDA, Edmundo. Original. Figures du marxisme wébérien. In *Weber et Marx. Actuel Marx n. II*; Paris: PUF, 1995, pp.83-94.

** CNRS - Paris

¹ Abordamos mais extensamente esta questão em nosso ensaio “*Marx e Weber: notas para um diálogo implícito*”, in: M. Lowy, *Dialectique et révolution. Essais d'histoire et de sociologie du marxisme*. Paris, Anthropos, 1973.

² Podemos mencionar, entre outros, o recente livro de Derek SAYER, *Capitalism and Modernity. An excursus on Marx and Weber*. New York, Routledge, 1991, e na França a notável obra de Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Max Weber et l'histoire*, Paris, PUF, 1990

weberiana. Pode-se considerar Georges Lukács como o primeiro marxista a retomar seriamente Weber, se inspirando de maneira significativa em suas idéias. Merleau-Ponty não se equivocou ao designar a “Historia e Consciência de Classe” (1923) como o início da corrente “marxista-weberiana”; mas, infelizmente ele nos fornece poucos elementos para definir de maneira mais precisa a dívida de Lukács para com o Mestre de Heildeberg.³ A expressão “marxismo-weberiano”, que também pode ser denominada de “webero-marxismo”, da mesma maneira que existe um “freudo-marxismo”, ou um “hegelo-marxismo”, constitui uma provocação intelectualmente produtiva, sob condição de que não seja compreendida como uma mistura eclética de dois métodos, mas sobretudo como perspectiva fundamentalmente inspirada em Marx, com apropriação de alguns temas e categorias de Weber.

Georges Lukács participou, entre os anos 1912 e 1915, do círculo que se reunia todos os domingos na casa de Max e Marianne Weber. Laços de amizade e respeito mútuo foram tecidos entre os dois pensadores, e que não foram desatados depois de 1918, quando da adesão do filósofo húngaro ao marxismo e ao comunismo (a correspondência entre eles prossegue até 1920).⁴ Por isso não é surpreendente que certos temas weberianos ocupem um lugar estratégico nos primeiros escritos marxistas de Lukács.

Pode-se considerar o capítulo central da História e Consciência de Classe, fundado na análise da “coisificação” (Verdinglichung), como uma síntese potente e original da teoria do fetichismo da mercadoria de Marx, e da teoria da racionalização de Weber. Fusionando a categoria weberiana de racionalidade formal - caracterizada pela abstração e quantificação - com as categorias marxianas de trabalho abstrato e de valor de troca, Lukács reformulou a temática do sociólogo alemão na linguagem teórica marxista. De outra parte, sua extensão da análise marxiana da forma mercantil, e da “coisificação” a outros domínios da sociedade e da cultura, se inspira diretamente nas análises weberianas da vida moderna, impregnada pelo espírito capitalista do cálculo racional (Rechnenhaftigkeit).⁵

Com o desenvolvimento do capitalismo, a “coisificação” termina por englobar o conjunto das formas de emergência da vida social; começando pelo Estado, pela administração, pela Justiça e pelo Direito. Se trata, segundo Lukács, de uma homogeneidade estrutural constatada por “todos os historiadores clarividentes do capitalismo moderno”. Quem são essas personagens clarividentes? O único exemplo mencionado é, não por acaso, Max Weber... Citando numerosos textos, entre eles a seguinte passagem de Economia e Sociedade: “A empresa capitalista moderna repousa interiormente antes de tudo no cálculo. Tem necessidade para existir de uma justiça

³ Maurice MERLEAU-PONTY. *Les Aventures de la dialectique*. Paris, Gallimard, 1955, pp 42-80

⁴ Ver sobre esse assunto a nossa obra *Pour une sociologie des intellectuels révolutionnaires. l'évolution politique de Lukács, 1905-1927*. Paris, PUF; Zoltan TAR, Judith MARCUS, “The Weber-Lukács encounter”, in Rolan M. GIASSMANN, Vatro MURVAR, *Max Weber's Political sociology*, Londres, Greenwood Press, 1984 et John E. SEERY “Marxism as Artwork: Weber and Lukács in Heildeberg, 1912-1914”, *Berkeley Journal of Sociology*, vol XXVII, 1982.

⁵ No que concerne a relação entre Weber-Lukács existe uma importante literatura crítica. Mencionemos, entre as contribuições mais interessantes, Andrew FEENBERG, *Lukács, Marx and the Sources of critical theory*. Totowa, Rowman anf Littlefield, 1981; Andrew ARATO, Paul BREINES, *The young Lukács and the origins of Western Marxism*, New York; Seabury Press, 1979; Kurt BEIERSDORFER, *Max Weber und Georg Lukács. Über die Beziehung von Verstehender Soziologie und Westlichem marxismus*, Francfort-sur-le Main, Campus Verlag, 1982.

e de uma administração em que o funcionamento possa ser, também, ao menos em princípio, calculado racionalmente segundo regras gerais sólidas; como se calcula o trabalho previsível efetuado por uma máquina". Também com base em Weber é que vai analisar o sistema burocrático, colocando as descrições aparentemente "neutrais" do sociólogo de Heildeberg ao serviço de uma crítica feroz ao caráter inumano e reificado dessa racionalidade administrativa puramente formal e sua "depreciação crescente da essência qualitativa material das "coisas".⁶

Esta radicalização anticapitalista das análises "livres de julgamento de valor" - ou ao menos ambivalentes - de Weber é particularmente surpreendente na interpretação lukacsiana da *Ética protestante*. Para começar, e contrariamente a maior parte das críticas marxistas do livro, Lukács não manifesta nenhum interesse pela querela "materialista" a propósito das origens do capitalismo. "completamente indiferente é, para apreciar os fatos, que se aprove ou não a interpretação causal de Weber". O que lhe parece importante, em contrapartida, é a significação da tese weberiana para a análise crítica da coisificação capitalista: "A conjunção calvinista (...) entre uma ética da prova (ascética intramundana) e a transcendência completa das potencias objetivas que movem o mundo, e determinam o conteúdo do destino humano (Deus absconditus e predestinação)" representa, de forma mitologizante, mas em estado puro, a estrutura burguesa da consciência coisificada (coisa em si)". Em uma nota de rodapé Lukács se refere explicitamente aos trabalhos de Weber, assim como a um texto de Engels no qual ele sugere, também, haver interdependência entre capitalismo e calvinismo.⁷

Assinalemos que Lukács não foi o primeiro marxista a utilizar - teria que se dizer, desviar - a análise da *Ética protestante* para denunciar a lógica fria e alienada do capitalismo: dois anos antes do aparecimento de *História e consciência de Classe*, Ernst Bloch insistia, em seu livro *Thomas Münzer, teólogo da Revolução* (1921) sobre o papel dos ascetismo intramundano na acumulação do capital. Num capítulo intitulado "Calvino e a ideologia do dinheiro", atribue ao calvinismo o fato da "obrigação da poupança se impõe à riqueza, esta última sendo concebida como uma grandeza abstrata, que se basta a si mesma, e que, ela mesma, exige acrescentar-se". Em consequência, graças a ética protestante, "como brilhantemente mostrou Max Weber, a economia capitalista em vias de desenvolvimento se torna totalmente liberal, solta, livre de todos os escrúpulos do cristianismo primitivo e, mais além, da ideologia econômica que a Idade Média ainda conservava de relativamente cristã".⁸

⁶ Gyorgy Lukács, *Histoire et conscience de classe*, Paris, Minuit, 1960, pp. 123-128, revu d'après l'original *Geschichte und Klassenbewußtsein*, Berlin, Luchterhand; 1968, pp. 270-274.

⁷ G. Lukács, *História e Consciência de classe*, op. cit., p. 237. Ver também p. 270, a análise do desdobramento da personalidade no capitalismo no "elemento do movimento de mercadorias e no espectador (objetivamente importante) desse movimento que encontra sua expressão nas chamadas teorias da abstinência: "Aqui se situa também a importância observada por Weber, de " ascetismo mundano " pelo "nascimento do espírito do capitalismo": O texto de Engels mencionado é o do prefácio de 1892 na edição inglesa do *Socialisme Utopique et socialisme scientifique* (Cf. K. MARX, F. ENGELS, *Etudes philosophiques*, Paris, Éditions Sociales, 1951, pp. 98-99).

⁸ Ernst Bloch. "Thomas Münzer, théologien de la revolution", Paris UGE, 1964, pp. 176-177. De maneira análoga Erich Fromm, num ensaio dos anos trinta, se refere a Weber e a Sombart para denunciar o papel do calvinismo no estabelecimento do dever profissional, da aquisição de bens e da poupança como normas éticas burguesas dominantes, no lugar do direito inato ao bemestar e a felicidade reconhecida pelas sociedades precapitalistas (cf. Erich FROMM, "La caracterologie psychanalytique e sa signification pour la psychologie social", publicado na *Revista do Instituto de Frankfurt* em 1932, agora id. *La crise de la psychanalyse*. Paris, Denoel, (1973), pp. 195-196.

Afora a problemática da racionalização, Lukács apelará aos conceitos weberianos de “tipo ideal”, e de possibilidade objetiva, para construir sua teoria da “consciência adjudicada” (zugerechnetes Bewußtsein) do proletariado (termo que Lucien Goldmann traduzirá por “consciência possível”. Mas se trata aqui de um empréstimo estritamente “heurístico”: do ponto de vista do conteúdo, levanta sua hipótese de uma consciência proletária capaz de romper com o veio da coisificação e de derrubar o capitalismo, o que está nas nas antípodas das idéias e convicções de Weber.⁹

Vinte e cinco anos mais tarde, tornando-se muito mais “ortodoxo” (em relação ao marxismo soviético), Lukács não considera Weber senão como um dos múltiplos representantes do processo de “destruição da razão”, característica da cultura alemã pré-nazista. Por certo, encontra-se em sua obra “uma polêmica espiritual e correta contra o irracionalismo vulgar então dominante”, mas ela não suprime o “núcleo central irracional do seu método e de sua visão de mundo”. Não é senão muito mais tarde, em uma conversa com Wolfgang Abendroth no ano de 1966, que Lukács reconhecerá sua dívida intelectual para com seu velho mestre: “Hoje não lamento haver tomado minhas primeiras lições de ciências sociais com Simmel e Max Weber, e não com Kautsky (...). Isso foi uma circunstância favorável para meu desenvolvimento.”

¹⁰

A maior parte dos wébero-marxistas posteriores serão, em maior ou menor grau; influenciados por Lukács, com seu conceito de coisificação. Isso vale particularmente para a Escola de Frankfurt.

O nome de Max Weber aparecerá somente uma vez na grande obra filosófica da Escola; a Dialética da Razão (1944) de Max Horkheimer e Theodor Adorno. Isso não obsta que sua visão de história seja essencialmente de inspiração weberiana: Da mesma maneira que o autor de Ética Protestante, percebem a evolução histórica da civilização ocidental como um processo milenar de desencanto do mundo (Entzauberung der Welt, infelizmente traduzido na edição francesa como “liberar o mundo da magia”), e de racionalização, que encontra sua finalização no mundo industrial e burocrático moderno. A racionalidade que triunfa no universo da mercadoria capitalista, na indústria cultural e no Estado burguês é puramente formal e instrumental, indiferentes com as direções e finalidades da ação.

A distinção entre racionalidade instrumental e racionalidade substancial, que ocupa um lugar central no pensamento da Escola de Frankfurt é, em grande medida, a reformulação de uma problemática weberiana. Mais a Dialética da Razão não menciona em nenhuma parte o sociólogo de Heilberg, nem para remeter-se a sua análise (como o faz Lukács na História e consciência de Classe), nem para criticá-lo. Sem embargo, em outra obra, escrita mais ou menos na mesma época do Eclipse da Razão (1947), Horkheimer

⁹ G. Lukács, *Histoire et conscience de classe*, op. cit., p. 73. Como sempre, há uma nota de roda pé da na qual se encontra a referência ao sociólogo de Heidelberg: “É impossível desgraciaadamente estender-se aqui mais amplamente sobre certas formas tomadas por essas idéias no marxismo (...) ou para indicar as relações do materialismo histórico com as tendências parecidas da ciência burguesa (como os tipos ideais de Max Weber)”.

¹⁰ G. Lukács. *Die Zertörung der Vernunft. Der Weg des Irrationalismus von Schelling zu Hitler*, Berlin, Aufbau-Verlag, 1955, p. 486 (trad. fr. par S. Georges A. Gisselbrecht, E. Pfrimmer, *La Destruction de la Raison*, Paris, L'Arche, vol. I, 1958, vol II, 1959); Theo PINKUS (ed), *Conversation with Lukács*, Cambridge, Mit. 1975, p. 100.

reconhece essa filiação, comparando seus próprios conceitos de razão subjetiva e razão objetiva com os de racionalidade funcional e substancial desenvolvidos por Max Weber, e sua escola (particularmente Mannheim em seu livro "Man and Society"). Segundo Horkheimer, a razão subjetiva ou funcional se reduz ao "fato de saber calcular as probabilidades, e por consequência coordenar os meios convenientes a um dado fim", e a razão objetiva ou substancial (de Platão a Hegel) visa "a idéia do maior bem" e "a maneira de realizar esses fins últimos".¹¹

Em um curioso diálogo entre Habermas e Marcuse em 1977, foi tratada a questão da origem do conceito de razão instrumental. Enquanto Habermas atribui a paternidade do termo a Horkheimer, Marcuse designa a Max Weber como a fonte primeira.¹² Na realidade os dois tem e não têm razão ao mesmo tempo: Max Weber utiliza os termos de racionalidade orientada a fins (Zweckrationalität) e de racionalidade orientada a valores (Wertrationalität), ou ainda, o de racionalidade formal e de racionalidade material; a distinção entre razão funcional e razão substancial é mencionada pela primeira vez no livro de Mannheim; finalmente, o conceito de racionalidade instrumental aparece pela primeira vez na Escola de Frankfurt (particularmente na Dialética da Razão). A continuidade é evidente, mas no curso dessas três etapas o termo adquire uma significação cada vez mais crítica.

O diagnóstico pessimista da sociedade moderna esboçada na Dialética da Razão é amplamente devido a Weber, embora tenha ocorrido para os filósofos de Frankfurt de maneira muito mais radical, e inspirada numa perspectiva marxista-lukácsiana. Enquanto Weber se esforça para estabelecer uma constatação "neutra" e "objetiva", ou ao menos resignada, Adorno e Horkheimer denunciam sem vacilação a coisificação pela razão calculadora, que reduz tudo a quantidades abstratas, destruindo não somente os Deuses e os espíritos mágicos, mas também todas as qualidades. O princípio do número unifica todos os domínios da vida social: "as mesmas equações dominam a justiça burguesa e a troca de mercadorias". A racionalidade deixou de ser uma força crítica para tornar-se uma simples ferramenta a serviço da dominação: "a razão, ela mesma não é mais que uma auxiliar no aparato econômico que engloba o todo. Funciona como um instrumento universal apropriado para a fabricação de todos os demais instrumentos; esritamente racional, carregadas de armadilhas como as manipulações exatamente calculadas da produção material". Sob a égide do capital, a racionalidade tende a transformar-se em seu contrário, o mito: "Com a extensão da economia burguesa burguesa mercantil, o obscuro horizonte do mito é iluminado pelo sol da razão calculadora, cuja luz gélida faz crescer a semente da barbárie". Essa passagem é emblemática, associando as imagens mais clássicas da Aufklärung - a luz, o sol, a razão, a germinação - com a sombra ameaçadora da catástrofe.¹³

Esse tipo de crítica radical vai muito mais além das ambivalências de Weber, mas certos momentos de sua obra, como a insistência sobre o caráter formal da racionalidade moderna, a análise do sossobrar das aspirações emancipatórias da modernidade na racionalidade burocrática, o temor que ela conduza a uma nova servidão

¹¹ Max HORKHEIMER, *Éclipse de la Raison*. Payot, 1974, pp. 15-16.

¹² Jürgen HABERMAS, Silvia BOVENSCHEN et al., *Gespräche mit Marcuse*. Francfort-sur-le Main, Suhrkam Verlag, 1978.

¹³ Max HORKHEIMER, Thodor W. ADORNO, *Dialectique de la Raison*. Paris, Gallimard, 1974, pp. 25 e 46-48.

egípcia, a uma “*jaula de ferro*”, ou a “*uma petrificação mecânica*”, parecem antecipar a “*Dialéctica da razão*” da Escola de Frankfurt.¹⁴

O que separa Adorno e Horkheimer do autor de *Economia e sociedade* é de saída, sua tomada de posição em favor do humanismo e do socialismo, seus rechaço do capitalismo e da burocracia enquanto formas necessárias, e inevitáveis da modernidade (um “*destino*”), e sua utopia de uma sociedade liberada da coisificação e da dominação. Avocamos aqui a vertente marxista dos pensadores frankfurtianos, que reinterpretem as análises weberianas, e as “desviam” em proveito de uma visão revolucionária e crítica. Mais Hegelianos que Weber (que era, no fundo, um neo-kantiano), defendem um racionalismo concreto; substancial; “*objetivo*”; concernente tanto aos meios quanto as finalidades da ação. Reprovam em Weber seu irracionalismo prático, seu abandono da tradição racionalista clássica (“*objetiva*”), sua renúncia à idéia de uma ciência, ou de uma filosofia racional capaz de definir os propósitos da sociedade humana.¹⁵

Seria discutível o termo “*marxismo-weberiano*” para outros pensadores da Escola de Frankfurt, ainda que façam referência a escritos de Weber. É o caso específico de Herbert Marcuse, que, desde 1934, menciona a análise weberiana da racionalidade capitalista - em tanto que calculabilidade de ganhos e perdas - para por em evidência os limites da racionalização liberal, quer dizer, privada: a privatização da razão abandona a estrutura da totalidade social e econômica às forças irracionais, tanto no nível econômico (as crises) como no nível político (o líder carismático). Em um ensaio de 1941, que anuncia certos temas da *Dialéctica da Razão*, se refere a Weber para apoiar a tese segundo a qual “*o caráter impessoal e objetivo da racionalidade tecnológica atribue aos grupos burocráticos a dignidade universal da razão*”. A racionalidade individual, em sua origem crítica e opositora, se transforma em uma racionalidade competitiva e termina com “*a submissão estandartizada ao aparato todo poderoso que ela mesma criou*”.¹⁶

Não é senão mais tarde, em 1964, por ocasião do décimo quinto congresso de sociólogos alemães, que Marcuse esboçará um balanço da análise weberiana da racionalidade. Seu objetivo principal consiste em mostrar os limites dessa análise, mas ao mesmo tempo rende homenagem a sua clarividência: definindo a racionalidade capitalista como formal, funcional, abstrata, fundada sobre o cálculo numérico, e sobre a redução da qualidade em quantidade, Weber permite compreender porque ela conduz necessariamente a dominação coisificada do aparato burocrático. Não obstante, esse texto - que representa uma das críticas marxistas mais interessantes de Weber - é posterior aos principais escritos teóricos de Marcuse que não parecem, no essencial, reveladores da dívida com a problemática colocada por Weber.¹⁷

Se Lukács e a Escola de Frankfurt apelaram amplamente à teoria da racionalização moderna desenvolvida por Weber, é porque compartilham com ele um

¹⁴ Essa é a tese desenvolvida; de maneira convincente, por Phillippe RAYNAUD no seu livro *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, PUF, 1987, pp. 135-138, 157-158 e 212.

¹⁵ Martin JAY, *l'imagination dialectique*, Paris, Payot, 1977, p. 147; Philippe RAYNAUD, *op. cit.*, pp. 137-138 e 157-158; M. HORKHEIMER, *Éclipse de la Raison*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶ Herbert MARCUSE, “The struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the state” (1934), in *Negations*. Londres, Penguin Press, 1968, p. 17; id, “Some social Implications os Modern Technology”, *Studies in Philosophy and Social Sciences*, vol. IX, 1941, pp. 430-433.

¹⁷ H. MARCUSE, “Industrialisierung und Kapitalismus”, in *Max Weber un die Soziologie heute*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1965.

certo Kulturpessimismus e, mas fundamentalmente, de uma crítica de inspiração romântica da civilização industrial-capitalista, o que quer dizer, compartilham uma crítica da modernidade fundada nos valores sociais e culturais pré-capitalistas. Um dos principais temas desta visão romântica do mundo é precisamente a recusa da quantificação da vida social, a crítica da razão abstrata e calculadora que reduz todos os valores a quantidades.¹⁸ Agora bem, esse tema é precisamente o momento da análise weberiana da racionalidade moderna que é o mais diretamente integrado pelos weberomarxistas em sua teoria crítica (da coisificação ou da racionalidade instrumental). Entretanto, é necessário acrescentar que a dimensão romântica é parcialmente neutralizada em Weber, por sua aceitação resignada (“heróica”) da modernidade como “destino”, e nos marxistas weberianos por sua ligação (crítica) à filosofia das Luzes.

Esta afinidade romântica entre Weber e certos marxistas ocidentais é fundamental para compreender a formação do weberomarxismo. Todavia, seria falso deduzir, como o fazem certos críticos da Escola de Frankfurt, que Adorno e Horkheimer compartilham com Weber “o sentimento de decadência de um setor social particular de uma sociedade, a classe média superior educada; ou mais especificamente os “mandarins”, e a nostalgia pela Kultur germânica tradicional.¹⁹ Contrariamente aos “mandarins”, e a Max Weber, os teóricos críticos frankfurtianos não desejavam nem um retorno ao passado germânico, nem uma reconciliação forçada com a modernidade capitalista-burocrática; seu pensamento estava inspirado, de cabo a rabo no projeto utópico de um avenir emancipado.

Pode-se falar-se de um marxismo weberiano na França? em certa medida, as Aventuras da Dialética de Merleau-Ponty indicam essa direção. Mas se trata mais de um projeto que de uma síntese efetivamente realizada.

No seu capítulo sobre Max Weber, “A crise do entendimento”, pode-se encontrar uma tentativa original e profunda de revalorizar certos aportes do sociólogo de Heilderberg. Merleau-Ponty não oculta sua simpatia pelo método weberiano, fundado em uma compreensão autêntica da ambiguidade dos fatos históricos, ou de sua Vielseitigkeit, da pluralidade de seus aspectos, método que permitiu ao autor da Ética protestante mostrar, nas relações entre religião e economia, as mudanças, os entrelaçamentos; as reversões, ou efeitos retornando sobre as causas, e sobretudo o parentesco de eleição, dedução, um pouco literal, que Merleau-Ponty propõe para o conceito weberiano de Wahlverwandtschaft (afinidade eletiva).

Não se trata somente de questões de método científico, é também a fenomenologia de Weber que parece valiosa, já que, contrariamente a de Hegel, não conclui num saber absoluto; reconhece que “a verdade deixa sempre uma margem de sombra”, e toma em conta “a liberdade do homem e a contingência da história”. Quanto a política de Weber, Merleau-Ponty reconhece que esse grande espírito julga os movimentos revolucionários na Alemanha posteriores a 1918 “como um burguês alemão de província”. Mas sublinha que sua “política do entendimento” (segundo a expressão de Raymond Aron) tem uma vantagem decisiva sobre o velho liberalismo: é um entendimento que apreendeu a duvidar de si mesmo.

¹⁸ Consultar sobre essa questão nossa obra - em colaboração com Robert SAYRE - Révolte et mélancolie. Le romantisme à contre-courant de la modernité. Paris, Payot, 1992.

¹⁹ Tom BOTTOMORE, The Frankfurt School. Londres, Ellis Horwood Publishers, 1984, pp. 42-43.

O que “Weber estabeleceu de mais seguro” parece-lhe então ser recolhido numa fórmula que lhe serve como balanço provisório: “*se a história tem, já não um sentido como um rio, mas sentidos, se ela nos ensina, não há a verdade, senão erros a evitar; se a prática não se deduz de uma filosofia dogmática, não é superficial fundar uma política sobre a análise do homem político*”. O pouco que se pode dizer deste silogismo condicional é que a relação entre as premissas (extremamente interessantes) e a conclusão (discutível) está longe de ser evidente... Tanto mais quando o conceito ambíguo de “*homem político*” reenvia, para Merleau-Ponty, à “*qualidade humana*” dos chefes que “*mimam verdadeiramente o aparato político*”, no qual os “*atos mais pessoais são coisas de todos*”. Malgrado a referência a Lenin e Trotsky como exemplos dessa rara qualidade, trata-se de uma teoria da ação política mais próxima às idéias weberianas sobre o líder carismático necessário, que da doutrina marxista da luta de classes.

Entretanto, o objetivo de Merleau-Ponty nas *Aventuras da Dialética* é, na verdade, a renovação - com a ajuda de Weber - do pensamento marxista. Daí sua homenagem ao “*marxismo rigoroso e conseqüente que é, também, uma teoria da compreensão histórica, da Vielseitigkeit; da escolha criadora; e uma filosofia interrogativa da história*”. Em outros termos - é a palavra final desse primeiro capítulo - “*é somente a partir de Weber e desse marxismo weberiano que se pode compreender as aventuras da dialética depois de trinta e cinco anos*”.

“*Marxismo-weberiano*”? É o único momento em que essa expressão aparece em seu livro. O que significa? Quais são os pensadores que encarnam essa eleição? Em princípio, a resposta deveria ser encontrada no capítulo seguinte intitulado “*O marxismo ocidental*”, mas o único exemplo mencionado e analisado é a *História e Consciência de Classe* de Lukács. Merleau-Ponty parece ignorar, naquele estágio de sua evolução filosófica, a Escola de Frankfurt, e suas relações com a herança weberiana.

O marxismo de Lukács é, segundo Merleau-Ponty, uma “*filosofia integral e sem dogmas*”, enquanto que Weber resta prisioneiro de uma verdade sem condição e sem ponto de vista; Lukács supera a seu mestre com a dialética do sujeito e o objeto, e com o reconhecimento sem restrição da história como único meio de nossos erros e de nossas verificações. O que Lukács aportou - atraindo desta forma a condenação da ortodoxia soviética (Pravda, 1924) - é “*um marxismo que incorpora a subjetividade da história sem fazer dela um epifenômeno*”.

Em que pode ser qualificado de weberiano o marxismo de Lukács? O brilhante capítulo II das *Aventuras da Dialética* não trás, na verdade, a resposta. O autor menciona (como muitos outros) a origem weberiana do conceito de “*possibilidade objetiva*”, com o qual Lukács designa a consciência de classe do proletariado, e constata - mas é uma generalidade - que “*nele e como em Weber, o saber encontra-se enraizado na existência, onde encontra também seus limites*”. Isto parece ser o nível do que se chama “*uma filosofia interrogativa da história*”, que se situa no lugar mais profundo entre os dois pensadores, e que incorpora o mesmo Merleau-Ponty ao que denomina “*marxismo-weberiano*”. “*Quando se diz que o marxismo encontra um sentido na história, não é necessário entender por tal uma orientação irresistível em direção a certos fins, mas a imanência na história de um problema ou uma interrogação em relação o que acontece a cada momento pode ser classificado, situado, apreciado como progresso ou como regressão*”²⁰.

²⁰ M. MERLEAU-PONTY, *Les Aventures de la dialectique, op. cit.*, chap. I et II.

É a partir desta concepção de história, que insiste sobre a contingência, a subjetividade, e as escolhas, que Merleu-Ponty fará, nos capítulos seguintes, o processo do “*marxismo-leninismo*” do Pravda e do “*ultra bolchevismo*” de Sartre. Mas não se encontra, nesses capítulos, nem no epílogo do livro, dedicados à dialética da revolução, um desenvolvimento mais preciso do conceito de marxismo weberiano. É por isso que este termo torna-se uma proposição, uma hipótese, e uma (útil) provocação, mais que um projeto cumprido.

A proposição não foi retomada por outros autores franceses. Sem dúvida há certo número de sociólogos que se inspiram em Marx e Weber, como Pierre Bordieu, mas essas duas referências se misturam com outras (particularmente Durkheim e sua escola) e não implicam em nenhuma relação privilegiada e “orgânica”.

Um caso diferente de figura está representada pelos pensadores franceses marxistas que levaram a sério a obra de Max Weber. O exemplo mais interessante é o de Jean Marie Vincent, que publicou, no curso dos anos sessenta e setenta uma série de artigos comparando as visões de Marx e de Weber, sobre o direito, o estado, o capitalismo, as classes sociais e a burocracia. Tanto a análise e a exposição da teoria weberiana, como a sua crítica a partir de uma perspectiva marxista são de uma riqueza excepcional. Sem embargo, seu objetivo não é a busca de convergências entre os dois pensadores, mas o de mostrar seus desacordos metodológicos e políticos fundamentais: “*superficialmente há, por consequência, uma certa analogia entre as análises de Marx e as de Weber. Mas um exame um pouco mais atento mostra que as diferenças são consideráveis*”. O título do ensaio do qual se extrai esta citação contém já o programa essencial de sua abordagem: *Weber ou Marx*.²¹ Em síntese, deve-se considerar Jean Marie Vincent mais como um crítico marxista de Weber, inteligente e sutil, que como um marxista-weberiano, propriamente dito. O mesmo vale, *a fortiori*, para outros autores marxistas que escreveram sobre Weber: Lucien Goldman, Nicos Poulantzas, etc...

É impossível desenvolver, nos limites desta análise as figuras do weberomarxismo em outros países. Mencionemos, a título de exemplo os Estados Unidos, onde toda uma geração de sociólogos críticos (Daniel Bell, Irving Louis Horowitz, Alvin Gouldner, C. Wright Mills) inspiraram-se tanto em Weber quanto em Marx. O que se aproxima mais de um marxismo-weberiano seria, talvez, o último: sua introdução (conjunta com Hans Gerth) à primeira coletânea de Weber em língua inglesa (1948), tem por eixo central traçar um paralelo mais esclarecedor entre o sociólogo de Heilderberg e o autor do Capital. A idéia metodológica implícita nesse texto é a da complementariedade, apresentada de uma maneira bastante original: “*Uma parte da obra de Weber pode então, ser percebida como uma tentativa de “complementar” o materialismo econômico com um materialismo político e militar. A abordagem weberiana das estruturas políticas é mais parecida a abordagem marxista das estruturas econômicas*”.²² Não obstante, é difícil caracterizar os principais escritos sociológicos de Wrigth Mills (*A elite no Poder, Os colarinhos brancos, a Imaginação sociológica*) como marxistas weberianos: outras tradições sociológicas, de Veblen até os “*novos maquiavelistas*” (Mosca, Pareto, Michels) estão mais presentes em sua obra que a dos pensadores alemães.

²¹ Jean-Marie VINCENT, *Fétichisme et société*. Paris, Anthropos, 1973, cap. VIII, p. 199; ver também os capítulos III, V, VI, e VII.

²² Hans GERTH, G. WRIGTH MILLS, “Introduction. The man and his works”, in *From Max Weber: Essays in Sociology*, Londres, Routledge an Paul Kegan, 1967, p. 47.

A guisa de conclusão provisória, é necessário constatar que o webero-marxismo constitui um campo intelectual bastante heterogêneo, ainda que se possam descobrir certas filiações, por exemplo, de Lukács à Escola de Frankfurt ou à Merleau-Ponty. Algumas das figuras mais inovadoras e originais da história (heterodoxa) do marxismo do século XX pertencem a esse campo. Não é o menor paradoxo que um pensador tão pessimista e resignado como Weber haja podido inspirar teorias críticas tão carregadas de utopia revolucionárias.

EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

Eugenia Revilla Esteve*

1 La Emergencia y Sistematización Jurídica del Trabajo Subordinado: la Trasposición del Principio de la Igualdad Formal al Plano de la Relación de Trabajo

Puede parecer inútil centrarse una vez más en el debate en torno a la noción de trabajador, por cuanto mucho se ha dicho ya sobre este tema. Sin embargo, no puede cuestionarse que determinar quién es trabajador y quién no y quién está o no protegido por el Derecho del Trabajo continúa siendo hoy por hoy tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, uno de los aspectos más controvertidos de la disciplina laboral. Prueba de ello es la sucesiva y constante aparición de opiniones que, otorgando un cariz extensivo o restrictivo al ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, oscilan desde la defensa de un retorno a la regulación civil de los contratos o a la potenciación de la autonomía de la voluntad en la calificación del vínculo que une a las partes hasta la recuperación del criterio de la debilidad contractual de uno de los sujetos de esta relación como criterio delimitador del ámbito subjetivo de esta rama del ordenamiento jurídico.¹

Estamos en un momento en el que se está esgrimiendo la necesidad de alcanzar los mayores niveles de rentabilidad posibles y de contener los costes empresariales, lo que para no pocos comporta también cuestionar la conveniencia de mantener unas normas del trabajo que son más fruto del pasado que del presente.² Esto

* Profesora Ayudante, Doctora de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

¹Al respecto vid. Rodríguez Piñero, M., *La huida del Derecho del Trabajo*, RR.LL., 1992-I, p.91; Rivero Lamas, J. y García Blasco J., *Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo*, RR.LL., 1987-II, pp. 530 a 532; Rodríguez Piñero Royo, M., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Col. Estudios de Derecho Laboral, n° 21, Civitas (Madrid), 1995, p. 223; Pedrazzoli, M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL, n° 3, 1998, pp. 49 a 103; Ojeda Avilés, A., *Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo*, RR.LL., 1988-II, p. 151; y Casas Baamonde, M^a E^a, y Valdés Dal Ré, F., *Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España*, RR.LL., 1989-I, p. 243.

² Ichino, P., *Un solo diritto e un solo mercato per il lavoro subordinato e il lavoro autonomo*, en AA.VV., I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista (Dir. F. Amato), Franco Angeli (Milano), 1998, pp. 79 y ss. *Sobre las transformaciones de los sistemas productivos y su repercusión sobre el Derecho del Trabajo* vid. en AA.VV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de Relaciones Laborales (Coord. M. Rodríguez Piñero Royo), Col. Andaluza de Relaciones Laborales, Tecnos (Madrid), Vol.1, 1999; O'kean Alonso J.M., *El nuevo entorno económico dela empresa*, pp.17 a 28; Cruz Villalón, J., *Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales*, pp. 29 a 57; y Ariza Montes J.A., y Velasco Portero, T., *La reingeniería de procesos y sus consecuencias sobre el contrato de trabajo*, pp. 231 y ss.

238 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

es, el argumento económico se está empleando para dismantlar sistemas de protección social de larga tradición y como excusa para ralentizar un desarrollo social que ya no puede ir a la par del desarrollo económico.³ Afortunadamente, no todo es negativo en este panorama pues existe todavía un consenso implícito entre los gobiernos en torno a la existencia de normas laborales fundamentales, de suerte que lo que debe discutirse ya no es si éstas deben existir y ser respetadas, sino la forma en que deben hacerlo.⁴

La trayectoria de la regulación del trabajo en Europa ha sido dispar, oscilando desde su tímida regulación a mediados del siglo XIX hasta llegar a la actualidad, en la que el trabajo se ha convertido en el principal medio de integración social. Hoy más que nunca se asignan determinadas tutelas a ciertos ciudadanos en atención a su exclusiva participación en un mercado singular que es el de trabajo⁵. Esta circunstancia, que ahora se asume con práctica normalidad, es una conquista relativamente reciente que no es fruto del azar ni responde a una elección caprichosa del legislador sino que trae su causa de la constatación en un determinado momento de la desigual correlación de fuerzas existente en una relación de trabajo y la necesidad de crear un instrumento y un estatuto protector que corrija dicha desigualdad. Esta función socializadora que se asigna inicialmente y de forma vocacional al ordenamiento laboral hoy en día parece que se está invirtiendo ya que no son pocos los ejemplos que muestran como la individualización y precarización de la relación de trabajo, así como el desfase entre la regulación entre norma y realidad, están postergando a determinadas personas a un estado de exclusión social.⁶

Ni es éste un debate nuevo ni es tampoco un debate que se preste a soluciones fáciles o definitivas. Pero si fue esta rama del ordenamiento jurídico la que desde su nacimiento confirió al trabajo y al sujeto que lo presta valor y dignidad en Europa,⁷ es a quien corresponde realizar la tarea de recomposición necesaria para convertir en

³ Baylos Grau, A., *Globalización y Derecho del trabajo: realidad y proyecto*, CRL, n° 15, 1999, pp. 19 a 49; Aparicio Tovar, J., *Los derechos sociales ante la internacionalización económica* en AA.VV., *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos* (Coord. J.M. Monereo Pérez), Comares (Granada), 1999, pp. 17 y ss.; y Spyropoulos, G., *Les relations professionnelles dans le tourbillon de la modalistion*, DS, n° 3, 1999, p. 230 y ss.

⁴ Casas Baamonde, M^a E^a, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar. Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales* (Coord. M.R. Alarcón y M^a.M. Mirón), Marcial Pons (Madrid), 2000, p. 201.

⁵ Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, REDT, n° 28, 1986.

⁶ Rojo Torrecilla, E., *El reto de lo social en la nueva Europa del tercer milenio*, Revista de Fomento Social, vol. 15, n° 218, p. 161 y ss.; y Rodríguez Piñero, M., *Empleo y exclusión social*, RR.LL, n° 10, 2002, pp. 2 y ss.

⁷ Veneziani, B., *La evolución del contrato de trabajo*, en AA.VV., *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Col. Informes, Madrid (MTSS), 1994. Para una visión sobre el vínculo existente el trabajo y la ciudadanía social vid. Accornero A., *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, Lav. Dir., n° 4, 1996, pp. 729 a 732; Ferrajoli, L., *Derechos y garnatías. La ley del más débil*, Trotta (Madrid), 1999, pp. 98 y 99; y Gaeta, L., *Derecho del Trabajo y alteridad, figuras de la diversidad modelos culturales*, en AA.VV., *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona* (Coord. J. López López), Marcial Pons (Madrid), 2001, p. 218.

realidad la igualdad material que se promulga en algunos textos constitucionales (ver en este sentido el art. 9.2 de la Constitución Española).

Como se ha dicho ya el reconocimiento legal de la actual noción legal de trabajador es el resultado de una evolución gradual que hunde sus raíces en los albores del sistema de producción capitalista. Esta constatación que parece simple, permite extraer dos consecuencias que conviene tener en cuenta en el debate actual sobre la función tutelar del ordenamiento laboral.

Por un lado, que aun que el trabajo humano como hecho social existe desde tiempos inmemoriales su delimitación normativa no se ha producido hasta hace relativamente poco tiempo. Esta situación ha provocado que el término “trabajo-trabajador” responda a múltiples situaciones unas sociales y otras, por así decirlo, “normativas”, que no son siempre coincidentes necesariamente. Así, mientras hay usos del término que se pierden en el tiempo hay otros que son más recientes y están íntimamente ligados a un sistema determinado de organización social.⁸

Lo que hoy conocemos y llamamos “trabajo y trabajador” es una invención de la modernidad; la forma en que los conocemos, lo practicamos y los situamos en el centro de la vida individual y social fue inventada y luego generalizada con el industrialismo.⁹ De tal modo que, mientras la colectividad otorga un significado al término “trabajo-trabajador” íntimamente ligado al momento histórico en el que está, el legislador vincula esa delimitación al sistema de producción al que pertenece, por una noción tributaria del momento histórico en el que nace, y cambiante porque no sólo evoluciona paralelamente a la sociedad que la vio nacer sino porque su contenido varía en función de los cambios que la sociedad experimenta. Es una noción histórica y dinámica al mismo tiempo.

Si es cierto que el término “trabajo” goza de diferentes sentidos, por un lado, el que la sociedad le atribuye – supuestamente constatando la propia realidad que vive, y por otro, el que el legislador considera adecuado; no dejamos de estar ante una noción que está haciendo referencia a realidades diversas, una social y otra jurídica. Trasladando esta reflexión a nuestro debate ello supone que en algún momento, situado en los inicios del sistema de protección capitalista, el legislador opta por atribuir al término “trabajo-trabajador” un alcance distinto del que la sociedad en ese momento le atribuye. Esta decisión es importante por dos motivos: por un lado, porque marca el instante en que ciertas manifestaciones del término “trabajo” van y no van a tener relevancia jurídica – pese a que estas últimas puedan conservar su sentido a nivel social- y por otro lado, porque dicha elección va a condicionar toda la actuación posterior del legislador. Por lo que cualquier análisis y crítica a la actuación legislativa deberá forzosamente hacerse bajo esta clave.

Por otro lado, el principio que orienta la actuación legislativa ni es arbitrario ni aleatorio, se justifica en la constatación de una realidad concreta que se produce

⁸ Rifkin, J., *El fin del trabajo*. Col. Estado y Sociedad. Barcelona (Paidós), 1996. p. 23; Santos Ortega, A., y Poveda Rosa, M., *Trabajo, empleo y cambio social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001. pp. 22 a 27. Sobre el valor asociado al trabajo y sus transformaciones vid. en AA.VV., *Le travail en perspectives* (Dir. A. Supiot). LGDJ (Paris), 1998: Castel, R., *Travail et utilité au monde*, pp. 15 a 22; y Méda, D., *Une mise en perspective de la valeur travail*, pp. 32 a 44.

⁹ Para tener una perspectiva de los distintos sentidos que se otorga al término trabajo vid. Gorz, A., *Metamorfosis del trabajo*. Madrid (Sistema), 1995, p. 25.

240 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

como consecuencia directa de la transición de un sistema de organización económica no industrial a otro predominantemente industrial y las consecuencias que ello tiene sobre el determinados segmentos de la sociedad, en lo que se ha venido a denominar la “*cuestión social*”.¹⁰ La apreciación por el legislador de un desigual juego de fuerzas entre los sujetos que intervienen en determinadas relaciones de trabajo le lleva a crear un tipo de contrato en el que pese a que intervengan dos sujetos, uno de ellos será prácticamente su protagonista. La aparición del contrato de trabajo como instrumento que visualiza la desigual posición de las partes de la relación de trabajo supone en realidad llevar el principio de igualdad formal que comporta un contrato a una situación de desigualdad sustancial que se da entre las partes de una relación de trabajo.¹¹

El paso siguiente es constatar cuándo se da esa situación de desigualdad sustancial que fuerza al legislador a intervenir en una relación entre privados. Es decir, constatada la desigualdad material entre las partes de un contrato de trabajo -premisa que puede parecer contradictoria con la naturaleza intrínseca de un contrato dado que las partes se presuponen iguales- el ordenamiento jurídico actúa compensando dicha desigualdad por medio del establecimiento de unas tutelas singulares de las que sólo gozarán determinados sujetos. Existe pues una correlación directa entre los sujetos a quien el ordenamiento jurídico otorga su tutela y el criterio que justifica la intervención legislativa en una relación jurídica privada. El legislador pretende lograr un equilibrio entre la igualdad formal que conlleva el contrato de trabajo y la igualdad material que comporta la exclusiva tutela de una de las partes de dicho contrato.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la intervención legislativa esta condicionada por el momento y las circunstancias en que se produce. El Derecho refleja normas y valores estrechamente ligados a la historia y a la cultura de las sociedades que regula. Lo que significa que en el análisis sobre la noción de trabajo-trabajador también hay que tener en cuenta las principales tradiciones culturales que en su día alimentaron su concepción jurídica. En Europa básicamente son dos: la procedente del Derecho Romano y la procedente del antiguo Derecho Germánico.

La tradición romanista, que no es otra que la que recogen los derechos europeos del siglo XIX, conceptúa la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, esto es, sitúa a la relación de trabajo en la órbita del Derecho de obligaciones en perfecta sintonía con el pensamiento económico liberal, que se construye a partir del siglo XVII y que crea la idea de mercado sobre la base del principio del libre intercambio entre individuos formalmente iguales. Por su parte la tradición que proviene del antiguo Derecho germánico conceptúa a la relación de trabajo como una situación de pertenencia personal a una comunidad, es decir, sitúa a la relación en la órbita de un status personal. Al contrario que la visión contractualista, que hace prevalecer la relación de los hombres con las cosas para hace posible el intercambio de trabajo, conceptualizado como un objeto, a cambio de un salario, la tradición germanista restituye al primer lugar del análisis la relación entre personas, tal y como se

¹⁰ Hepple, B., *Introducción*, en AA.VV., *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Co. Informes y Estudios, MTSS (Madrid), 1994; Alonso Olea, M., *La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo*, RT, nº 32, p. 43 y ss; y Palomeque López, C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, Civitas (Madrid), 1995, pp. 30 y ss.

¹¹ Baylos Grau, A., *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*, Madrid (Trotta), 1991, p. 20.

hacia en el análisis jurídico preindustrial. La influencia de ambas culturas o corrientes de pensamiento es visible hoy en día tanto en los ordenamientos jurídicos del entorno europeo como en el mismo Derecho Comunitario. De forma que la noción de contrato de trabajo o de relación de trabajo es en numerosos países de la Unión Europea el resultado de una combinación de culturas jurídicas o lo que es lo mismo de una combinación de intercambio y de relación personal. Combinación que se produce de modo y en proporción diferente, lo que provoca la existencia de diferencias jurídicas en los modelos sobre la relación de trabajo en los distintos países del entorno europeo.

2 La Elección por el Ordenamiento Jurídico Español del Instrumento Contractual como Mecanismo de Delimitación y Asignación de Tutelas

Aunque sea cierto que en todos los países de la Europa comunitaria es el contrato el que ha servido como marco para la definición jurídica de la relación de trabajo, sin embargo esta exclusividad ha sido posible al precio de absorber un estatuto específico, que se encuentra definido en escalones diversos por la ley, el convenio colectivo, la jurisprudencia o la costumbre.

La emergencia de la noción de trabajo en abstracto, esto es desligada de cualquier referencia a una profesión determinada o a una regulación igualmente determinada propia de concepciones preindustriales del trabajo, y del esfuerzo de su sistematización jurídica, desemboca como se ha visto en la consagración del contrato de trabajo. Este contrato no sólo va a ser el objeto de tal o cual disposición del ordenamiento jurídico sino que al mismo tiempo va a ser el criterio discriminador del campo de aplicación de una determinada rama del ordenamiento jurídico, la laboral: es la llave que abre la puerta del edificio jurídico de las tutelas laborales. Sin embargo, el esfuerzo de sistematización jurídica no se ha llevado a cabo de igual forma ni al mismo ritmo en todos los países europeos. Mientras que en unos países se ha apostado por entender que el contrato de trabajo es un concepto al mismo tiempo unificado y aglutinador; en otros se ha visto el contrato como una realidad diversa y difícilmente aprehensible. Mientras que la primera visión, (propia de países como Portugal, Italia, España, Países Bajos, Francia, Luxemburgo, Bélgica o Alemania) más “sistemática” si se quiere, supone que la definición uniforme del contrato de trabajo, y la de trabajador que se desprende, ejercen un importante poder de atracción sobre formas concretas de organizar el trabajo; la segunda, por el contrario, más “casuística” y propia de países en los que el convenio colectivo ha desempeñado un papel importante como Gran Bretaña, Irlanda o Dinamarca, conlleva la ausencia de unos contornos firmes que impiden que el contrato juegue ese papel de referencia común.

Estar ante una u otra aproximación es relevante dado que cada una de ellas tiene una incidencia extremadamente diferente en la concepción del Derecho del Trabajo en su conjunto. Una visión más casuística hace innecesaria una definición del contrato de trabajo que tenga alcance general, puesto que basta que se concrete caso por caso cuando sea necesario. Es decir, cada disposición legal define su propio campo de aplicación a través de la definición propia de los contratos o de las personas que quedan sujetos a ella. Por el contrario una aproximación sistemática obliga al establecimiento de una definición legal o jurisprudencial única del contrato de trabajo, al ser éste el elemento que sirve para circunscribir el campo de aplicación del Derecho

242 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

del Trabajo. Mientras la primera opción refleja el interés sobre la diversidad de estatutos aplicables a los trabajadores; la segunda opción, por el contrario, aglutina a todos los trabajadores alrededor de un solo estatuto.

El caso español es ejemplar desde una perspectiva sistemática porque en él la definición del contrato de trabajo coincide con el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, de forma que la definición de éste último determina automáticamente la definición de aquél. Así, para delimitar la noción española de trabajador hay que tener en cuenta, en primer lugar, el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores¹² que establece que dicho cuerpo normativo se aplica a quien “voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”. De esta caracterización escueta de la prestación laboral de la que nada más dice el texto normativo pueden extraerse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, y quizás la más obvia pero no por ello menos importante, el legislador no define expresamente o de manera directa al trabajador sino que, en su lugar, opta por caracterizar su prestación de servicios del que será trabajador. La condición de trabajador se deduce como resultado de ser parte de una relación entre dos sujetos, siendo ésta precisamente la que sí se caracteriza. Esto supone que la noción de trabajador está íntimamente conectada con el objeto de dicha relación, es decir, la prestación de servicios. Si esto es así existe una conexión clara a nivel del ordenamiento jurídico laboral entre trabajador como parte de un contrato de trabajo y el sujeto a quien dicho ordenamiento otorga protección.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, no todo sujeto que preste sus servicios a otra persona goza de la protección que dispensa el ET, sino que sólo se tutela a aquel cuya prestación de servicios reúne las notas que el mismo texto normativo enumera. Produciéndose en este punto una fractura entre el prototipo normativo que contempla el art. 1.1 ET y la realidad social básica que pretende regular.

Y en tercer lugar, la conceptualización jurídica de la noción de trabajador no acaba en el proceso deductivo derivado del art. 1.1 ET. La noción jurídica de trabajador no se reduce a constatar la concurrencia o no en la misma de los presupuestos sustantivos enumerados por el artículo estatuario, sino que además requiere de la intervención legislativa y de la interpretación jurisprudencial en determinados supuestos frontera en los que la presencia de aquellos sea controvertida.

Por otro lado, el apartado 1º del art.1 ET no es el único que sistematiza la noción de trabajador en el ordenamiento jurídico español, dado que también es necesario acudir al juego combinado del mismo con el apartado 3º del mismo artículo, que hace referencia a las relaciones de trabajo excluidas, y a la Disposición Final Primera, que establece que el trabajo por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral. Por consiguiente, junto al importante papel que desempeña el art. 1.1 ET en la delimitación de la noción legal de trabajador existen otra serie de preceptos que coadyuvan a trazar el cuadro subjetivo sobre el que se proyecta la legislación laboral española y sobre la que en definitiva el legislador español ha decidido erigir la noción jurídica de trabajador.

Igualmente, no cabe olvidar el importante papel que desempeñan los arts. 2 y 8.1 ET en la delimitación del cuadro subjetivo de referencia del Derecho del Trabajo

¹² Para un análisis en profundidad de este artículo y sus antecedentes, así como del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo español puede consultarse: Revilla Esteve, E., *Noción de Trabajador y Ordenamiento Jurídico*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), 2001.

español. Mientras que el primero consagra las denominadas *relaciones laborales especiales*, el segundo contempla la “*presunción de laboralidad*”, cuyo juego resulta especialmente útil con respecto a la calificación de aquellas relaciones de trabajo situadas en las denominadas “*zonas grises*” del Derecho del Trabajo. El reconocimiento legal de la existencia de unas *relaciones laborales especiales*, supone aceptar la pluralidad y diversificación de la noción legal de trabajador, al igual que sucede en la realidad. Implica cuestionarse la existencia de una única frontera normativa entre las relaciones que contempla y las que excluye, implica apostar por la diversificación normativa al conllevar la fragmentación del tipo normativo contenido el art.1.1 ET. El prototipo normativo del trabajo subordinado por cuenta ajena que aquél contempla deja de ser un espacio homogéneo o uniforme. Naturalmente esta regulación asimétrica comporta un aumento de la incertidumbre en la calificación como laborales de determinadas relaciones de trabajo, que se sitúan así en las “*zonas grises*”. Incertidumbre que no deja de acrecentarse si a este escenario se le añade además, por un lado, la opinión de que no tiene porque existir un único prototipo normativo-social de referencia que justifique la intervención del Derecho del Trabajo; y, por otro, el que se cuestione la adecuación de la noción legal a la función tutelar del débil propia de un sistema socioeconómico determinado que en los últimos tiempos ha cambiado enormemente como resultado de los avances tecnológicos.

Sin duda alguna, uno de los problemas a los que más directamente se está enfrentando el ordenamiento jurídico laboral deriva del desfase entre el prototipo normativo y su realidad social subyacente. Este desajuste entre el reconocimiento legal y su función tuitiva esta comportando la desprotección de colectivos que pese a no ser considerados jurídicamente como trabajadores comparten con estos su misma situación de desigualdad material. Este desafío ha sido abordado a nivel doctrinal de diversas maneras. Por un lado, hay quien ha optado por interrogarse una vez más por las fronteras del trabajo asalariado, es decir, quienes han de ser tutelados y quienes no en su trabajo. Las posiciones han sido variadas y se extienden desde los que apuestan por una repliegue de la normativa laboral que permita que el Derecho Civil o el Derecho mercantil recuperen ciertas parcelas que en su día absorbió el Derecho del Trabajo, hasta los que consideran que la noción de trabajador debiera ampliarse abarcando incluso ciertas parcelas de trabajo autónomo. En este sentido han sido notables los intentos de algunos ordenamientos comparados, especialmente destacables en el caso italiano, por proteger de forma distinta, a como se tutela el trabajo asalariado, a ciertas parcelas de trabajo autónomo que al prestarse bajo formas de organización coordinada resultan próximas al trabajo subordinado.

Precisamente la constatación de estas necesidades de tutela de colectivos actualmente excluidos de la normativa laboral ha conducido a replantearse la función misma de tutela que secularmente se ha venido reconociendo desde su nacimiento al Derecho del Trabajo. La discusión gira ahora sobre el fundamento que justifica la intervención y tutela del ordenamiento laboral, y no sobre el tipo de sujetos a los que tiene que ir dirigida. Se cuestiona el fundamento mismo de la disciplina al interrogarse sobre su capacidad para seguir tutelando al sujeto débil de la relación de trabajo.

Para salvar este inconveniente, y recuperar así la función de protección del débil, es necesario reformular la noción de “*trabajo*” y consecuentemente la noción de “*relación de trabajo*” que se deriva. De forma que se proteja no sólo al trabajador que tenga una relación de trabajo gracias a un contrato de trabajo -tipo contractual que aun

244 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

siendo el central no debe ser el único que abra la puerta de la tutela laboral- sino que también se tutele a quien preste un trabajo a otro por medio de un vínculo jurídico cualquiera que sea su naturaleza. Como tendremos ocasión de apreciar más adelante, este planteamiento resulta plenamente coincidente con el que se está dando en el plano comunitario y con el que también parece estar consolidándose en los ordenamientos de nuestro entorno.¹³

Sin duda alguna, la apuesta por una formulación tan abierta puede tener el inconveniente para algunos que no resuelve por completo los desafíos que se le plantean en la actualidad al Derecho del Trabajo. Sin embargo, constituye un punto de partida que permite que el Derecho del Trabajo recupere su función de protección del débil sin que por ello tenga que renunciar a las conquistas arduamente conseguidas y a los fundamentos que en su día justificaron su nacimiento.

En una época en la que se propugna el desmantelamiento de ciertos estándares sociales es conveniente apuntar que el avance en lo económico no está reñido con el mantenimiento de los valores sociales que consagran los ordenamientos jurídicos europeos. Por este motivo no sólo debe mantenerse una noción de trabajador que se derive de su condición de parte del contrato de trabajo sino que también debe ampliarse a todos aquellos sujetos que materialmente se encuentren en su misma situación de necesidad de protección. Debe asumirse que el criterio que debe guiar la reformulación de la noción legal de trabajador ha de estar en directa correspondencia con la función que desde sus orígenes ha desempeñado el ordenamiento jurídico laboral: poner límites a la desigual correlación de fuerzas existente en la relación de trabajo.¹⁴

3 El Papel del Ordenamiento Comunitario en la Delimitación Actual de la Relación de Trabajo: la Adecuación del Prototipo Normativo a la Asignación de Tutelas Laborales

En las páginas precedentes se ha mencionado que cualquier regulación jurídica es un reflejo de normas y valores que se encuentran estrechamente ligados a la historia y a la cultura de las sociedades que regula. En este sentido se ha visto como la historia de la sistematización jurídica de la relación de trabajo en Europa está íntimamente ligada a dos tradiciones culturales o líneas de pensamiento: la romanista y la germánica. Sin embargo, el Derecho Comunitario no comparte esta situación; porque ni su proceso de conformación es fruto de un largo proceso evolutivo ni sobretodo, está incardinado en una cultura nacional determinada dado que su objetivo es sobreponerse a la diversidad de las culturas nacionales europeas.

Además en este punto, resulta también de máxima importancia retener que el fundamento de la intervención normativa de la Unión Europea en el ámbito social, a diferencia de los objetivos que persigue la intervención normativa de los Estados miembros, no es atemperar o conciliar el conflicto latente en la relación de trabajo. El

¹³ Para una visión sobre los primeros pasos de esta tendencia en el ordenamiento jurídico español vid. Ojeda Avilés, A., *La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo*, REDT, n° 111, 2002, pp. 333 a 344.

¹⁴ González Ortega, S., *Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo*, TL, n° 64, pp. 9 a 34.

Derecho Social Comunitario tiene como objetivo principal la creación de un mercado europeo fundamentado en la libre competencia, en el que se producen una serie de intercambios entre los Estados que lo integran. En este contexto el trabajo como hecho social también se ve involucrado, de ahí que sea objeto de regulación pero sólo en la medida en que constituye un intercambio económico, y por consiguiente parte del desarrollo de dicho mercado. Dicho de otro modo la relación de quien vende su fuerza de trabajo a un ajeno es percibida en sí, como un hecho económico, sin descender a la situación de desigualdad negocial que es motivo de tutela. Este planteamiento economicista de la relación de trabajo explica, sin duda, que las primeras disposiciones comunitarias promulgadas en materia social raramente regulen la relación de trabajo en sí misma o se refieran al trabajador como sujeto integrante de relación alguna, y que, por el contrario, prime el tratamiento jurídico del trabajo en el marco de la libre circulación de trabajadores. Hay que señalar también que esta escasa voluntad inicial de la Comunidad de promover una regulación específica de la relación de trabajo en el marco del derecho individual es correlativa a la escasa voluntad de los Estados miembros que la componen de ceder su soberanía normativa en este terreno, y cuya justificación cabría encontrar en la existencia de importantes y diferentes tradiciones jurídicas y las implicaciones económicas de la materia social. De ahí que si se analiza el Tratado de Roma o el Derecho derivado pueda advertirse como las nociones de “trabajador asalariado”, de “contrato de trabajo” o de “relación de trabajo”, sean empleadas pero nunca definidas.¹⁵

Por otro lado, el empleo de esta terminología refleja también el propósito del legislador comunitario de situar el acento de su normativa en la persona del trabajador, y no en el tipo de vínculo jurídico que mantiene con su empleador, tomándolo en consideración en cuanto mero prestador de servicios, como una agente económico, dentro de un mercado. Desde esta perspectiva esencialmente económica, se comprende el interés de la Comunidad por desarrollar una normativa completa sobre la libertad de circulación que garantice el principio de igualdad de trato entre los trabajadores de los distintos Estados que decidan hacer uso de la misma, y de los derechos de seguridad social que obtengan en sus itinerarios profesionales, por cuanto su aseguramiento contribuye a la construcción del mercado libre que proclaman los tratados fundacionales comunitarios.

Lo cierto es que si como se ha visto en un principio, normar en pro de la construcción de un mercado único europeo constituye la única preocupación de la

¹⁵ El Tratado de Roma alude a los “trabajadores” cuando menciona los objetivos del Fondo Social Europeo (art. 3 TCEE); la libre circulación de “trabajadores” (art. 48 y ss. TCEE); la Seguridad social de los “trabajadores” migrantes (art. 51 TCEE); la Seguridad e Higiene en el “trabajo” (art. 118 A TCEE); la igualdad de remuneración entre los sexos (art. 119 TCEE); los “trabajadores asalariados” en relación a la regla de la unanimidad (art. 100 A TCEE); la “mano de obra” en relación a los objetivos de la política social (art. 117 TCEE); “las actividades no asalariadas” en relación con el derecho de establecimiento (art. 52 TCEE); los “servicios” cuando menciona el derecho a su libre circulación (art. 60 TCEE). Las mismas expresiones se encuentran en el Derecho derivado, que utiliza también la noción de “actividad asalariada” en el art.1 del Reglamento 1612/68/CEE, 15 de octubre; de “actividad profesional” cuando hace referencia al acceso al empleo en el art.2 de la Directiva 76/207/CEE, 9 de febrero; de “persona empleada por el empresario” en el art. 3 de la Directiva 89/391/CEE, 12 de junio; o en el art. 1 de la Directiva 91/53/CEE, 14 de octubre, en relación a la obligación del empresario de informar al trabajador sobre las condiciones aplicables al “contrato de trabajo” o la “relación de trabajo”.

246 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

Comunidad, ésta paulatinamente adquiere conciencia de la necesidad de incorporar las cuestiones sociales entre sus políticas, de ahí que la “*concepción profesional*” del trabajador se extienda a otros textos normativos (como, por ejemplo, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores), dando así inicio a una tendencia progresiva a identificar en mayor medida al trabajador como sujeto, y como sujeto ligado a una profesión, sustituyendo progresivamente la concepción del mismo como mero sujeto-parte de un intercambio económico. Por ello, según indica la jurisprudencia comunitaria la noción de trabajador “*debe ser definida conforme a criterios objetivos que caractericen la relación de trabajo, teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas involucradas y que la característica esencial de la relación de trabajo es la circunstancia de que una persona preste, durante un cierto periodo de tiempo, a favor de otra o bajo su dirección, ciertos servicios y que en contrapartida reciba una remuneración*”.¹⁶

Esta preferencia por la trayectoria profesional del trabajador – en lugar de por el tipo contractual que lo une a la otra parte – no debe llevar a la conclusión de que el vínculo jurídico que une a las partes de una relación de trabajo carece de trascendencia alguna a escala comunitaria. Ello no es así porque supondría desconocer las tradiciones jurídicas imperantes entre los diferentes Estados miembros, en la medida que en la mayoría de ellos, como se ha indicado, el contrato de trabajo constituye la figura jurídica central sobre la que se construye el entero Derecho del Trabajo. Sin embargo, la propia diversidad que existe entre los Estados miembros en la forma de conceptuar jurídicamente la relación de trabajo conlleva de por sí el hecho de que la noción que la Comunidad emplee en el marco de sus competencias no pueda ser más que la combinación (o, en su caso, la abstracción) de todas ellas.

La normativa comunitaria presume que la noción de trabajador se extrae de su condición de sujeto parte de un contrato de trabajo y del estatuto que se adquiere cuando se trabaja para otro en ciertas condiciones. Sujeto parte de un contrato que definen los Estados conforme a sus respectivas tradiciones y beneficiario de un estatuto que la normativa y la jurisprudencia nacional y comunitaria se encargan de ir estableciendo a medida que se detectan las necesidades de tutela. Puede decirse entonces que la noción de trabajador que se emplea a nivel comunitario es de corte casuístico, examinadas las necesidades de tutela detectadas en el análisis de la realidad social se aprueba y promulga la normativa necesaria.

Por consiguiente, el problema de la definición de la noción de trabajador es abordada de forma diferente de un texto normativo a otro. En un primer grupo de casos, el cuidado por definir las nociones de “*trabajador*”, “*relación de trabajo*” o “*contrato de trabajo*” es expresamente abandonado por el texto comunitario o por la jurisprudencia a favor de los derechos nacionales (así sucede, por ejemplo en el caso de las Directivas sobre transmisión o cesión de empresa, insolvencia del empresario o sobre la información de las condiciones del contrato o de la relación de trabajo). En un segundo grupo de casos, la jurisprudencia ha impuesto o proporcionado una definición comunitaria, por ejemplo en el caso de las normas de puesta en funcionamiento del principio de libertad de circulación de trabajadores y en materia de protección de la salud y de las seguridad de los asalariados con empleo temporal o de duración determinada. Y finalmente en un tercer grupo de casos, la cuestión de la delimitación de la noción de trabajador o de

¹⁶ Asunto *Levin* o Asunto 53/81, Sentencia de 23 de marzo de 1982, Rep. 1982-III, pp. 1035 y ss.

contrato o relación de trabajo no parece haber sido planteada ni en los textos normativos ni por la jurisprudencia relativa a su aplicación (como es el caso, por ejemplo del principio de igualdad de sexos, principalmente en lo referente a la igualdad de trato, lógicamente porque su campo de aplicación desborda el mero marco del trabajo sea este el tipo que sea; o el caso de la Directiva sobre Despidos Colectivos) como también ocurre con las nociones de “*vida*” o “*actividad profesional*” que por el momento tampoco han planteado ningún problema de conceptualización.

No hay duda de que el Derecho Comunitario se ubica entre aquellos Derechos en los que la aproximación casuística ha conducido a un débil grado de sistematización jurídica de la noción de trabajador ya que bajo esta perspectiva, ciertamente no se hace necesario la existencia de una noción unificada de trabajador en la media en que cada norma se encarga de precisar su propio alcance. Lo que ha provocado que el sentido de estos términos sea por lo general variable e impreciso.¹⁷ Sin embargo, esta tenue sistematización jurídica ha sido contrarrestada con la aproximación sumamente sistemática que ha efectuado la jurisprudencia comunitaria especialmente importante en el terreno de la libre circulación. Ello se explica en la intención del TJCE de imponer una definición unitaria de la noción de trabajador por la razón de que si su delimitación quedaba en manos de los derechos internos, cada Estado tendría entonces la posibilidad de vaciar el contenido del Tratado, al poder eliminar a voluntad la protección comunitaria de determinadas categorías de personas.¹⁸

Bajo el prisma de la libertad de circulación el término “*trabajador*” que se emplea en los Tratados fundacionales pretende englobar a todo nacional de cualquier Estado miembro que desempeñe un empleo remunerado en otro Estado miembro, en cualquier sector de la producción, los servicios y el intercambio (art. 48.2 TCEE, actual art. 39 TCE). Parecería entonces que son los Estados miembros quienes por medio de su legislación determinen qué sujetos son los que tiene un empleo remunerado a los efectos de la libre circulación comunitaria; sin embargo, esta impresión deja de ser cierta si se tiene en cuenta la jurisprudencia del TJCE. Pese a que el Tribunal reconozca que “*los términos de trabajador y actividad asalariada no se encuentran expresamente definidos*” en ninguna disposición comunitaria, para descubrir su significado hay que “*recurrir a los principios de interpretación generalmente reconocido partiendo del sentido ordinario a atribuir a los términos en su contexto y a la luz de los objetivos del Tratado*”.¹⁹ Lo que significa que la libre circulación de trabajadores tiene claramente “*un contenido comunitario*”²⁰ que es precisado por el legislador comunitario y por la interpretación que en cada momento pueda hacer de la misma el TJCE a resultas de su aplicación.

Para el Tribunal “*las nociones de trabajador y de actividad asalariada definen el ámbito de aplicación de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, y por ello no pueden ser interpretadas restrictivamente*”.²¹ Esta concepción amplia de la libertad de circulación, en la que como telón de fondo discurre el hacer

¹⁷ Moreau, M.A., *Brèves observations dans una perspective communautaire*, DS, n° 5, 1999, p. 454.

¹⁸ Asunto *Unger* o Asunto 75/63, Sentencia de 19 de marzo de 1964, Rep. 1964, pp. 347 y ss.

¹⁹ Asunto 53/81, *op. cit.*

²⁰ Asunto 75/63, *op. cit.*

²¹ Asunto 53/81, *op. cit.*, p. 1052.

248 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

prevalecer la lógica del mercado de trabajo por encima de otros factores como puedan ser la nacionalidad, vínculo contractual, etc., ha comportado que la noción de trabajador en ocasiones vaya más allá de los periodos de trabajo efectivo para englobar periodos de formación profesional o de búsqueda de empleo; llegando incluso a concebir como trabajador a aquel sujeto que “habiendo abandonado su empleo, es susceptible de conseguir otro”. Lo que supone concebir como trabajador a cualquier sujeto que no siendo trabajador puede ser susceptible de adquirir nuevamente dicha calidad.²²

Para el Tribunal la característica esencial de la relación de trabajo, o lo que es lo mismo sus criterios objetivos, es que “una persona cumpla durante un cierto tiempo, a favor de la otra y bajo la dirección de esta, prestaciones a cambio de algún tipo de remuneración”.²³ Por consiguiente tres son los criterios que permiten delimitar el tipo de trabajo que el TJCE engloba bajo el principio de la libre circulación de trabajadores: la ejecución de una prestación a favor de un beneficiario; el control de la forma de cumplimiento por parte del beneficiario; y, finalmente el carácter oneroso de la prestación.

La libre circulación de trabajadores afecta a “*actividades reales y efectivas*” y aquellas personas que “*ejerzan o deseen ejercer una actividad económica*”,²⁴ quedando excluidas únicamente “*aquellas actividades tan reducidas que aparezcan como puramente marginales o accesorias*”.²⁵ Debiéndose interpretar todos estos términos “*según los criterios objetivos que caracterizan la relación de trabajo, en consideración a los derechos y deberes de las personas afectadas*”.²⁶ Lo que lógicamente comporta que las partes de la relación de trabajo no tengan algún tipo de poder sobre la calificación jurídica de su relación.

El que se trate de una actividad económica ha sido reiteradamente exigido por la jurisprudencia del TJCE desde el Asunto *Unger*. La exigencia de este requisito ha comportado una enorme casuística que ha permitido al Tribunal pronunciarse sobre el carácter oneroso de las actividades deportivas ejercidas profesionalmente²⁷, la navegación marítima y aérea, etc. Llegando finalmente a determinar que “*el sistema general del Tratado implica que todos los sectores de la vida económica están comprendidos en el conjunto de las disposiciones del Tratado, salvo que éste prevea expresamente su excepción*”²⁸ – como ocurre, por ejemplo, con los empleos en la Administración Pública previstos en el art. 39.4 TCE, anterior art. 48.4 TCEE.²⁹ Por otro lado, la realidad y efectividad de la actividad se aprecia independientemente de la

²² Asunto 75/63, *op. cit.*

²³ Asunto 27/91, Sentencia de 21 de noviembre de 1991, Rep. 1991-I, pp. 5531 y ss.

²⁴ Asunto 53/81, *op. cit.*

²⁵ Asunto 197/86, Sentencia de 21 de junio de 1988, Rep. 1988, pp. 3025 y ss.

²⁶ Asunto *Betray* o Asunto 344/97, Sentencia de 31 de mayo de 1989, Rep. 1989, pp. 1621 y ss.

²⁷ Asunto 36/74, Sentencia de 12 de diciembre de 1974, Rep. 1974, pp. 1404 y ss.

²⁸ Asunto 167/73, Sentencia de 4 de abril de 1974, Rep. 1974, pp. 359 y ss.

²⁹ Por estos ha de entenderse aquellos que supongan “*una participación directa o indirecta, en el ejercicio del poder público o en las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades*” no encontrándose incluidos aquellos empleos que “*aun teniendo un vínculo jurídico con el Estado o con otros organismos de Derecho público, no implican ninguna participación en las tareas propias de la Administración Pública propiamente dicha*”. Vid. Asunto 148/79, Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Rep. 1980, pp. 3881 y ss.; Asunto 173/94, Sentencia de 2 de julio de 1996, Rep. 1996-I, pp. 3265 y ss.; Asunto 290/94, Sentencia de 2 de julio de 1996, Rep. 1996-I, pp. 3285 y ss.; y Asunto 473/93, Sentencia de 2 de julio de 1996, Rep. 1996-I, pp. 3207 y ss.; Asunto

regularidad o de la importancia de la misma, lo que significa que “*ni la productividad más o menos alta ni la fuente de recursos que permiten la retribución pueden tener en ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora*”.³⁰ Ello supone que el trabajo a tiempo parcial no está excluido de la libre circulación y que *a priori* tampoco pueden excluirse aquellas actividades que sean ocasionales o intermitentes, tal y como confirman los pronunciamientos *Lawrie-Blum*.³¹ *Kempf*³² o *Brown*.³³

En suma, todo esta jurisprudencia sobre la necesidad de que la actividad sea económica, real y efectiva ha conducido a que, a efectos de la libre circulación de trabajadores, sea indiferente la naturaleza del vínculo jurídico que une a las partes de una relación de trabajo, por lo que la noción de actividad asalariada en el sentido del Derecho Comunitario puede perfectamente englobar una relación de trabajo de Derecho público en el sentido del Derecho nacional siempre que no comporte una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público; o incluso puede abarcar un periodo en formación necesario para lograr una determinada profesión.³⁴

Que la prestación sea onerosa es otro de los elementos objetivos que el TJCE exige para estar en presencia de una relación de trabajo a la que se le pueda aplicar la libertad de circulación. Dicho de otro modo, es necesario que el sujeto que presta la actividad económica, real y efectiva a favor de otro sujeto reciba a cambio una remuneración. Este requisito excluye cualquier actividad desinteresada de la noción de actividad asalariada comunitaria. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que no existe ningún pronunciamiento en el que se prevea que la remuneración deba alcanzar una cifra determinada, ni el origen de las fuentes que pueden servir para su financiación (que incluso puede provenir del erario público)³⁵ o la forma de remuneración de que se trate (si es a la par, por pieza, etc...)³⁶.

Otro elemento nuclear que objetivamente sirve para calificar como relación de trabajo a una actividad onerosa, real y efectiva es que ésta se preste a favor de otra persona. Por consiguiente es necesario que la actividad económica ejercida lo sea en provecho de quien la paga, y bajo su dirección. Esto significa que el carácter económico de la actividad no guarda relación con que quien la realiza obtenga una remuneración, ya que una cosa es que el trabajador perciba una contraprestación por su trabajo y otra distinta es que el beneficiario de ese trabajo obtenga un rendimiento económico del mismo. Pues como ha señalado el TJCE aunque aparentemente concurren los requisitos objetivos de la actividad asalariada si carece de naturaleza económica (como ocurre por ejemplo con las actividades de inserción profesional) no puede ser considerada como tal.

Como puede observarse la intervención frecuente del TJCE en esta materia no sólo ha permitido en un sinfín de ocasiones interpretar o corregir la normativa comunitaria sino que al mismo tiempo evidencia los problemas que se derivan de la falta

³⁰ Asunto 344/97, *op. cit.*

³¹ Asunto 66/85, Sentencia de 3 de julio de 1986, Rep. 1986, pp. 2121 y ss.

³² Asunto 139/85, Sentencia de 3 de junio de 1986, Rep. 1986, pp. 1741 y ss.

³³ Asunto 197/86, Sentencia de 21 de junio de 1988, Rep. 1988, pp. 3025 y ss.

³⁴ Asunto 66/85, *op. cit.* y el Asunto 27/91, Sentencia de 21 de noviembre de 1991, Rep. 1991-I, pp. 5531 y ss.

³⁵ Asunto 344/87, *op. cit.*

³⁶ Asunto 3/87, *op. cit.*

250 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

de una sistematización jurídica de la relación de trabajo. Esta actuación *cuasi-legislativa* no ha de suplir ni suple en absoluto la necesaria actuación legislativa, dado que la sistematización jurídica de la relación de trabajo y de las nociones que la misma encierra ayudarían por un lado, a la correcta aplicación de la normativa comunitaria, y por otro, asegurarían su eficacia. Pues como ha sostenido el Tribunal existe, un vínculo estrecho entre la existencia o inexistencia de una definición comunitaria de la relación de trabajo asalariada, por un lado, y por otro, la efectividad o ineffectividad del Derecho Social Comunitario; y que, además tiene un alcance más extenso que la libre circulación, por lo que puede ser transpuesta a otras cuestiones. La experiencia de la jurisprudencia comunitaria en relación con la libre circulación de trabajadores debe servir para mostrar hasta que punto una sistematización jurídica de la relación de trabajo puede resultar útil para la propia evolución del Derecho Comunitario.

Una vez concluido que sería deseable y necesario establecer una noción legal de trabajador a nivel comunitario el siguiente paso es interrogarse sobre cómo actuar para alcanzar su establecimiento. Es fuerte la tentación de proponer una solución que apueste por una evolución hacia una definición unificada del contrato de trabajo. Esta apuesta, sin duda, condenaría a desaparecer, a corto plazo, a todas aquellas calificaciones jurídicas fundamentadas en la consideración del trabajo a través del método casuístico. Y no puede desconocerse que éstas aportan un dato importante como es que la evolución de la relación de trabajo ni es simple ni es tan fácilmente gobernable. Y ello porque, pese a que sea cierto que en los países europeos se perciben signos claros de un progreso hacia la tendencia a la unificación de la relación de trabajo asalariado. Lo cierto es que, en realidad, esta tendencia es más aparente que real. En el sentido de que la unificación se produce, por un lado, porque ciertas categorías de trabajadores que hasta el momento estaban excluidos del juego del Derecho del Trabajo son ahora sometidos a éste pero a través de estatutos especiales o aplicándoles un cierto "*derecho común del trabajo*"; y por otro, porque dentro de la categoría del trabajo asalariado regulado desaparecen antiguas divisiones entre categorías que ayudan a relativizar aún más la noción de la relación de trabajo asalariada.³⁷ Estas transformaciones conducen a la emergencia de una regulación del trabajo de segundo tipo en la que la mayor parte de las nociones nucleares del Derecho del Trabajo se encuentran difuminadas o ausentes. A esta dualidad de regímenes jurídicos corresponde una *explosión de colectividades de trabajo*³⁸ en la que coexisten trabajadores supraprotegidos con trabajadores del segundo mercado de trabajo que se encuentran colocados en un universo jurídico en el que la regla es la precariedad económica.³⁹

A los efectos que aquí interesan esta evolución supone una alteración en la capacidad integradora del Derecho del Trabajo, que deja de definir una identidad jurídica común a todos los trabajadores porque cada uno de ellos es reenviado a una situación jurídica particular, variable según la rama profesional, la empresa o el tipo de contrato que tenga.

³⁷ Al respecto puede consultarse para una visión en Europa: AA.VV., *Flexibilidad de trabajo en Europa* (R. Boyer), Madrid (MTSS), 1986.

³⁸ Maillard, J., *L'éclatement de la collectivité de travail: observations sur le phénomène d'extériorisation de l'emploi*, DS, 1979, pp. 323 y ss.

³⁹ Rojo Torrecilla, E., *Desarrollo social y económico para luchar contra la exclusión*, La Factoría, n° 1, 1996.

Ante esta doble tendencia a la generalización y diversificación de la tutela, ¿qué papel juega o debe jugar el Derecho Comunitario? Al nivel comunitario se le abren dos posibilidades: o fijar una noción igual para todos los Estados, o por el contrario, la reenvía a los Estados para que sen ellos los que la adapten en función de las particularidades de su respectivo ordenamiento jurídico. Ambas posibilidades tienen ventajas pero también cuentan con algunos inconvenientes.

Una definición de corte universalista con validez general puede, en ocasiones, revelarse no suficientemente elástica para atender a la diversidad de nuevas formas de trabajo que el sistema productivo genera; al tiempo que también puede ser un obstáculo para seguir los diferentes itinerarios de que se compone la vida profesional de un trabajador. Pues hoy, más que nunca, es difícil encontrar que quien trabaja para otro lo haga a lo largo de su vida profesional bajo la misma forma. Además, una apuesta en tal sentido puede suponer desconocer las tendencias actuales de los ordenamientos jurídico-laborales de la mayoría de los Estados Miembros que, apuestan por una flexibilización de las tutelas como mecanismo para hacer frente a las importantes tasas de desempleo.

Por otro lado, si se apuesta por la segunda opción, es decir, por el que la delimitación de la noción de trabajador sea reenviada a los Estados Miembros para que procedan a su adaptación en función de las peculiaridades derivadas de su respectiva tradición jurídica, esta solución cuenta con el inconveniente de colisionar con algunos de los principios que inspiran el Derecho Comunitario, además de conllevar problemas de tipo técnico que dificultan su aplicación práctica. Por ejemplo, uno de los principios que inspiran la Comunidad Europea es el “*acercamiento de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores de la Comunidad Europea*” (art. 7 TCEE), por lo que difícilmente se podrá ver cumplido este objetivo si desde la instancia comunitaria se pretende consolidar jurídicamente las diferencias derivadas de la diversidad de regulaciones que sobre las formas de empleo existen en los Estados Miembros.

Por otro lado, las consecuencias que se derivan de la aplicación del *principio de subsidiariedad* permiten llegar a la misma conclusión, esto es, la dificultad de establecer una noción armonizada de trabajador. En la medida en que conforme a este principio la instancia más cercana al ciudadano estaría llamada a intervenir de entre las instancias implicadas, su aplicación en la determinación de la noción de trabajador comporta que cada Estado miembro resulta competente sin que su respectiva noción pueda ser impuesta en el territorio de otro Estado Miembro. De este peculiar sistema de distribución competencial se deriva también que la Comunidad no mantenga ningún marco competencial con el que pueda intervenir.

De ahí que por aplicación estricta de este principio una intervención comunitaria tampoco sería posible. Sin embargo, pese a los inconvenientes señalados con respecto al establecimiento de una noción de trabajador a nivel comunitario, lo cierto es que la experiencia que arroja la aplicación de la libertad de circulación demuestra que es necesario la adopción de definiciones comunes que delimiten con claridad los conceptos jurídicos utilizados para que la norma comunitaria sea efectiva. Sin que ello sea obstáculo para que los Estados puedan acabar precisando y adaptando dichas definiciones a sus peculiaridades o que los jueces puedan resolver las cuestiones que se susciten como resultado de su aplicación.

La jurisprudencia en aplicación de la libertad de circulación también refleja otra serie de consideraciones igualmente válidas para diseñar un método de aproximación

252 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

a la sistematización de la relación de trabajo. Por un lado, es necesaria una definición comunitaria de las nociones jurídicas que emplea el Derecho europeo, desde el momento en que éstas delimitan su campo de aplicación, es decir, sólo por expresa previsión de la norma europea puede remitirse una definición a los derechos nacionales y el silencio de los textos sobre este punto autoriza al juez europeo a definir las nociones que emplea. Por otro lado, las nociones de las que dependen los derechos y libertades fundamentales deben recibir una interpretación extensiva. Y finalmente, la sistematización jurídica de la relación de trabajo no requiere forzosamente una única definición, en la medida que ésta debe adecuarse a la finalidad perseguida por cada norma, que no siempre coincide. En conclusión, puede decirse que cualquier intento de sistematización de la relación de trabajo debería ser, si se tiene en cuenta la experiencia que arroja la libre circulación de trabajadores comunitaria, diversificada y funcional.⁴⁰

Naturalmente, que la noción de trabajador a nivel comunitario no tenga que ser única y pueda ser funcional y diversificada encuentra su límite en que no se empleen nociones tan genéricas de trabajador que por imprecisas resulten impracticables y acaben por desnaturalizar la noción misma de trabajador en el plano comunitario. Es preciso emplear una noción que la haga reconocible. Como se ha visto, este riesgo no se produce a nivel interno de los Estados pues la mayoría de ellos cuentan con referencias más o menos explícitas a la noción de trabajador.

Sin embargo, también puede ser un riesgo caer en el otro extremo, es decir, intentar proporcionar una noción lo más precisa posible sobre quien y bajo qué circunstancias va a ser considerado trabajador. En este caso, el inconveniente reside en que el mundo del trabajo es una parcela de la actividad humana que en los últimos tiempos se está transformando con suma rapidez, por lo que si este escenario cambia es previsible que quienes son sus principales protagonistas, el trabajador y el empresario, también se vean afectados por dichas transformaciones. Bajo esta perspectiva, si la realidad sobre la que se proyecta la norma se altera, lo deseable es que la norma sea lo suficientemente flexible para que sea capaz de seguirla, pues en caso contrario la norma puede perder la finalidad por la que fue aprobada. Es necesario encontrar una definición lo suficientemente amplia que sin ser vaga permita edificar el conjunto de derechos sociales que se asocian a la persona del trabajador, y que al mismo tiempo se componga de una serie de notas que proyectadas en el tiempo no supongan que la noción se convierta en obsoleta por inaplicable.

La posible sistematización de la relación de trabajo a nivel comunitario nos sitúa necesariamente una vez más ante la oposición que comportan las dos tradiciones de la cultura jurídica europea. Sin bien la cuestión no radica tanto en escoger una u otra concepción sino en si es posible asegurar su compatibilidad en unas condiciones en que toma relieve la experiencia adquirida en derecho positivo. Dicho de otro modo, se trataría de contemplar al mismo tiempo la unidad y la pluralidad, la dimensión contractual y estatutaria de la relación de trabajo.

En un contexto como el actual, en el que la tutela que proporciona el contrato se está diversificando y en el que pierde nitidez la relación de trabajo asalariada en el Derecho de los países miembros, debe aparcarse la elección en bloque del método casuístico o el método sistemático. Pues una de las aportaciones claves del Derecho Comunitario en este punto ha sido el demostrar que la noción de trabajador no es

⁴⁰ Asunto 85/96, *op. cit.*, pp. 2691 y ss, apartado 31.

reconducir exclusivamente a aquella de parte del contrato, pues como se ha visto desde la óptica de las exigencias de la protección social o de la libre circulación el trabajador no pierde tal condición incluso en períodos en los que no está vinculado a un contrato de trabajo: cuando busca un empleo, cuando está disfrutando de período de formación o de reconversión profesional, o cuando goza de un año sabático, etc.

En su lugar, los esfuerzos deben dirigirse entonces hacia una noción que asegure al mismo tiempo la unidad y la diversidad constituyendo así una fórmula flexible, adaptable a los cambios sociales en curso, y ello al margen de que dicha noción tenga que ajustarse a las funciones de articulación de la autonomía de la voluntad y determinación del campo de aplicación de las normas del trabajo que le correspondan.

Igualmente esta noción debe comprender los distintos criterios objetivos de la relación de trabajo asalariado, tal y como éstos se desprenden de los Derechos nacionales y del Derecho comunitario, es decir, la existencia de una prestación de trabajo ejecutada a cambio de una remuneración y en situación de dependencia de un empleador. De lo contrario la noción puede resultar tan amplia y vaga que devenga inaplicable.

La exigencia de una remuneración no implica mayores precisiones dado que como se ha visto la jurisprudencia derivada del TJCE descarta todo umbral mínimo de salario en este campo, por lo que es suficiente que exista. En cambio, cómo formular los dos restantes criterios objetivos que caracterizan el contrato de trabajo -la prestación de trabajo y la dependencia- deviene una cuestión delicada por la propia diversificación de las formas de empleo y las necesidades de regulación correspondientes en cada Estado Miembro.

Lo cierto es que ha pasado a ser verdaderamente imposible encerrar esta diversidad en una única fórmula. El análisis comparativo de los países comunitarios revela la existencia de tres posibles métodos para hacer frente a esta dificultad. De un lado, el *método del haz de indicios* que a grandes rasgos consistiría en el que juez proceda a una evaluación conjunta de la relación de trabajo que debe calificar y busque si existe un número suficiente de indicios de una relación de poder. La base de esta técnica sería que ninguno de los indicios puede por sí sólo ser determinante. Esta técnica es universalmente empleada, pero la lista de indicios utilizados varía de un sistema jurídico a otro (esta técnica se emplea tanto en los sistemas de Common Law, por ejemplo, en Gran Bretaña, como en los sistemas continentales: Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Portugal, España, Luxemburgo e Italia) y tiene la ventaja de la soltura y de la adaptabilidad, pero el inconveniente de generar inseguridad jurídica, por cuanto queda al arbitrio exclusivo del juzgador. Por otro lado, la técnica de la *asimilación legal* suprime esta inseguridad pero es de gran rigidez y tiene el inconveniente de descansar en una base corporativa. Esta técnica se encuentra en ciertos países, y consiste en la asimilación legal de ciertas categorías de trabajadores a los trabajadores asalariados. Tiene una dimensión corporativa manifiesta en la medida en la que descansa sobre la noción de profesión: el punto de partida de esta profesión reposa sobre el vínculo de subordinación que es suficiente para aplicar el estatuto de los asalariados. Otra de sus características es que permite dosificar la aplicación de este estatuto, porque permite modular la asimilación, que puede ser total o parcial. Y, finalmente, el último modo posible de sistematizar la relación de trabajo es acudiendo a la multiplicidad de definiciones, que puede servir para modular el campo de aplicación del Derecho de Trabajo, pero que puede tener el inconveniente de favorecer el individualismo

254 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

corporativo y la desintegración social si estas definiciones no se constriñen en un marco jurídico suficientemente cohesionado.

Por consiguiente, la única manera posible de poder realizar una aproximación enteramente comunitaria, salvando los inconvenientes que presentan los métodos que emplea cada Estado miembro, es combinándolos, esto es, asimilándolos a la noción empleada en las disposiciones sobre libre circulación e igualdad. Emplear una definición básica de contrato de trabajo mediante la técnica del *haz de indicios*, estableciendo los factores que no van a tener ningún efecto sobre la calificación del contrato (que según el TJCE pueden ser: el tiempo de trabajo, el lugar de trabajo, la duración del contrato, la naturaleza de las funciones ejercidas, etc.) cada vez que una disposición tenga que definir derechos inherentes a la persona del trabajador y cuando sea preciso vincularla a la noción de contrato de trabajo.

Bajo esta concepción, el sujeto vinculado por una *relación de trabajo*, expresión que en la terminología comunitaria refleja una voluntad de interpretación más extensiva, sería la persona llamada *trabajador dependiente* que se compromete a trabajar personalmente a cambio de remuneración en el marco de una organización dirigida por otra persona, llamada *empleador*. Mientras que la dependencia es definida por remisión al criterio de integración en una organización dirigida por otros, dado que este criterio es el que se desprende del análisis comparado de la mayoría de países europeos; el criterio de la integración abriría la puerta a la utilización por el juez de la técnica del *haz de indicios*, pero con un alcance limitado por la existencia de una lista de indicios que se reputan indiferentes, lista que operaría como un modo de asimilación legal de los contratos cercanos al contrato de trabajo, cualquiera que fuera su calificación por el derecho interno.

Naturalmente, se puede estar más o menos de acuerdo con esta formulación pero quizás lo verdaderamente importante no es, en este momento, ni su precisión ni su corrección técnica sino el mismo hecho de que exista en el ámbito comunitario, ya que sólo así es posible la intervención del TJCE para asegurar su respeto y el conjunto de derechos que se derivan de la misma.

4 La Recomposición de la Noción de Trabajador a la Luz de la Evolución del Derecho Comunitario y del Derecho Comparado Europeo: la Tutela del Trabajo Prestado A Favor de Otro.

La noción legal de trabajador que se desprende de la mayoría de ordenamientos jurídicos del entorno europeo ha quedado desbordada por la variada realidad social sobre la que pretende incidir. En este sentido, puede afirmarse que se asiste a un fenómeno de adaptación del Derecho del Trabajo a los cambios cíclicos de orden productivo y/u organizativo que son producto del sistema capitalista. Ello tiene como resultado directo, y no como consecuencia patológica como se creyó en otras épocas, la atribución de una naturaleza tuitiva al ordenamiento jurídico-laboral. Siendo precisamente la recuperación de esta función, tradicionalmente asociada al Derecho del Trabajo, la que conviene rescatar para afrontar los desajustes que se producen entre el prototipo normativo actual y la realidad social subyacente. Es decir, de lo que se trata ahora es de seguir protegiendo en función de las necesidades reales de tutela de los sujetos que acuerdan una relación de trabajo; dado que el Derecho el Trabajo debe

continuar siendo el instrumento que nivele las desiguales relaciones de poder existentes en el proceso productivo.⁴¹

El Derecho del Trabajo no puede continuar concibiéndose como un medio para luchar contra las disfuncionalidades derivadas del funcionamiento del mercado, aun cuando pudiera reconcerse que el mercado pudo ser un factor dinamizador, en otros tiempos (en este sentido, las primeras intervenciones de principios del siglo XIX en materia de condiciones de trabajo o el desarrollo comunitario del principio de libertad de circulación de trabajadores). La recuperación de la mejor tradición del Derecho del Trabajo en su función de protección del débil se fundamenta no sólo en razones de tipo histórico (a modo de ejemplo, aquí podrían citarse todas aquellas normativas que encontraban el fundamento de su intervención no en la caracterización de la prestación de trabajo del sujeto sino en su situación económica o en su mayor necesidad de protección, por ejemplo, por su mayor exposición a sufrir accidentes), sino también por el mismo juego de los valores constitucionales que recoge la mejor tradición jurídica europea.⁴²

La cuestión no se centra ya exclusivamente en localizar el supuesto de hecho que posibilita la aplicación de la norma laboral, que sigue siendo la figura del contratante débil, sino en la forma de encontrar un criterio unitario que permita su reformulación atendiendo a las transformaciones que sufre hoy en día el mundo del trabajo.⁴³ Esto es, hay que decidir si el Derecho del Trabajo va a tener una función tutelar *abierta* a cualquier forma de trabajo o a cualquier sujeto que trabaje con independencia del tipo de vínculo jurídico que una al sujeto a su trabajo; o por el contrario, si va a seguir manteniendo una actitud *selectiva*, protegiendo sólo a determinados trabajadores.⁴⁴

La primera opción supone proteger a los sujetos en atención a las necesidades de tutela que se derivan del desarrollo de su prestación de trabajo, por lo que este planteamiento implícitamente lleva en sí mismo el reconocimiento de la necesidad de articular un sistema gradual de tutelas. Sistema que abarcaría una serie supuestos a los que se garantizaría la máxima protección por medio de una importante intervención heterónoma en la regulación de la relación de trabajo, hasta colectivos a los que se les aplicaría unas mínimas tutelas.⁴⁵ Por el contrario, la óptica del segundo planteamiento

⁴¹ Perulli, A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, Dir. Lav., n° 2, 1997, p. 180 y ss; GIUGNI, G., *El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo*, RR.LL., 1994 - II, p. 37°.

⁴² Castel, R., *Droit du travail: redéploiement ou refondation?*, DS, n° 5, 1999; De Munck, J., *Le trois crises du droit du travail*, DS, n° 5, 1999.

⁴³ Romagnoli, U., *Il lavoro e i lavori*, Dir. Lav., n° 3, 1988, pp. 406 y 407.

⁴⁴ Algunos aspectos de este debate pueden encontrarse en Cabero Iglesias, M., *El Derecho del Trabajo para el siglo XXI*, DL, n° 53, 1997; Duran López, F., *Globalización y relaciones de trabajo*, REDT, n° 92, 1998; Pérez de los Cobos, F., *Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo*, DL, n° 60, 1999; Romagnoli, U., *Globalización y Derecho del Trabajo*, RDS, n° 5, 1999; Ortiz Lallana, M. C., *La supervivencia del Derecho del Trabajo*, AL, n° 42, 1999; Rodríguez Piñero, M., *El Derecho del Trabajo a fin de siglo*, RR.LL., n° 24, 1999; OZAKI, M., *Relaciones laborales y globalización*, RR.LL., 1999 - I; Rodríguez Piñero, M., *Política de globalización y condiciones de trabajo*, RR.LL., n° 11, 2000.

⁴⁵ Pocos son los estudios doctrinales que se han ocupado de abordar esta cuestión dado que la mayoría de los autores se siguen centrandos en la delimitación del núcleo básico de tutela de la relación de trabajo. Sin embargo, unas primeras reflexiones sobre la cuestión pueden encontrarse en Supiot, A., *Les nouveaux visages de la subordination*, DS, n° 5, 2000.

256 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

consistente en que el Derecho del Trabajo mantenga una *actitud selectiva*, se orienta principalmente a las condiciones en que el sujeto desarrolla su trabajo y deja en un segundo plano el desarrollo de tutelas en la medida en que se atribuyen en bloque. Bajo esta perspectiva, el Derecho del Trabajo continuaría manteniendo un cuadro binario de protección, esto es, un esquema en el que habría sujetos protegidos y sujetos no protegidos, y en el que sería necesario adoptar un criterio de selección uniforme que permitiera trazar con claridad la línea entre los incluidos y los excluidos.

Sin embargo, la realidad del mundo del trabajo es mucho más variada que la que se puede recoger en un precepto jurídico. Prueba de ello son los abundantísimos pronunciamientos jurisprudenciales que intentan realizar una labor de adecuación de la norma a la realidad. Sin embargo, el hecho que se encargue al juez el clarificar el alcance de la norma en cada momento no es una solución plenamente satisfactoria por dos motivos: de un lado, porque los Tribunales no pueden suplir la función de las normas cuando no se adecuan a la realidad que pretenden regular y, por otro lado, porque en cualquier caso los pronunciamientos jurisprudenciales no pueden ir más allá de las previsiones normativas, con lo que si éstas establecen la aplicación o no de un conjunto normativo en bloque, los jueces no pueden tampoco apartarse en exceso de este esquema. En consecuencia, con esta opción se continúa en el mismo punto de partida, la necesidad de encontrar un criterio sobre el que estructurar las tutelas derivadas de la prestación del trabajo a un ajeno.

Naturalmente, también puede alegarse que si los supuestos de hecho son más variados que los que contempla la norma, este inconveniente puede resolverse manteniendo el prototipo normativo y articulando al mismo tiempo las correspondientes adaptaciones tomándolo como punto de partida y bajo la forma de relaciones especiales de trabajo. Se trataría de atribuir al prototipo normativo, caracterizado si se quiere por varios elementos bien delimitados, la función estructural de primera selección y unificación de tratamientos, y a partir de ahí se irían sucediendo las adaptaciones necesarias al mismo. Esta opción supone admitir la coexistencia de un conjunto de normas uniformes y otro de reglas especiales y o diversificadas y establecer si en la determinación de las reglas especiales es necesaria la intervención del legislador o, por el contrario, son las partes las que libremente deben ponerse de acuerdo. Lo que en cualquier caso, lleva de nuevo al mismo punto de partida, esto es la previa delimitación del criterio que permitirá el tratamiento unificado de las tutelas.⁴⁶

⁴⁶ Según resulta del cuadro normativo que se desprende de la noción de trabajador que se contempla en el Estatuto de los Trabajadores, esta parece haber sido la opción por la que se ha apostado en el ordenamiento jurídico español. Hay un tipo central, caracterizado por las notas acumulativas de la voluntariedad, la retribución, la ajenidad y la dependencia, en base al que se articulan un conjunto de relaciones laborales de carácter especial que el mismo legislador se encarga de desarrollar de forma particular en cada caso. Este esquema, aun siendo singular, no resuelve por completo el desbordamiento social actual de la noción de trabajador con respecto a la noción legal dado que ninguno de los ordenamientos jurídicos del entorno español contemplan una figura similar. Es cierto que el listado de relaciones laborales de carácter especial es de naturaleza enunciativa y que puede ser ampliado a nuevas relaciones de trabajo, como contempla el mismo art. 2 ET en su redactado. Pero la solución no pasa por ampliar tanto el listado que lo desnaturalice haciéndolo impracticable. Esto es, cada nuevo trabajo fruto del desarrollo económico o social no puede pretender como respuesta del ordenamiento jurídico una protección de tipo individual o con carácter pormenorizado en función de sus concretas necesidades. Esta solución no sólo sería difícil sino imposible atendiendo a la complejidad del mundo productivo actual y la rapidez con que éste se transforma. No resulta posible cristalizar un fenómeno como el mundo del trabajo, de contornos tan variables, en un precepto jurídico a riesgo de hacerlo tan amplio que se desnaturalice.

Sin embargo, un planteamiento de este tipo presenta todavía el inconveniente de que no resuelve en absoluto las necesidades de tutela de aquellos trabajos que, pese a situarse en la proximidad del prototipo normativo de referencia, no cuentan con protección alguna (*zonas grises*); o la de aquellos otros que, habiendo sido expresamente excluidos por el prototipo normativo, dan indicios de requerir en realidad idénticas necesidades de tutela como, por ejemplo, sucede con ciertas manifestaciones de trabajo autónomo. Ambos supuestos conforman hoy en día situaciones fácilmente detectables en la realidad social de las que el ordenamiento jurídico laboral no puede por más tiempo desentenderse, en atención a su función secular de protección de la parte débil de la relación de trabajo. Esto es, debe haber una correspondencia entre la condición social del trabajador, su situación de subordinación económica y social y la transposición de dicha condición en un sistema de reglas de tutela del contratante débil en el marco del ordenamiento laboral.

Examinadas las distintas opciones y las previsiones normativas de que dispone ya el ordenamiento jurídico, en ese caso, ¿cómo puede promoverse su reacción en vista del desfase que el mantenimiento de un prototipo normativo concebido en los albores del fenómeno industrial con respecto a un tipo social determinado produce frente al desarrollo de nuevas situaciones de hecho que no son susceptibles de ser reconducidas a dicho prototipo pero que también tienen sus mismas necesidades de tutela? En este punto, se abren dos caminos: de un lado recomponer la noción que se desprende del prototipo normativo por medio de su relectura a la luz del Derecho Social Comunitario; o bien, adoptar una perspectiva de Derecho comparado que permita reconstruir la noción a partir de experiencias ya consolidadas.

La primera opción, esto es, la elección del ordenamiento jurídico comunitario como clave de recomposición de la noción actual de trabajador estaría plenamente justificada por la propia naturaleza del Derecho Comunitario. Mientras que la segunda opción también estaría justificada en la medida que el ordenamiento jurídico español, en el pasado y también en la actualidad, se nutre de las tradiciones y experiencias de los ordenamientos jurídicos de los Estados de su entorno. Por tanto, ambos puntos de partida pueden ser válidos, e incluso complementarios, para tratar de realizar la operación de reconstrucción que se pretende.

Del tratamiento de la noción de trabajador a nivel comunitario, fruto principalmente del desarrollo del principio de libertad de circulación de trabajadores y de la corta andadura del Derecho Social Comunitario, usado que es un ordenamiento jurídico dinámico que todavía está conformándose, pueden extraerse las siguientes conclusiones, que básicamente giran en torno al hecho de que a nivel comunitario no existe una única noción de trabajador.

La coexistencia de diversas nociones de trabajador en el ámbito comunitario viene justificada de un lado, por la naturaleza misma del Derecho Social Comunitario que, aún siendo un ordenamiento supranacional, se aplica a cada Estado Miembro como parte de su ordenamiento jurídico interno; y de otro, porque el Derecho Social Comunitario debe al mismo tiempo respetar las diferentes tradiciones jurídicas de cada uno de los Estados que componen la Unión Europea. Esto es, la noción de trabajador es concebida desde la instancia comunitaria bajo una perspectiva global suficientemente amplia como para acomodarla a la realidad social de cada país sin quedar desnaturalizada.

Pero quizás la consecuencia más importante que se puede extraer de la coexistencia de diversas nociones de trabajador, al margen de la aludida flexibilidad y

258 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

adaptabilidad sea la finalidad que persigue y justifica dicha diversidad. Esto es, el empleo de múltiples nociones de trabajador se debe a la voluntad de adaptar la finalidad de la norma a las necesidades del sujeto protegido. De ahí que cada norma pueda contar con un sujeto diferente al que dirigir una protección que se concreta caso por caso, consiguiendo que la normativa se adapte a las necesidades del sujeto protegido y no a la inversa. En este sentido, la intervención heterónoma es funcional y está estrechamente ligada a las concretas necesidades de los colectivos que se persigue proteger.

Naturalmente, el juego simultáneo de diversas nociones de trabajador, la mayor parte reconducibles, sin embargo, a la noción de sujeto protegido, plantea en ocasiones problemas interpretativos que son corregidos gracias a la importante labor de integración que realiza el TJCE. En otras palabras, se parte del convencimiento de que una noción articulada de trabajador es compleja y requiere de un instrumento que no sólo la dote de significado desde la perspectiva comunitaria sino que al mismo tiempo exponga de manera unificada la finalidad que persigue la normativa comunitaria. El TJCE se erige como el intérprete comunitario de la noción de trabajador que de forma necesaria deben respetar los Estados miembros a la hora de incorporar la normativa comunitaria a sus respectivos ordenamientos internos. De ahí que pueda sostenerse que hoy en día la noción comunitaria influye enormemente y de forma directa en la conformación de la noción legal de trabajador en los Estados miembros.

Desde la perspectiva comunitaria, la noción de trabajador es *dinámica*; inacabada por cuanto forma parte de un proceso de gestación que no ha concluido todavía; funcional en tanto formulada caso por caso; y en consecuencia diversificada y al mismo tiempo unificada por la interpretación que de ella hace el TJCE.

La perspectiva comparada presenta otras líneas de tendencia igualmente útiles. En este sentido, las diversas propuestas tanto doctrinales como legislativas con que se trabaja muestran cómo la realidad que se pretende regular va en estos momentos por delante de las previsiones que contempla el prototipo normativo; situación ésta que no es nueva ya que fue precisamente la constatación de este hecho lo que dio pie, en su día, a la aparición de las primeras normas sobre condiciones de trabajo y a la superación del contrato civil de arrendamiento de servicios. Por tanto, el desajuste entre el prototipo normativo y la falta de protección jurídica de sujetos que se encuentran en condiciones similares a las que el prototipo normativo contempla, renueva el viejo debate de las fronteras de protección que proporciona el ordenamiento jurídico en torno a la figura del contratante débil. Y asimismo se vuelve a cuestionar la eficacia misma del prototipo normativo, que se ve afectado en sus mismos fundamentos. Se asume que el criterio que debe adoptarse en la reformulación de la noción legal de trabajador que se emplea ha de estar en directa correspondencia con la función que desde sus orígenes ha desempeñado el ordenamiento jurídico laboral.

Estando claro el criterio que permite articular el conjunto de tutelas, sin embargo, se difiere en la manera de plasmarlo jurídicamente en un tipo normativo, ya que la experiencia muestra que la cristalización de las necesidades de tutela en un esquema en blanco y negro el tipo no puede ser cerrado, porque siempre hay matices que no quedarían suficientemente recogidos y porque constantemente este esquema requiere reajustes. En este sentido se han barajado distintas propuestas: desde las que apuestan por el establecimiento de *un continuo* de tutelas, sin posibilidad de que existan colectivos que trabajen desprovistos de tutela, hasta llegar al supuesto de protección máxima que sería el coincidente con el trabajador que celebre un contrato de

trabajo; hasta los que proponen mantener el sistema *tradicional* de los *excluidos* e *incluidos*, recomponiendo el criterio que permite tal diferenciación pero incorporando una categoría intermedia, que contemple una serie de garantías en función de las necesidades de los sujetos situados en aquella zona próxima a los incluidos.⁴⁷

Estas opciones opuestas, que naturalmente cuentan también con posiciones intermedias más matizadas, tienen importancia en dos sentidos: por un lado, porque rompen con el pensamiento en blanco o negro que supone mantener exclusivamente un único prototipo normativo y, por otro lado, porque conectan claramente el prototipo normativo con la función que desempeña en la articulación de tutelas del ordenamiento laboral. Dicho de otro modo, los dos planteamientos conectan la noción de trabajador con la noción de sujeto protegido, al proporcionar el primero un conjunto de tutelas, un *status*, que permite entender que se está ante un verdadero sujeto protegido.

Pueden, por tanto, extraerse dos ideas clave del debate que se ha suscitado en el Derecho comparado: por un lado, que el criterio de protección en una relación de trabajo ha de seguir siendo la tutela de la parte débil, esto es, proteger a quien lo necesita y en función de lo que necesita; y en segundo lugar, conservar el prototipo normativo, por cuanto su conformación ha sido el resultado de arduas conquistas sociales a lo largo de muchos años, pero proceder al mismo tiempo a replantearlo en la medida en que las evoluciones a las que asiste el ordenamiento jurídico hoy en día lo están socavando en sus mismos cimientos.

Pese a que sea cierto que las transformaciones que sufre la realidad social sobre la que se estructura el ordenamiento jurídico laboral son tan importantes que cuestionan sus mismos fundamentos, la apuesta que se defiende no precisa de nuevos instrumentos o nuevas construcciones (contrato de actividad, contrato coordinado, etc.). Para avanzar no es preciso acabar con lo conocido, sino que aprovechando lo conquistado es necesario reformular los instrumentos de que ya dispone el ordenamiento jurídico, adecuándolos a las nuevas necesidades de protección. En este sentido, se propugna un redescubrimiento del “trabajo” en sí mismo, dotándolo de un sentido más amplio del que actualmente tiene para desvincularlo del término “empleo”.⁴⁸

Con esta nueva visión del trabajo y de la noción de trabajador más *material* y *dinámica* se pretenden dos cosas: de un lado, relativizar las diversas formas que el trabajo ha adoptado hasta el momento en el seno de la sociedad capitalista, y así proteger el trabajo como actividad fundamental de la persona en la sociedad actual;⁴⁹ y de otro, proporcionar modelos normativos que sigan a la persona en sus diferentes actividades a lo largo de toda su vida.⁵⁰

Naturalmente, que este planteamiento también cuenta con el inconveniente de que previamente se tiene que aclarar el sentido y alcance del “trabajo” (en este sentido, se apuesta por entender como trabajo aquella situación que responda a una

⁴⁷ Para una visión global de estas propuestas vid. Ghezzi, G., *Introduzione generale alle otto proposte di legge*, en AA.VV., *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Roma (Edesse), 1996, pp. 67 y ss.

⁴⁸ En la misma línea que se sostiene en AA.VV., *Au delà de l'emploi du travail et devenir du droit du Travail en Europe (Rapport pour la Commission Européenne)*, DS, n° 5, 1999.

⁴⁹ Garofalo, M.G., *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, GDLRI, n° 81, 1999, pp. 29 y ss.

⁵⁰ Supiot, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), Col. Informes y Estudios, 1996, pp. 291 y ss.

260 EL ESCENARIO EUROPEO Y COMUNITARIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO BAJO EL PRISMA QUE OFRECE LA FIGURA DEL TRABAJADOR

obligación o a un vínculo jurídico independientemente de su naturaleza), pero superado este obstáculo, el ordenamiento jurídico protegerá verdaderamente todas las relaciones de trabajo y no exclusivamente una determinada.⁵¹

Por otro lado, tampoco cabe inferir que proteger todo trabajo signifique una protección indiscriminada en tanto uniforme para todos los casos. Esto es, que el ordenamiento jurídico proteja a todo aquel que trabaje en atención a su condición de sujeto débil de la relación, no significa que dispense la misma protección para todos los trabajadores. Si esto es así, ¿cómo se establece la graduación de tutelas? Es en este punto cuando conviene recuperar de la noción de sujeto débil de la relación de trabajo, ya que se puede articular y justificar en torno a este criterio una intervención heterónoma por parte del ordenamiento jurídico. En otras palabras, al sujeto se le va a proteger en función de las necesidades que tenga, y en este sentido mantener el contrato de trabajo como máxima consagración de esta filosofía resulta vital pero no excluye otras situaciones en las que también pueda haber sujetos necesitados de tutela, dado que hoy en día el prototipo normativo que recoge el ordenamiento jurídico ha dejado de identificarse plenamente con la noción de parte débil de la relación de trabajo.

La noción de trabajador así reformulada, que recuerda en cierto modo al enfoque que se adopta desde el ordenamiento jurídico comunitario, deviene material, en la medida en que comprende realmente todos los sujetos que realizan un trabajo; funcional, porque las tutelas que se derivan de la misma van en función de las necesidades del sujeto que se pretenda proteger; y flexible, porque un planteamiento de este estilo conlleva que el tipo normativo se adapte a la realidad social que pretende regular y no a la inversa, dado que no se fija *a priori* un único supuesto para el otorgamiento de protección.

Una ventaja de este planteamiento reside en que no se segmenta el ordenamiento jurídico en dos partes estableciendo una frontera entre incluidos y excluidos: toda persona que trabaje está incluida, si bien goza de una protección distinta en atención al grado de necesidad que tenga. Esto permite que el perenne debate sobre las fronteras asociadas a la noción de trabajador, por ser ésta la *llave* de la protección, quede en un segundo plano; revalorizándose, por el contrario, otro debate mucho más interesante e importante como es el del contenido de la misma protección, y el de la vinculación de la relación de trabajo a la nueva visión de la ciudadanía social.⁵²

Como ventaja también puede aportarse que esta visión no está reñida con el mantenimiento de la centralidad del contrato de trabajo como instrumento clave de nivelación de desigualdades sociales. Es más, manteniéndolo incluso se clarifica su centralidad al no tratar de incluir en su seno situaciones que realmente no responden a su lógica. Es decir, ya no es necesario forzar el prototipo normativo derivado del contrato de trabajo para poder otorgar protección, porque se entiende que la condición de sujeto débil de la relación de trabajo no puede predicarse exclusivamente de los sujetos que celebren un contrato de trabajo. Ahora bien, también hay que reconocer que la reformulación de la noción de trabajador bajo el prisma de la posición de debilidad en la

⁵¹ Romagnoli, U., *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona*, RDS, n° 9, 2000, p. 15; matizando esta idea: Ortiz Lallana, Mª. Cª., *La Transformación del Derecho del Trabajo ante los nuevos retos sociales*, Logroño (SPUR), Col. Jurídica, 1999, pp. 36 y ss.

⁵² Rodríguez Piñero, M., *La nueva dimensión del Derecho del Trabajo*, RR.LL, n° 7, 2002, p. 7.

relación de trabajo cuenta con el inconveniente de que necesita clarificar previamente cuándo se es y cuándo no se es débil. Sin embargo, creo que en este punto conviene tener en cuenta los resultados que hoy en día arroja el hecho de haber pretendido mantener un prototipo normativo lo más preciso y delimitado posible. La realidad cambiante del mundo del trabajo muestra hoy en día poca correspondencia con un prototipo normativo que se forjó hace ya un siglo y este hecho tiene que servir de experiencia para no tratar de precisar excesivamente ciertos conceptos a riesgo de que lo que se defina hoy muy claramente no sirva casi para nada el día de mañana.

Naturalmente, de que no deba existir una única noción de trabajador articulada en torno a un solo prototipo normativo no cabe inferir que no sea necesaria una tarea de delimitación conceptual previa sobre la que poder trabajar, siempre que se entienda que ésta no puede ser definitiva. Por ello, de manera consciente se ha evitado proporcionar en estas páginas una definición de la noción de trabajador en el ordenamiento jurídico ya que su misma formulación supondría repetir algunos errores que se predicaban precisamente del prototipo normativo actual. En su lugar se ha optado por proporcionar los elementos que hoy en día permiten fraguarse una composición aproximada de la misma y de su posible evolución.

LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Isabel Victoria Lucenda Cid*

1 Introducción

El respeto por los derechos humanos y la promoción de los '*comportamientos democráticos*' se ha convertido, desde la última década del siglo XX hasta nuestros días, en una condición para la continuidad de la cooperación y la ayuda económica a los países en vías de desarrollo.

Las Instituciones financieras Internacionales, así como los Estados occidentales donantes, (EEUU, la UE y sus Estados Miembros, Canadá, etc.), iniciaron durante estos años una nueva etapa en la que los derechos humanos y la promoción de la democracia, se convirtieron en un *elemento esencial* de sus políticas exteriores.

El Informe del Banco Mundial de 1989, "*África Subsahariana: de la crisis al desarrollo sostenible*", supuso el primer texto en el que asomaba un nuevo repertorio de recomendaciones, teóricas y prácticas, de los principios que habrían de regir las políticas internacionales para la cooperación al desarrollo. La apuesta política del Banco Mundial (entidad financiera internacional que se permite sugerir fórmulas políticas), por el "*buen gobierno*" como condición de la ayuda, se ha convertido en el *perejil de todas las salsas*, dando lugar a una abundante literatura oficial y no oficial en la que quedaría institucionalizada y justificada la necesidad de "*las estrategias de condicionalidad a las políticas de cooperación*"¹ al desarrollo.

En Noviembre de 1991, el Consejo y los Estados miembros de la Unión Europea, aprobaron una Resolución sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo, en la que se recogía la condicionalidad política de la cooperación en términos de respeto a la democracia, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho. Un año anterior, la agencia norteamericana USAID ya había iniciado su andadura en "*la era de la condicionalidad política democrática (...) con el lanzamiento de la Iniciativa Democrática (...), introduciendo la exportación del modelo liberal de democracia*"² a todos los países en vías de desarrollo con los que mantienen relación.

* Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, ES.

¹ Roguez-Piñero Royo, L. "Del Partido único al 'buen gobierno'. El contexto internacional de los procesos de democratización en el África Subsahariana después de la Guerra Fría", en PENAS, F.J., *África en el Sistema Internacional* Ed. Cataratas, Madrid, 2000. P. 210.

² *Idem*.

266 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las políticas de cooperación al desarrollo les han servido a los países occidentales como instrumentos privilegiados al servicio de sus políticas exteriores, tanto en sus relaciones bilaterales como en las multilaterales, donde más de una vez, tras disposiciones puramente de ayuda, se encubrían intereses de naturaleza política, económica y también civilizatorios. Durante siglos, el *“pensamiento moderno y liberal, el que combina un exacerbado universalismo – lo que es bueno para nosotros, lo es urbi et orbe – con una obstinada fe en la teleología de la Historia que avanza de etapas inferiores a superiores”*³ ha constituido un hilo civilizatorio de manera tal que parece ser que *“el destino natural de la humanidad es alcanzar nuestro nivel de civilización... y si eso no ocurre, se debe a la ignorancia, a la maldad o a determinadas formas de organización social (interesadas) que traban el Desarrollo”*⁴. Este aspecto civilizatorio adquiere una gran relevancia en la actualidad dado que tras el periodo de la Guerra Fría y, sobretudo, la caída del Muro de Berlín con el desmantelamiento del bloque del Este (que ofrecía un programa político y económico distinto para desarrollar los principios de la modernidad), nadie cuestiona la democracia liberal como el único sistema de gobierno legítimo. De esta forma, sin aparentes obstáculos ni posibles alternativas, siguiendo a Fco. J. Peñas en una cita de C. Aké, *“Occidente se puede permitir el lujo de ‘llevar una política de principios’”*⁵

Esta *‘política de principios’* se enmarca para F.J. Peñas en el discurso moral de Occidente, cuya pretensión es difundir *“los valores que considera como buenos, moralmente justos, políticamente razonables y económicamente sensatos, que no son otros que los suyos”*⁶. Los valores morales que sostienen esta política razonable y esta economía sensata se traducen en una ortodoxia en la que *“democracia, derechos humanos, buena gestión, mercado libre, desarrollo económico, bienestar y paz”* son condiciones (inseparables) de posibilidad de un desarrollo económico y social sostenido.⁷

Es indudable que tras estos principios políticos se esconden intereses no sólo éticos, sino que encubren, a su vez, intereses estratégicos que obedecen a motivos económicos y de seguridad para las grandes potencias occidentales, ya sean de EEUU o de la Unión Europea.

La condicionalidad política de la ayuda vinculada a la democracia y el respeto a los derechos humanos es un aspecto novedoso en las relaciones entre los países altamente desarrollados y los que aún permanecen en vías de desarrollo, aunque se inscribe dentro del programa internacional de promoción del modelo político y económico liberal occidental cuyo origen embrionario se encuentra en los procesos colonizadores del siglo XIX.

Actualmente, las iniciativas positivas que se proponen en las políticas de cooperación al desarrollo en relación con la democracia, están dirigidas a apoyar los procesos de transición democrática de los países en vías de desarrollo. En este sentido,

³ Peñas Estenan, F.J. “Diplomacia humanitaria, Protectorado y políticas cañoneras: África Subsahariana, estatalidad, soberanía y tutela internacional”, en Peñas, F.J. *África en sistema Internacional*, p. 54.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.* p. 65.

⁶ *Idem.* p. 66.

⁷ *Idem.* p. 67.

la definición de democracia se basa en dos elementos: uno procedimental y otro sustancial. El primero de ellos tiene que ver con los procedimientos y las instituciones democráticas (especialmente con las elecciones multipartidistas). El segundo factor está relacionado con el grado de participación de la sociedad civil en la vida política, el reparto del poder entre los diferentes grupos que la conforman, la posibilidad de ejercer un control sobre el gobierno, etc. Sin embargo, para Amnistía Internacional, las elecciones libres y un sistema multipartidista no garantizan los derechos humanos por sí mismo, sino que supone un primer paso en el proceso de transición democrática. Es por tanto, esencial que la asistencia en este campo se centre en un trabajo que favorezca la comprensión sustancial de los principios democráticos. Para alcanzar este fin, es necesario fortalecer a la sociedad civil y promover la independencia de los medios de comunicación, la libre expresión, el derecho humano a la educación, la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad y el derecho de asociación y fundación de grupos no gubernamentales, entres otros.⁸ Las iniciativas puestas en marcha para lograr el pleno desarrollo de estos derechos y la implicación de la sociedad civil en los procesos democratizadores y de promoción de los derechos humanos, ha llevado a la UE, concretamente en el marco del Acuerdo de Cotonou entre la UE y los países de África, Caribe y Pacífico, a convocar un Foro de diálogo con representantes de la sociedad civil y ONGs dos veces al año.⁹ Estos espacios de diálogo e intercambio entre instituciones de ayuda al desarrollo y la sociedad civil favorecen el conocimiento de la situación real de muchos pueblos y aumentan la comprensión mutua. Por otro lado, estos encuentros pueden contribuir, tanto a nivel teórico como práctico, en el enfoque y la formulación de las estrategias y programas de actuación en el campo de los derechos humanos y la consolidación de las instituciones democráticas de sus países.

Una de las críticas a las actuaciones políticas relacionadas con la promoción de los derechos humanos y los principios democráticos en los países en vías de desarrollo, se debe al énfasis que los países donantes ponen en los derechos civiles y políticos en detrimento, en muchos casos, de los derechos económicos, sociales y culturales. En nuestra opinión, uno de los puntos más relevantes de la cooperación al desarrollo ha de ser el proveer de medios de subsistencia (no sólo la ayuda humanitaria de urgencia, sino instrumentos políticos y económicos en la escena internacional) a estos pueblos, simultáneamente o antes de proponerles unos principios políticos y un programa de acción desvinculados de sus preocupaciones y necesidades más vitales. Por otro lado, hemos de decir que la satisfacción de las necesidades económicas y sociales básicas, no es suficiente ni conducen a un desarrollo integral sostenible. El desarrollo no puede estar separado de la observancia de (todos) los derechos humanos; la democracia y el desarrollo están íntimamente relacionados. Aunque en muchas ocasiones se ha aseverado que la democracia es una condición importante para la realización de los derechos sociales, económicos y culturales, ésta no es la panacea.¹⁰

⁸ Simma, B., Aschenbrenner, J.B. y Schulte, C., "Human Right consideration in the development of co-operation activities of EC" en Steiner, H. J. and Alston, P., *International Human Rights. Law, Politics, Moral*, Oxford, New York, 2000.

⁹ Foro de debate de la UE, Bruselas, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 199 – Conferencia de Derechos Humanos de la UE sobre ésta y el papel central de los Derechos Humanos y de los principios democráticos en las relaciones con terceros países, Venecia, 25-28 de Mayo de 2000 – foro de Derechos Humanos de la UE, 13 de diciembre de 2000. http://europa.eu.int/comm/external_relations/human_rights/conf/index.htm.

¹⁰ *Idem*, p. 1124.

268 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Por último, es necesario resaltar que la imposición del modelo democrático occidental desde fuera, sin respetar los antecedentes políticos, económicos y culturales de los países beneficiarios de la ayuda, no es la solución a sus problemas ni una manera eficaz de promover los principios democráticos y los derechos humanos. Existe un riesgo y una inclinación por parte de los estados donantes, como veremos mas adelante, de igualar la democracia con las elecciones multipartidistas. Esto es sólo un primer paso. La condicionalidad política en la cooperación al desarrollo de la UE ha de hacer un esfuerzo considerable, no sólo para promover unas elecciones libre y justas, sino también para promover a la sociedad civil. A la vez, y como subrayábamos anteriormente, hay que planificar y ejecutar una política de cooperación al desarrollo integral y no discriminatoria, dirigida al respeto y promoción de todos los derechos humanos por igual: civiles y políticos y económicos, sociales y culturales.

2 La Unión Europea y la Condicionalidad Política de la Cooperación al Desarrollo

2.1 Fundamentos jurídicos de las cláusulas Democráticas y de Derechos Humanos en las políticas de cooperación al desarrollo de la Unión Europea.

Será al inicio de la década de los años noventa cuando la condicionalidad política adquiera una especial relevancia en todos los Acuerdos bilaterales y multilateral en el contexto de la política exterior de la UE. El último Convenio de Lomé en su artículo 5¹¹, recogió, por primera vez, un discurso mas explícitamente vinculado a la condicionalidad política.¹²

En la actualidad, tras la caída del muro de Berlín, y como consecuencia del fin del enfriamiento bipolar, la UE ha visto reforzado aun más su protagonismo en el ámbito de la cooperación al desarrollo y la consolidación de estructuras de diálogo político con terceros Estados beneficiarios de la misma. En este contexto se inscribe el objetivo que constituye el fundamento político de la cooperación al desarrollo: *“contribuir al carácter general al desarrollo y consolidación de la Democracia y del Estado de Derecho, así como al respeto a las libertades fundamentales”*, art. 177.2. CE (antiguo art. 130 2 UE). La formulación de este objetivo ha fortalecido la tendencia de la Comunidad hacia un creciente condicionamiento democrático de la política de cooperación al desarrollo. A esta estrategia presente en la Resolución del Consejo sobre Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, aprobado el 28 de Noviembre de 1991,¹³ se le han asociado otras resoluciones mas completas y refinadas como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 22 de Noviembre de 1995.¹⁴

¹¹ Durante la revisión del IV Convenio de Lomé en 1995, el artículo 5 recogió: *“El respeto de los derechos humanos, los principios democráticos y el estado de derecho, que apuntalan las relaciones entre los Estados ACP y la Comunidad y todas las disposiciones del Convenio, y que gobiernan las prácticas nacionales e internacionales de las Partes Contratantes, constituirán un elemento esencia de este Convenio. En este contexto, el buen gobierno (good governance) será un objetivo particular de las operaciones de cooperación.”*

¹² Rodríguez-Piñero Royo, L. “Del partido único al “buen gobierno” en Peñas, Fco. J. (ed.) *África en el sistema internacional*, Ed. Cataratas, Madrid, 2000, p. 236.

¹³ Boletín de la CE nº 11-1991. pp. 124-126.

¹⁴ COM (1995) 575 final. “La Unión Europea y los aspectos exteriores de la política de Derechos Humanos: de Roma a Maastricht y en adelante” Bruselas, 1995.

A la hora de valorar la ejecución del punto 2 del artículo 177 CE, se pueden distinguir dos vertientes claramente diferenciadas.

Por un lado, estaría una acción de apoyo a favor de los procesos de transición democrática y de reforma de las instituciones públicas en los países beneficiarios de la cooperación, y por el otro, la promoción de los derechos humanos y la protección de aquellos colectivos que son más susceptibles de violación de los mismos. En principio, esta acción de la Comunidad estaría valorada favorablemente.

Sin embargo, la dificultad en la ejecución del mandato previsto en el artículo 177.2. CE, estaría en las medidas de carácter negativo que la Comunidad adopta en casos de serias interrupciones de los procesos democráticos o violaciones graves de los Derechos Humanos en los países terceros beneficiarios de la cooperación, y ello por la *“inexistencia de un criterio objetivo a la luz del cual valorar coherentemente este tipo de situaciones, en el que con fuerza confluyen, además, factores de naturaleza política o económica que complican la toma de decisiones por parte de las instituciones comunitarias”*.¹⁵

Aun así, el deseo de la UE es defender la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- declarados en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 sobre los derechos humanos, y buscará en los Acuerdos de cooperación y asociación con terceros países, *“la protección de tales derechos, el fomento de la democracia pluralista y de unas garantías efectivas para el Estado, así como la lucha contra la pobreza”*,¹⁶ como objetivos esenciales de su política exterior.

Sobre esta base, las relaciones exteriores de Unión Europea se guiarán por el respeto los derechos y principios recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que se proclamó oficialmente en la Cumbre de Niza de 2000.

En esta misma línea, en noviembre de 2000 el Consejo y la Comisión Europea adoptan una importante declaración común sobre la política comunitaria de desarrollo,¹⁷ basada firmemente sobre el principio de un desarrollo humano sostenible, equitativo y participativo, así mismo fomentará el respeto de los derechos humanos, los principios democráticos, el Estado de Derecho y el buen gobierno, como parte de los objetivos y estrategias de su actuación política exterior.

A pesar de estas Resoluciones y Declaraciones, en la actualidad, la inclusión de esta *“cláusula democrática y de derechos humanos”* como instrumento jurídico en los acuerdos de cooperación al desarrollo continúa planteando problemas. Se sospecha que esta cláusula, diseñada para apenas ser utilizada, o en casos *“de especial urgencia”*, pudiera llegar a convertirse en una fórmula estándar de los distintos acuerdos de asociación y cooperación de la UE con terceros países.

Integrar de forma efectiva el respeto de los derechos humanos y la democracia en las políticas de cooperación al desarrollo, implica incluir en todos los campos de la

¹⁵ Gonzalez Alonso, L. N. “La política comunitaria de cooperación al Desarrollo” en Lopez Escudero, M. Y Martín y Perez Nanclades, J. (Edts) *Derecho Comunitario Material*, McGrawhill, Madrid, 2000. p. 445.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre la política comunitaria de desarrollo, 10 noviembre de 2000. Véase en: http://europa.eu.int/comm/development/lex/en/council20001110_en.htm

270 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

política exterior de la UE estos principios. La falta de respeto e incluso los abusos a los derechos humanos y los reveses a los procesos democratizadores en muchos países con los que mantiene relaciones la UE (China, Argelia, Nigeria, Turquía...), y el fracaso en la implementación de las políticas de derechos humanos acompañadas de medidas restrictivas sin contenido y parciales, ha conducido a la búsqueda de métodos más eficaces para lograr un cambio sustantivo en estos países a través de la colaboración positiva y constructiva con estos gobiernos. Este nuevo enfoque está basado en el diálogo, el apoyo y el estímulo. Aun así, si estos países no están dispuestos a cooperar en la búsqueda de un cambio político, la UE podría buscar medidas negativas, en base a las “cláusulas de suspensión” o de “no ejecución” que se recogen en los Acuerdos de cooperación sobre los “elementos esenciales”¹⁸.

Por tanto, en caso de que una de las partes no asuma la ejecución del Acuerdo, cada parte deberá consultar a la otra antes de adoptar “medidas negativas” y aplicar alguna de las cláusulas mencionadas, salvo en los casos de urgencia especial.

Estas “medidas” pueden consistir en la suspensión de los contactos a alto nivel y la modificación de los programas de cooperación, pudiendo establecer otros cauces diferentes para la prestación de la ayuda y los nuevos proyectos. Éste sería el caso en el que la UE podría “suspender la cooperación con los gobiernos pero mantener el apoyo a las poblaciones locales mediante proyectos realizados por las organizaciones de la sociedad civil”.¹⁹

Según la UE la finalidad de estas cláusulas es promover fundamentalmente el diálogo político y la adopción de medidas positivas en pro de los derechos humanos y la democratización de los países receptores de la ayuda y no establecer medidas punitivas o restrictivas. Sin embargo, como veremos mas adelante a partir del análisis de los casos que presentamos, no existe un trato justo y equitativo a la hora de aplicar las sanciones a aquellos gobiernos que violan los derechos humanos y los principios democráticos.

La Comisión Europea justifica la inclusión sistemática de los temas relacionados con los derechos humanos y la democracia en el diálogo político, basándose en que estos elementos permitirán a ambas partes reconocer los mecanismos e instrumentos más eficaces y necesarios para desarrollar la estabilidad política, social y económica en los países beneficiarios de la cooperación al desarrollo.

La prioridad de la política de cooperación de la UE en este campo, es impulsar el desarrollo de la capacidad institucional, el buen gobierno y el Estado de Derecho.²⁰ Para ello, el punto de partida será el análisis de la situación política y de seguridad, incluidas en los análisis estratégicos nacionales sobre la situación de los derechos humanos - es decir, tanto los derechos económicos y sociales como los derechos civiles y políticos - y los factores culturales y sociales de interés que influyan directamente en el proceso político y en el potencial de conflictos e inestabilidad. Estos factores pueden estar en relación con “cuestiones de participación democrática (sufragio universal, elecciones libres, estructura multipartidista, igualdad de acceso a la actividad política, participación de la toma de decisiones); derechos humanos (adhesión y cumplimiento de los compromisos en virtud de los tratados y convecciones internacionales de derechos humanos, protección de las libertades civiles, entre

¹⁸ COM (2000) *op. cit.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Acuerdo de Cotonou, art. 33.

*ellas libertad de expresión y la libertad de reunión, seguimiento efectivo de los derechos humanos), y Estado de Derecho (sistema judicial independiente y eficaz, ordenamiento jurídico transparente, igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sometimiento de la política y de la administración pública a la Ley, observancia de las obligaciones contractuales)”.*²¹

2.2 La Condicionalidad Política: ¿Obstáculo o Estímulo al Desarrollo?

El término condicionalidad alude “*al hecho de someter la percepción de determinados beneficios (ayuda financiera, ventajas comerciales) al cumplimiento de una serie de condiciones.*”²²

Si en la década de los ochenta las políticas de cooperación al desarrollo estuvieron presididas básicamente por los criterios de condicionalidad económica a través de los planes de ajuste estructural, poniendo interés en las cuestiones relacionadas con la política monetaria, la liberación y la estabilidad de las finanzas públicas; la última década del siglo XX hasta nuestros días, como hemos visto, ha evolucionado hacia una condicionalidad política poniendo énfasis en los derechos humanos y los procesos democráticos “*que dan un nuevo valor a los factores internos: el papel del Estado, la transparencia de las decisiones*”,²³ elementos que comienzan a ser vistos como condiciones fundamentales para el desarrollo de los países pobres receptores de la ayuda.

Sin embargo, la aparición de esta cláusula democrática y de derechos humanos en Acuerdos de cooperación al desarrollo, con sus mecanismos urgentes en respuesta a masivas violaciones de los mismos e interrupción de los procesos democráticos,²⁴ no ha supuesto la supresión de otras condicionalidades tales como la económica o la medioambiental,²⁵ por el contrario ha engrosado la lista de condiciones a la ayuda de manera abrumadora.

Aunque a primera vista la condicionalidad de la ayuda sujeta al respeto de los derechos humanos y la democracia parece un avance en las relaciones de la UE con terceros países, hay muchos autores especializados y grupos de ONG que no creen en la eficacia ni en su adecuada aplicación. Por su parte, los Estados receptores de la ayuda han aceptado esta cláusula con reticencias y forzados por la presión Internacional; estos Estados la consideran o una intromisión en asuntos internos o bien, creen que los “*valores que defienden están definidos desde parámetros exclusivamente occidentalistas.*”²⁶

Junto al análisis del contenido de las cláusulas democráticas introducidas en los Acuerdos de cooperación al desarrollo de la UE, veremos algunos casos que demuestran como el creciente apoyo retórico a los derechos humanos y la democracia

²¹ COM (2000), *op. cit.*

²² PI, Montserrat. “Los Derechos Humanos en la acción exterior de la UE”, en BARBÉ, E. (coord.). *Política Exterior Europea*. Ed. Ariel, Barcelona, 2000. p. 84.

²³ PI, M. *op. cit.*, p. 84.

²⁴ Rodríguez-Piñero Royo, L. *Op. cit.* p. 237.

²⁵ PI, M. *op. cit.*, p. 85.

²⁶ *Ibid.*

272 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

en el seno de la política exterior y la cooperación al desarrollo de la UE, no ha dado lugar a un cambio correlativo hacia un trato justo y equitativo de todas las naciones.²⁷

2.3 Sobre la ambigüedad de la cláusula democrática y de Derechos Humanos y la dificultad de su aplicación.

La condicionalidad política no deja de ser, para muchos autores, excusa para exportar el proyecto liberal democrático a los países en vías de desarrollo²⁸ pero, además, es imprecisa e incoherente en su aplicación.

Por un lado, “*el respeto a los Derechos Humanos*” es un enunciado que presenta muchas variaciones a pesar de que se refiera, o al menos así se entiende, a los derechos humanos básicos reconocidos y consensuados en las grandes Declaraciones Internacionales y en el Derecho Internacional. Aunque en la cláusula de derechos humanos y democracia “*se incluyen menciones a instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos: la Declaración Universal, el Acta Final de Helsinki o la Carta de París*”²⁹ queriendo paliar la vaguedad del concepto derechos humanos y dejar claro cual es el estándar de protección que se persigue, no consigue una total consistencia y coherencia,³⁰ ni dejar claro cuales son los estándares que se quieren contemplar.

Por otra parte, sólo se puede suponer que los derechos económicos, sociales y culturales están incluidos atendiendo a la indivisibilidad de los derechos, pero se puede observar claramente, en la aplicación de las medidas sancionadoras, que tiene mayor protagonismo los derechos políticos y civiles.

Con respecto a los principios democráticos, la vaguedad e imprecisión es aún mayor, si cabe, que en relación a los Derechos Humanos ya que, como dice Montserrat Pi,³¹ la inexistencia de criterios claros para definir la democracia puede llevar, y de hecho así sucede, a caer en posiciones etnocentristas que pongan el énfasis en los principios por los que se rigen las democracias occidentales sin tener en cuenta las identidades culturales y los valores propios de los países terceros, beneficiarios de la ayuda.

²⁷ Crawford, G. “Los Derechos Humanos, la democracia y el desarrollo: hacia un trato justo”, en Revista Española de Desarrollo y Cooperación, n° 1. IUDC-UCM, Madrid, 1997. p. 1. Ver también en www.ucm.es/info/IUDC/crawford.htm.

²⁸ Gutierrez Vega, P. “Tipicidad y casuística de la condicionalidad política” en Peña, F. J. *África en el sistema Internacional*, Ed. Catarata, Madrid, 2000, p. 269. Para este autor “las democracias occidentales tratan de trasladar a la escena internacional prácticas, arreglos y compromisos institucionalizados en sus respectivas ciudadelas domésticas cuando interactúan con agentes no-occidentales, con sociedades “no ordenadas” en palabras de Rawls, en los que no reconocen características que le son propios. Mutación tan radical en el proceder diplomático de las democracias occidentales la incapacitan virtualmente a conducirse ad extra en sus relaciones con aquellos que no comparten sus convicciones culturales, tal y como exigiría ad intra la naturaleza confesionalmente democrática de sus estructuras democráticas.”

²⁹ Pi, M. *op. cit.*, p. 92.

³⁰ Crawford, G. *op. cit.*, p. 5.

³¹ Ver también sobre este tema GRASA, R. “Algunas reflexiones a propósito del Libro Verde de la Comisión Europea. La condicionalidad democrática y la participación de la sociedad civil en la perspectiva de la renegociación del Acuerdo de Lomé”. *Affairs International*, 1998, n°. 40-41.

Otro elemento a subrayar en este sentido, es que a diferencia de los derechos humanos, no existen respecto a los principios democráticos, instrumentos de carácter internacional que manifieste un consenso sobre este tema.

En la famosa frase del presidente Wilson, “*El mundo tiene que salvarse para la democracia. La paz ha de basarse en los fundamentos de la libertad política*”³², y repetida por el presidente Clinton cincuenta años después, no se defienden sólo las libertades políticas como condición para salvar la democracia, sino que incluye la libertad económica. La introducción de los principios de una economía de libre mercado como elemento básico de la promoción de los valores democráticos en la constitución política de otros Estados es criticado fuertemente desde múltiples sectores, denunciándose que no es adecuado mezclar regímenes económicos con el fomento de “comportamientos democráticos” y los derechos humanos. Equiparar ambos aspectos favorece las sospechas y ambigüedades sobre los motivos últimos a los que obedecen dicha cláusula democrática.³³

En relación a los tipos de medidas que pueden adoptarse en base a esta cláusula, podemos hablar de *medidas de “suspensión total o parcial”* del Acuerdo, o de *‘no aplicación’* o *‘no ejecución’* del mismo. “*La explícita ‘cláusula de suspensión’ capacita a cualquiera de las partes a suspender inmediatamente el Acuerdo, total o parcialmente, si se ha infringido seriamente la disposición esencial. Conocida como la ‘cláusula báltica’ fue utilizada por primera vez en los Acuerdos con los Estados Bálticos a finales de 1992. La cláusula general de ‘no aplicación’ o ‘no ejecución’ determina con mayor detalle los procedimientos que han de seguirse en situaciones donde se denuncien violaciones. Establece un órgano de solución de controversias (denominada Consejo de Asociación), en el cual se busca una solución aceptable para ambas partes, la inmediata suspensión sólo se prevé en casos de especial urgencia. Conocida como ‘cláusula Búlgara’ fue utilizada por primera vez en Bulgaria y otros Estados de Europa Central y oriental desde 1993,*”³⁴ y ha sido incluida en los Acuerdos mas recientes de la UE con terceros países, entre ellos en el artículo 9 del Acuerdo de Cotonou (Acuerdo entre los países de África, Caribe y pacífico y la Unión Europea, firmado en Junio de 2000)³⁵. Asimismo, estas cláusulas están presentes en los Programas de financiación y cooperación técnica de la Unión Europea con Asia y América Latina.

Entre las posibles medidas en caso de violación de un *‘elemento esencial’* del acuerdo, se podrá modificar el contenido de los programas de cooperación o de los canales utilizados; reducir de los programas de cooperación cultural, científica y técnica, aplazamiento de las reuniones mixtas; suspender los contactos bilaterales de alto nivel; aplazar nuevos proyectos; realizar embargos comerciales; suspender la venta de armas o embargo de las mismas, y por último, interrumpir la cooperación militar, etc.³⁶ Como podemos ver el abanico de posibilidades en la aplicación de las sanciones es amplio y pone de relieve los diversos campos de la cooperación internacional europea. Cuando

³² Discurso del presidente norteamericano Wilson en el que pedía al congreso estadounidense que declarase la guerra al gobierno imperial alemán el 2 de abril de 1917. citado en F.J. Peñas, p. 63.

³³ PI, M. *op. cit.*, p. 93.

³⁴ Crawford, G. *op. cit.*, p. 4.

³⁵ Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico y la Unión europea. Firmado en Cotonou en el 2000.

³⁶ PI, M. *Op. cit.*, p. 94.

274 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

hablamos de incoherencia en la ejecución de las políticas de desarrollo nos referimos especialmente a la distancia que existe entre una política que pretende promocionar los Derechos Humanos y los principios democráticos por un lado, y aquellas políticas de cooperación militar y comercial con la venta de armas, por otro. Ambas estrategias de cooperación se sitúan en los mismos planes de política exterior y comercial de la UE.

El examen de la aplicación práctica de los instrumentos de la condicionalidad política plantea problemas que son auténticos límites en su utilización, tanto desde el punto de vista de su legitimidad como de su legalidad.³⁷ Por otro lado, en su vertiente sancionadora, plantea el problema de la coherencia.

Dada las características del actual proceso de mundialización, resulta bastante difícil mantener *“una posición consistente en el ámbito de los derechos humanos, puesto que las relaciones entre los Estados están influidas por un complejo entramado de cuestiones económicas, políticas e históricas que hacen que no se puedan considerar los temas de derechos humanos de manera aislada y rígida.”*³⁸ Por otro lado, en el caso de la UE, subordinar los derechos humanos y la democracia a estos aspectos de política exterior mencionados, sobre todo a los propios intereses económicos, *“socava la condicionalidad política y la legitimidad a la vez que limita su impacto. Si su propio compromiso a los principios democráticos y los derechos humanos es cuando menos parcial, difícilmente podrá exigir el cumplimiento de sus modelos de desarrollo.”*³⁹

Esta falta de coherencia en las prácticas sancionadora de la UE ha sido denunciada de muchas maneras. Crawford en su trabajo *“Los Derechos Humanos, la Democracia y el Desarrollo: hacia un trato igualitario”*, demuestra empíricamente como la suspensión de la ayuda es mucho mayor en África Subsahariana, dado que *“los Estados miembros (de la UE) tienen muy poco que perder”*⁴⁰. Sin embargo, la preocupación por abrir nuevos mercados en Asia, por ejemplo, ha hecho que la UE haya primado sus intereses económicos sobre el cumplimiento o no de la cláusula de derechos humanos en lugares como Indonesia o Argelia, donde las organizaciones Internacionales y Nacionales de derechos humanos han denunciado graves violaciones de los mismos.

En conclusión, de lo anterior se deducen dos factores claros que evidencian cómo la cláusula de derechos humanos está supeditada en muchos casos a intereses económicos o políticos, y que su aplicación negativa puede ser más efectiva en los países dependientes de la ayuda al desarrollo, es decir, *“los más pobres, mientras que los países con mayores recursos pueden permitirse, en mayor medida, ignorar las condiciones políticas que se le exigen.”*⁴¹

Algo que PI pone de manifiesto y que creemos de gran relevancia en el contexto de este análisis, es que todas las acciones emprendidas para sancionar a los países que violen las cláusulas democráticas, están vinculadas a las violaciones de derechos civiles y políticos (elecciones fraudulentas, corrupción en la gestión gubernamental, etc.),

³⁷ PI, M. *op. cit.*, p. 99.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Crawford, G. *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰ PI, M. *op. cit.*, p. 99.

⁴¹ PI, M. *op. cit.*, p. 100.

pero no se tienen en cuenta las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, lo cual demuestra la parcialidad e incoherencia en la aplicación de la cláusula de derechos humanos y de nuevo, su ineficacia en muchos casos.

3 Casos de Sanciones de la Ayuda al Desarrollo

Como decíamos anteriormente, Crawford desarrolla una investigación sobre las sanciones a la ayuda aplicadas por la UE en algunos países con lo que mantiene Acuerdos de Asociación y Cooperación, sobre la base de los principios democráticos y los derechos humanos en un periodo que va desde 1990-1996.

Las sanciones se impusieron en 22 casos, aunque en algunos de ellos sólo se trató de una amenaza y en otros se llevó a cabo la medida sancionadora. Este autor distingue cuatro tipos de sanciones que van desde la suspensión total de la ayuda, suspensión de los nuevos proyectos de ayuda, suspensión de la ayuda programada (ayuda a la balanza de pagos) hasta la reducción general de la ayuda o la negativa a nuevos desembolsos por motivos políticos.⁴²

La mayoría de los casos estudiados fueron objeto de algún tipo de las sanciones descritas, pero lo que resulta llamativo es que la mayoría eran sanciones a países extremadamente pobres y, sobretodo, de África Subsahariana.

La cooperación al desarrollo fue totalmente suspendida por algún tiempo, durante los años 1990-96 mas de ocho veces en Burundi, Liberia, Nigeria, Ruanda, Somalia, Haití y Turquía. Nuevos proyectos de ayuda se suspendieron en Gambia, Malawi, Níger, Togo, Zaire, China, Guatemala, Perú y Siria. Por otro lado, Kenia, Guinea Ecuatorial, Lesotho, Sierra Leona y El Salvador también han sido objetos de algún tipo de medida sancionadora.⁴³

Analizando si el tratamiento ha sido justo y equitativo en las distribuciones de las sanciones, podemos observar que la mayoría de las sanciones impuestas han sido a África Subsahariana (15 de los 22 casos), lo cual es altamente significativo. ¿A qué se debe que África Subsahariana haya sido sometida a un escrutinio tan exhaustivo y otras zonas como el Norte de África, Asia y Extremo Oriente sean tratados tan favorablemente en la aplicación de las sanciones?.

Para Crawford, tres elementos podrían responder a esta cuestión; por un lado, en la primera mitad de los años noventa *"cuando los movimientos por la democracia retaban la existencia de los regímenes militares o de partido único en todo el continente, éstos daban lugar a situaciones en los que la influencia externa podría ejercitarse para la condicionar los procesos a favor de la oposición"*;⁴⁴ por otro lado, como subrayábamos anteriormente, estos países son los más pobres y, por lo tanto, los que más dependen de la ayuda exterior, lo que hace creer a los donantes que las medidas sancionadoras pueden ser más efectivas en estos casos, y por último, los países de la UE tienen muy poco que perder al aplicar sanciones a estos países de África Subsahariana, ya que no hay ningún obstáculo interno sobre intereses económicos de la UE en esta región.

⁴²Sobre las causas de estas sanciones, ver Crawford, G. *op. cit.*, pp. 6, 20-24.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* p. 7.

276 LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA COMO CONDICIÓN DE LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

El estudio de estos 22 casos por parte de Crawford, evidenció que la condicionalidad política ha sido aplicada contra los países más pobres y con menos capacidad de presión internacional, en contraste con otros países cuyas prácticas políticas violan claramente los derechos humanos, pero al tener mayor crecimiento económico y ser mercados potenciales para los intereses occidentales y, por supuesto, de la UE, no son sancionados de la misma manera. De ello se deduce que *“el interés propio prevalece en las relaciones con este último grupo de países”*,⁴⁵ lo que de nuevo demuestra el trato discriminatorio de la aplicación de sanciones en el caso de violación de la cláusula democrática y de derechos humanos, establecidas en los Acuerdos de cooperación.

Los límites de la condicionalidad negativa plantean dudas sobre *“su eficacia real para conseguir el objetivo al que teóricamente responde, es decir, la defensa de los derechos humanos y la democracia, por lo que cada vez más los críticos proponen medidas de carácter positivo mas que un enfoque sancionador”*⁴⁶ cuyos resultados no son efectivos, justos ni equitativos; demuestran prácticas políticas dispares y provocan situaciones de doble rasero, poniendo en duda la credibilidad de estas prácticas políticas. Las medidas positivas de promoción de los derechos humanos son una de las vías que se le proponen a la UE como alternativa a una política punitiva. La promoción de los Derechos Humanos y los principios democráticos en un sistema de medidas positivas favorecerá un acercamiento provechoso, siempre que estén dirigidas a la raíz de los problemas mas que estar a la espera del incumplimiento de las cláusulas democráticas y de Derechos Humanos para sancionarlos.

La Resolución de la Comisión Europea de noviembre de 1991 recoge ejemplos de las medidas positivas que adoptaran la UE en relación con este tema, entre ellas están: 1) Apoyar a los países que estén en proceso de democratización y promuevan los Derechos Humanos; 2) Promover la celebración de elecciones, el establecimiento de instituciones democráticas y el fortalecimiento del Estado de Derecho; 3) El fortalecimiento del sistema judicial, administraciones de justicias, prevención del crimen y el trato a los sospechosos; 4) Promocionar el papel del las ONGs, la sociedad civil y otras instituciones necesarias para el mantenimiento de una sociedad pluralista; La adopción de estrategias de cooperación descentralizada; 5) Asegurar la igualdad de oportunidades para todos.

A estas estrategias se suman otras cuyos objetivos van encaminados a fomentar la libertad de prensa, la protección de las minorías y la vuelta de los exiliados políticos.⁴⁷ Una deficiencia de este planteamiento es la limitación de estos esfuerzos a los derechos civiles y políticos fundamentalmente, en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, tanto la Declaración Universal como las políticas de derechos humanos de la UE están basadas sobre el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, siendo difícil, en muchos casos, dibujar la línea divisoria entre derechos civiles y políticos de un lado, y económicos, sociales y culturales, del otro.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ PI, M. *op. cit.*, p. 105.

⁴⁷ Steiner H.J y Alston, P., “International Human Rights, Law, politics and moral” 2ª Ed. Oxford, New York, 2000.

4 Últimas Consideraciones

Se suele atribuir al actual proceso de mundialización un gran potencial de libertad y justicia, así como de prosperidad. Sin embargo no es fácil ocultar su lado oscuro. El supuesto peligro de que la globalización neoliberal influya de forma nefasta sobre los grupos y países más pobre y vulnerables del mundo, es una realidad latente y presente en la mayoría de los países del Tercer Mundo. Es evidente que millones de personas que viven en estas regiones del planeta están sometidas a un acelerado proceso de exclusión, quedando abandonados a la miseria y el sufrimiento.⁴⁸

A pesar de considerarse a la Comunidad Europea como el mayor donante de la ayuda a la cooperación y ser defensora de los valores y principios democráticos y los derechos humanos, la debilidad de su política exterior y su escasa influencia en la escena Internacional se hace manifiesta, fundamentalmente, tras el 11 de Septiembre y los acontecimientos desencadenados posteriormente. No obstante, la UE ha de ser capaz de dar respuestas coherentes y positivas a esta situación de desigualdad estructural en la que se desarrolla las relaciones económicas y políticas mundiales. Se trata de invertir el actual proceso de exclusión y transformarlo en un proceso verdaderamente incluyente. Este es el reto.

El carácter transversal de los derechos humanos y la democratización no puede responder a una política asilada de otras actuaciones de la UE, por ello se exige un esfuerzo considerable para garantizar un compromiso y una acción consecuente con las prioridades políticas de la UE y los objetivos de la cooperación al desarrollo que incluyen la promoción de los derechos humanos y la democracia. Coordinación, coherencia y complementariedad son los principios que han de regular la acción exterior de la UE para que su discurso político, vinculado a la defensa de los principios democráticos los derechos humanos, esté asociado a una iniciativa que vaya dirigida a las causas profundas de los problemas que padecen muchos de los Estados beneficiarios de la ayuda, y no a los síntomas.

⁴⁸ COM (2001) "El papel de la UE en el fomento de los Derechos Humanos y la democratización en terceros países" Bruselas, 2001.

**LA CIUDADANIA GLOBAL:
APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA**

Alfonso de Julios-Campuzano*

1 Introducción

Una de las categorías políticas centrales de la modernidad es, indudablemente, la ciudadanía. El ciudadano como centro de atribución de facultades e imputación de derechos es, ciertamente, el elemento nuclear de la articulación de las relaciones entre política y derecho en los Estados nacionales. No en vano, ese status de ciudadano vino a abrogar, definitivamente, la estratificación estamental de las sociedades del antiguo régimen en beneficio del reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los individuos con independencia de su origen social o de su posición económica. Durante doscientos años - que a título orientativo podríamos acotar básicamente por la Revolución Francesa y la caída del muro de Berlín - la ciudadanía ha ejercido este papel de primer orden como elemento dirimente de la atribución no sólo de derechos políticos sino también de otra naturaleza en el seno de la estructura burocrático-administrativa del Estado. La ciudadanía definida como ciudadanía-institución ha sido y continua siendo el elemento vertebrador de las relaciones interindividuales en el ámbito de la vida política intraestatal y, a través de ella, los derechos subjetivos han cobrado cuerpo como correlato jurídico del reconocimiento de la igualdad política de los individuos.

Sin embargo, las profundas mutaciones a que se está viendo sometido el mundo contemporáneo en su ordenación jurídico-política en virtud del impacto transformador de la globalización, coloca un amplio espectro de cuestiones hasta ahora desconocidas que hacen que el concepto de ciudadanía se tambalee a la par que el modelo Estatal se redefine en las coordenadas de la economía global. El modelo de ciudadanía que tan eficaz servicio prestó a ese modelo de organización social está hoy en crisis. No podía ser de otra forma, porque muchos son los factores que inciden sobre él. Huelga decir que la ciudadanía no puede quedar al margen de este vasto repertorio de transformaciones, porque es, sin duda, una de las elementos nucleares del modelo de organización jurídico-política de la modernidad. Ya no son las cosas como antes: se acabó el tiempo de las estructuras de poder unitarias y de los sistemas jurídicos plenos, completos y acabados. El formalismo jurídico sobre el que descansó el dominio del Estado-nación en su época de apogeo es ya solo un recuerdo desléido de épocas pretéritas. Terminó ya el imperio de la individualidad abstracta, despersonalizada,

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho - Universidad de Sevilla.

indiferenciada cuya correlato jurídico en una igualdad meramente formal ante la ley y en un haz de derechos individuales difícilmente tangibles en la vida real de la personas. Eso, ciertamente, es ya agua pasada. Tanto que algunos casi ni lo recuerdan (aunque en el fondo, no nos engañemos, todos sabemos que los rescoldos de esa lumbre no fueron aún definitivamente sofocados).

Sea como fuere, el Estado social de Derecho vino a poner las cosas en su sitio, al recordarnos que el abstracto individuo del derecho liberal-burgués ni enferma, ni come, ni duerme, ni padece. No envejece, no se muere. Quizás por eso, un individuo que sólo existía en las leyes lo único que precisaba eran derechos que, también, sólo existían en las leyes. Desde entonces, sin embargo, las cosas han cambiado mucho y ni siquiera el reluciente Estado social ha podido hacer frente a la cascada de transformaciones que se han producido en los últimos treinta años. El status jurídico de ciudadano está viéndose redefinido, quizás porque el modelo sobre el que se había cimentado resulta ya anacrónico. No valen ya las fórmulas abstractas ni las estructuras centralizadas de poder, no sirven ya los derechos indiferenciados que mutilan las derivaciones sociales de la individualidad. Es el derecho ciego el que está en crisis y con él una ciudadanía invidente que parece por fin rebelarse. Ya no será ni tan dócil, ni tan pánfila: reivindica su reconocimiento. Y el Estado no consigue satisfacer sus expectativas pues ni puede responder con celeridad a sus demandas, ni cuando lo hace sus respuestas resultan satisfactorias. La pluralidad y la complejidad de nuestras sociedades y de los procesos que desarrolla no son ya fácilmente reconducibles al esquema arquetípico de ese estatuto monista de la ciudadanía que la concebía como una unidad orgánica, indiferenciada y simétrica, una reducción artificial a la igualdad que traducía discriminación y apartamiento. Quizás por ello se produce un vaciamiento del Estado por abajo, esto es, a nivel infraestatal: sus estructuras no consiguen articular mecanismos de respuesta en cantidad y con la rapidez requerida por la complejidad de los procesos sociales. De esta suerte, el Estado se desmembra en una miriada indescifrable de organismos, instituciones y micropoderes que hacen que el propio concepto de ciudadanía se erosione, se desgaste, se fragmente o se divida siguiendo un proceso que, utilizando un símil, bien pudiera compararse con la disgregación del átomo en la fisión nuclear.

No concluye aquí la relación de alteraciones que afectan a la ciudadanía, pues si a nivel infraestatal constatamos un vaciamiento, a nivel supraestatal se puede registrar un proceso de desbordamiento de esa concepción rígidamente vinculada al modelo político del Estado-nación. Desde esta perspectiva, el Estado carece de la posibilidad de articular respuestas consistentes a problemas que trascienden con mucho las propias fronteras estatales, problemas de escala planetaria cuyo tratamiento sólo puede abordarse con éxito trascendiendo las estructuras de poder estatales. Se produce entonces un efecto de globalización de la ciudadanía como tentativa de vertebrar vínculos sociales más allá de las reducidas dimensiones del Estado. La globalización de la ciudadanía entraña una transnacionalización de la política, en busca de soluciones eficaces a cuestiones que no pueden ser resueltas siguiendo los cauces que proporciona el modelo estatal.

El nuevo diseño de las relaciones humanas a nivel infraestatal y supraestatal que introduce el paradigma emergente de la globalización está comportando alteraciones significativas en la percepción del status de ciudadanía, en la medida en que éste tiende a fragmentarse en el ámbito infraestatal o a globalizarse en el ámbito transnacional. Estas dos tendencias introducen, así, cambios relevantes que permiten augurar una

redefinición del concepto en la medida en que la crisis del Estado-nación amenaza también a las categorías políticas nucleares sobre las que éste ha descansado. Parece que, a la vista de lo anterior, podemos delinear básicamente dos tendencias que afectan al concepto de ciudadanía y que ya han sido enunciadas: 1º) La fragmentación de la ciudadanía a nivel intraestatal comporta un progresivo proceso de diferenciación y de ruptura del status jurídico único que la ciudadanía vino a establecer en los albores de la modernidad. Apuntamos así a todo un conjunto heterogéneo de fenómenos cuya común denominador consiste en la diferenciación estructural de clases o grupos de ciudadanos y en la correlativa atribución funcional de facultades y derechos; 2º) La globalización de la ciudadanía que apunta también a un complejo muestrario de fenómenos de diversa etiología cuyo común denominador es la superación del marco jurídico-político estatal en la articulación de las relaciones interindividuales reguladas jurídicamente. La ciudadanía global parece avanzar así en la línea del cosmopolitismo pero con avances y retrocesos que jalonan el discurrir de su proceso de desarrollo. ¿Cuáles son esos fenómenos en que los que cristalizan las tendencias a la globalización y a la fragmentación de la ciudadanía? Trataremos de dar respuesta a esta cuestión en los apartados que siguen.

2 La Fragmentación de la Ciudadanía

Cuando hablo de una tendencia a la fragmentación de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas me estoy refiriendo a un conjunto complejo de fenómenos que se producen en el ámbito estatal y que, según mi parecer, tienen consecuencias relevantes. Y es que la ciudadanía ha dejado de ser, en el interior de cada Estado, un conjunto cerrado, completo y homogéneo de facultades y derechos que se atribuyen por igual a cada uno de los miembros de la comunidad política. La fragmentación de la ciudadanía supone, en cierta medida, la incorporación del principio de la diferencia que con tanto vigor ha sido reivindicado por las teorías postmodernas, aunque esa «diferencia» sea introducida en un sentido bien distinto. Frente a la concepción homogénea e igualitaria de la ciudadanía como un status único de los miembros de la comunidad, situados en pie de igualdad, la sociedad actual ha generado tendencias a la diferenciación que traducen la necesidad de ajustar la atribución de facultades y derechos en función de las posiciones diferenciadas de los miembros de la comunidad política. En este contexto, la ciudadanía deja de ser un concepto singular para ramificarse en un conjunto plural de situaciones diferenciadas en función de las cuales se definen los derechos y deberes de los individuos dentro de la comunidad política. Se producen así todo un complejo de fenómenos que exponemos a continuación y que coadyuvan, de una u otra forma, a la redefinición de la categoría de ciudadanía:

1) La crisis del principio de soberanía popular como consecuencia de la creciente interdependencia de los mercados:

La intensificación de los flujos comerciales en el ámbito transnacional y la creciente dependencia de los Estados respecto de las corporaciones transnacionales, de las grandes instancias económicas y de las fuerzas que operan en el mercado global tienen consecuencias directas sobre la capacidad de control del Estado sobre sus iniciativas de gobierno y sus programas políticos. La soberanía se diluye en una compleja red de interdependencias en la que todo queda condicionado y trabado por las fuerzas

LA CIUDADANIA GLOBAL: APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA

incontrolables de un mercado global. En estos parámetros es fácil concluir que la incapacidad de los individuos de intervenir en los procesos de decisión global condiciona su (in)capacidad para actuar como ciudadanos en el ámbito el Estado puesto que la interdependencia transnacional de las relaciones económicas sustrae un amplio repertorio de competencias estatales a la decisión democrática. Y esto provoca, también, inevitablemente una fragmentación de la ciudadanía cuyos derechos de participación y decisión quedan formalmente incólumes pero fácticamente limitados y reducidos a la mera expresión formal de una voluntad electoral. Este proceso de paulatina sumisión del Estado al poder económico transnacional con la correlativa pérdida de competencias y de control sobre sus políticas en el ámbito interno tiene básicamente dos variantes:

Foros, Instancias, y Organismos económicos internacionales que coadyuvan a la expansión del mercado: Junto a los ya enunciados mecanismos informales de decisión en la esfera económica supranacional, la globalización ha generado una constelación de foros, instancias y organismos económicos internacionales en los que, con la participación directa o indirecta de los Estados, se dictan pautas, se establecen medidas y se promulgan resoluciones que ordenan la actividad económica de los mercados en el ámbito intraestatal y en el contexto internacional, limitando así los márgenes de soberanía de los Estados en la definición de sus programas de política económica y asistencial. El efecto que esta catarata de decisiones supranacionales tiene sobre la soberanía estatal y, consiguientemente, sobre los derechos de ciudadanía resulta devastador, puesto que la posibilidad de maniobra de los poderes públicos ante los programas impuestos en los foros económicos internacionales queda mermada drásticamente por un conjunto de disposiciones férreas a las que necesariamente los Estados han de someterse si quieren seguir contando con el apoyo financiero de esas instancias internacionales. Es fácil inferir que en estas instancias económicas las relaciones de poder interestatales son flagrantemente asimétricas, y que esa desigualdad provoca paradojas sutiles y lacerantes puesto que los Estados económicamente más débiles se ven arrastrados forzosamente por las decisiones que los países más poderosos imponen «democráticamente» en los procesos decisorios. De este modo, en la medida en que un Estado cuenta con escaso peso en la esfera internacional y, por tanto, también en la posibilidad de participar o influir en esos procesos decisorios supranacionales, y en la medida también en que sus posibilidades de desarrollo económico están condicionadas profundamente por la ayudas económicas de esas instancias financieras globales, quedará drásticamente limitada la implementación de sus políticas económicas.

En esa red compleja de instancias y organismos participan no sólo instituciones oficiales sino también foros informales que se arrogan competencias en la reordenación de la economía mundial. Ejemplo de lo primero son el Banco Mundial (B.M.), el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.) o la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) que es la institucionalización con carácter permanente de los diversas rondas de Acuerdos Generales sobre Aranceles y Comercio (G.A.T.T.). En el segundo grupo podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, los foros de los países más industrializados del planeta (G7) o los encuentros periódicos de los líderes de Bancos Centrales.

a) Las fuerzas anónimas del mercado global: Los flujos económicos, financieros y comerciales de la economía global generan interconexiones e interdependencias que propician la formación de corporaciones transnacionales: complejas estructuras empresariales con gran capacidad de gestión y adaptación a las demandas cambiantes

de los mercados. Asistimos a la creciente transformación de las compañías multinacionales en corporaciones transnacionales, lo cual comporta algo, mucho más sin duda, que una simple alteración semántica. La corporación transnacional supone un importante salto cualitativo en el control de los recursos productivos y en su capacidad para gestionar las unidades de producción y los cauces de distribución de los productos en el mercado. Para ello la corporación articula un complejo entramado de estrategias tendentes a la diversificación de productos y servicios, de sedes, de proveedores y de clientes, proyectando nuevas técnicas productivas que permiten la flexibilización de la producción y la fragmentación del mundo laboral.

Que la corporación transnacional es una de los principales actores de la escena global está ya lejos de toda duda, pues son cuantiosos los ejemplos de corporaciones transnacionales cuyo peso específico a nivel mundial es mayor que el de muchos Estados. Y podemos fácilmente intuir que desde las inaccesibles e incontrolables estructuras de poder de las corporaciones transnacionales se adoptan multitud de acuerdos que limitan fácticamente las capacidades de decisión de los ciudadanos de los países afectados. Pero lo que resulta especialmente lacerante no es ya que los Estados queden al albur de las decisiones de grandes corporaciones industriales, comerciales o financieras, sino que en muchas ocasiones las decisiones son adoptadas por una tupida red de intereses inidentificables y por coaliciones eventuales que se forjan al abrigo de los vertiginosos y cambiantes movimientos de la economía global; con lo cual florecen multitud de prácticas y acuerdos que oprimen a los Estados sin que éstos dispongan de un interlocutor con el cual discutir, negociar, transaccionar o consensuar medidas alternativas que permitan ampliar el horizonte de gobernabilidad sistémica. Además las limitaciones que la gobernabilidad del sistema financiero global introduce en el ámbito de las políticas públicas estatales provoca la necesidad de adaptación y ajuste de éstas a los márgenes de disponibilidad del sistema. De esta forma y siguiendo a Cox «el capital global ganó un efectivo poder de veto sobre las políticas públicas».¹

Por otro lado, la integración financiera global produce una estructura reticular, flexible y capilarizada de interconexiones e interdependencias que se teje entre las fuerzas económicas privadas transnacionales y los Estados nacionales, especialmente a través del servicio de la deuda pública y de la correlativa política monetaria². Como consecuencia de todo ello se genera una estructura global de poder cuyas instancias decisorias quedan difuminadas en un conjunto indistinguible de instancias e interacciones cuyos contornos se diluyen en el vértigo de los intercambios económicos y financieros. Frente a los perfiles institucionales definidos de las estructuras estatales de decisión y de las organizaciones internacionales cuyos procesos decisorios están definidos con claridad, el nuevo ámbito de decisión transgrede esta exigencia elemental de la ciudadanía que queda indefensa e impotente en la medida en que la decisión colectiva es sustraída a su participación y supeditada a las convergencias coyuntural de intereses económicos globales que terminan imponiendo sus reglas.

¹ Cox, R.W., "Democracy in Hard Times: Economic Globalization and the Limits to Liberal Democracy", en McGrew, A. (ed.), *The Transformation of democracy?*, Polity Press, Cambridge, 1997, p. 59 (cit. por Gómez, J. M^a, *Política e democracia em tempos de globalização*, Vozes, Petrópolis, 2000, p.33).

² Cfr. Gómez, J. M^a, *Política e democracia em tempos de globalização*, op. cit., p. 33.

LA CIUDADANÍA GLOBAL: APUNTES SOBRE EL DESAFÍO COSMOPOLITA

Este dominio que el sistema capitalista ejerce sobre el espacio político restringe el ámbito público y limita drásticamente el discurso democrático cercenando con ello la capacidad de la ciudadanía para vertebrar acciones estratégicas y programas políticos específicos. Quiere decir esto, ni más ni menos, que la democracia se convierte en reo del mercado y que la política se diluye ante la intensidad creciente y el empuje irrefrenable de las fuerzas expansivas del capitalismo, lo cual genera una sensación de frustración y desánimo en la ciudadanía que provoca la desertión de ésta del espacio público: “Se verifica así -como subraya Gómez- un ostensivo debilitamiento de la democracia liberal, que es reforzado, por un lado, por los procesos en curso de intensa fragmentación de la sociedad civil (traducida en la explosión de identidades definidas en términos de género, religiosas, étnicas, locales, nacionales, etc., que el fenómeno del “multiculturalismo” evoca), y, por otro, por el debilitamiento de los antiguos componentes de identidad y organización colectiva (especialmente los vinculados al mundo del trabajo), derivado del efecto combinado de la reestructuración global de la producción y de la propia implementación de las reformas económicas neoliberales pro-mercado”.³

3 La Globalización de la Ciudadanía

Si en el ámbito intraestatal asistimos por diversas causas a un proceso de fragmentación de la ciudadanía cuya repercusión se hace patente en la progresiva diferenciación en el acceso a los derechos, en el ámbito supranacional se puede constatar un proceso inverso de globalización de la ciudadanía. No se trata, ni mucho menos, de una tendencia pacífica y no es, tampoco, un fenómeno homogéneo. Muy al contrario, nos enfrentamos a una cuestión vidriosa, que suscita discrepancia y que encierra aspectos controvertidos; tantos que puede afirmarse, sin exageración ni desmesura, que sus manifestaciones, aún embrionarias, no están exentas de polémica. Avanzan tímidamente con paso vacilante, a empujones de las consecuencias irreversibles de la interdependencia y la mundialización; pero su discurrir es errático y en algún sentido puede sostenerse que su trayectoria responde a un vagar falto de todo plan.

Podemos así esbozar un conjunto de aspectos variopinto, múltiple, dispar y heterogéneo, cuyo común denominador se cifra en una tendencia hacia la transnacionalización de los derechos de ciudadanía. Tendencias que traslucen un común empeño por superar el marco estatal como único escenario en el que la ciudadanía se expresa. El mundo global demanda nuevos contextos cívicos que permitan articular una respuesta también global a problemas de alcance planetario. Por eso, estas manifestaciones emergentes, embrionarias, fragmentarias y parciales de globalización de la ciudadanía tratan de satisfacer los apremios que nos acechan, avanzando en la búsqueda de nuevas sendas para la formación de la voluntad colectiva y de cauces inexplorados de participación política, de colaboración y de solidaridad más allá de los estrechos confines de las fronteras estatales. Veamos, a continuación, cómo se vertebran estas expresiones, aún balbucientes, de globalización de la ciudadanía:

a) Los movimientos antiglobalización: una expresión sin duda singular y a todas luces interesante de la transnacionalización de la ciudadanía es la que cristaliza

³ Gómez, J.M*, *Política e democracia em tempos de globalização*, op. cit., p. 40.

en el rechazo cívico a la globalización. Y digo que resulta interesante porque articula una respuesta, ciertamente desproporcionada en muchas ocasiones por sus manifestaciones violentas, a un fenómeno irreversible cuya expansión y avance a nivel mundial se impulsa desde instancias decisorias transnacionales carentes, por regla general, de base democrática. Por eso, a pesar de las múltiples sombras que se elevan sobre este fenómeno (en particular, sobre sus variantes violentas),⁴ los movimientos antiglobalización suponen un intento de vertebrar una respuesta ciudadana ante la voracidad y el desenfreno de un sistema de producción y distribución de la riqueza que desvanece promesas, destroza esperanzas, acrecienta las desigualdades, socava la dignidad y pisotea los derechos. Allí donde esas instancias todopoderosas se congregan en foros impenetrables, opacos y nebulosos, los movimientos antiglobalización convocan a la resistencia activa de la ciudadanía para combatir la desordenadas, irracionales e iníquas reglas del capitalismo transnacional. ¿Un aldabonazo a las conciencias? Sin duda. ¿Un ejercicio de responsabilidad cívica? También. La oposición que estos movimientos exhiben a la globalización tiene un valor que no es meramente simbólico, puesto que estimulan la conciencia cívica, despertando una actitud crítica y de rebeldía contra la injusticia.

Hoy como ayer el hombre sigue teniendo en sus manos la posibilidad de resistir frente a todo ejercicio abusivo del poder. Desde antiguo, el derecho de resistencia ha ocupado un lugar privilegiado en la tradición doctrinal del iusnaturalismo desde la Grecia Clásica hasta nuestros días. La resistencia frente a las disposiciones injustas, frente a la arbitrariedad y el abuso. El derecho de resistencia como expresión suprema de la dignidad humana frente al poder ilegítimo. Es justo resistir toda norma alienante, opresiva y avasalladora. Ese es el derecho al que se acoge Antígona cuando invoca las leyes firmes y no escritas de los dioses para dar sepultura a su hermano Polínice, muerto en batalla contra el tirano Creón. Esa es también la actitud de Tomás Moro cuando rechaza el juramento de obediencia al rey Enrique VIII como jefe de la Iglesia Anglicana, y se niega a reconocer la nulidad del matrimonio contraído con Catalina de Aragón y la validez de sus nupcias con Ana Bolena. La historia está plagada de actitudes de resistencia, ejercicios responsables del derecho a no acatar la norma injusta, de oponerse al poder ilegítimo. Por eso, toda una fecunda y riquísima tradición doctrinal, desde Aristóteles a Tomás de Aquino, desde Cicerón a Grocio, desde Séneca a Bartolomé de las Casas, avalan el recurso a la resistencia, la “invocación al cielo”, como la denomina Locke en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. No por casualidad el derecho de resistencia encontró espacio en diversos textos jurídico-positivos, desde declaraciones de derechos hasta constituciones estatales y pactos internacionales. Así, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, después de proclamar solemnemente los derechos inalienables de la persona, advierte, en su apartado tercero,

⁴ En cuanto garantía suprema para la defensa del sistema internacional de derechos humanos, así contemplada en la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el derecho de resistencia debe ser distinguido de otras acciones conceptualmente diferentes como la revolución (que persigue una transformación abrupta y radical del ordenamiento institucional); la subversión (entendiendo por tal la perturbación destructiva del ordenamiento institucional identificado con el Estado democrático de Derecho) o la insurgencia (la defensa formal del ordenamiento institucional ante las usurpaciones del poder). Debe también aclararse que la resistencia, de suyo, tampoco comporta acciones encuadrables dentro de los tipos penales de la sedición y la rebelión.

LA CIUDADANIA GLOBAL:
APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA

que “cuando un Gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público”; y más modernamente la ya cincuentenaria Declaración Universal de Derechos Humanos en uno de sus considerandos declara sin paliativos la licitud del recurso a la resistencia: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Entiendo que la resistencia a la globalización económica se encuadra en estas coordenadas: la defensa de la dignidad humana allí donde es inmolada por intereses y pretensiones injustas, opresivas y tiránicas que vulneran de forma flagrante el catálogo universal de derechos humanos. Se podría alegar que no puede haber resistencia para esa instancia difusa de poder que es el gran macropoder económico transnacional, pero creo que eso es tan absurdo como decir que el delito cometido por medios informáticos no es delito. ¿O es que el poder económico de las grandes instancias transnacionales no resulta opresivo, avasallador, tiránico e insultante? ¿Cuántas víctimas sufren las atrocidades de un poder que escapa a todo control y cuya única finalidad es satisfacer, con desenfrenado afán, un ansia ilimitada de acumular? ¿Acaso alguien dijo que los perfiles de este derecho no podrían renovarse en sus formas históricas? El elemento nuclear del derecho de resistencia, aquello que lo constituye como tal es, justamente, la existencia de un poder cuyas reglas quebrantan derechos básicos, humillan a las personas y conculcan su dignidad. El contenido de la violación que motiva la acción resistente debe referirse a cualquier acción que atente contra la dignidad humana, concretada en diferentes niveles: en sus necesidades primarias (derechos de libertad); en sus necesidades básicas intercomunicables (derechos de igualdad) o en sus objetivos programáticos (derechos de solidaridad).⁵ Y queda claro que la acción que se emprenda debe ser proporcionada y no causar males mayores que el que se trata de evitar. Conviene tener aquí muy presente las aportaciones teóricas de los clásicos sobre los límites del derecho de resistencia, puesto que no toda acción resistente es legítima. Además de lo establecido por la doctrina clásica, especialmente las consideraciones de Santo Tomás sobre el bien común, hay que tener en cuenta tres límites principales: a) no es legítima cualquier manifestación de violencia contra las personas porque atropella su dignidad y conculca sus derechos; b) tampoco lo es el daño premeditado e indiscriminado a propiedades muebles o inmuebles cuyos titulares no son acreedores a la acción resistente; c) cuando la violencia fuere inevitable como consecuencia de alguna agresión externa sólo será aceptable la respuesta violenta que se ajuste íntegramente a las exigencias de la legítima defensa.

Los movimientos antiglobalización encarnan una nueva expresión de la ciudadanía transnacional: aquella que reivindica, que demanda, que exige participar en un ámbito de gobierno más amplio y más inaccesable: el del orden económico transnacional. La resistencia actúa así como un estilete de ese nuevo paradigma transnacional de la ciudadanía, reactualizando la doctrina clásica del derecho natural de resistencia que, ahora, en virtud del surgimiento de nuevas formas de opresión, adopta

⁵ Cfr. Torres Caro, C.A., *El derecho de resistencia: una aproximación a la defensa de los derechos humanos*, Universidad Complutense, col. Tesis doctorales, Madrid, 1993.

también nuevas ropajes. La versatilidad de la opresión sólo puede ser combatida desde la reivindicación de los derechos.

Por último, *last but not least*, la resistencia cívica a la globalización no debe ser considerada como una oposición anacrónica y estéril a una tendencia irrefrenable de nuestras sociedades sino como una llamada de atención hacia los efectos devastadores de determinadas formas de expansión comercial, industrial y financiera que amenazan con convertir a los derechos humanos en una caricatura desleída y sarcástica. Los movimientos antiglobalización no blanden la bandera de la nostalgia, no huyen precipitadamente hacia el pasado, sino que tratan de encarar con esperanza el futuro abordando con coraje el presente. Nunca las grandes conquistas históricas fueron logradas sin esfuerzo. Quienes denostan con irrepimible locuacidad la carencia de alternativas en los movimientos antiglobalizadores deben conocer algunos de sus resultados y algunas de sus propuestas. Entre los primeros debe mencionarse la suspensión de las negociaciones para la constitución del acuerdo multilateral de Inversiones (AMI), impulsado a nivel mundial por el selecto club de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.) que integra a los veintinueve países más ricos del mundo. La movilización cívica que se produjo en diciembre de 1998 en Francia provocó la retirada del gobierno francés y la suspensión de las negociaciones. Entre las segundas, destaca el programa de medidas que los movimientos antiglobalización proponen en el ámbito de la producción y del comercio agrícolas, pues en este sector se concentra la mayor parte de la renta de los países en vías de desarrollo que, paradójicamente, se ven sometidos al dominio de los mercados y de las reglas de producción e intercambio establecidas por la coalición entre Europa y Estados Unidos.⁶

Frente a la globalización-desde-arriba los movimientos de resistencia reivindican una globalización-desde-abajo: una globalización no desde el mercado sino desde el individuo y sus derechos; globalizar desde abajo es integrar, globalizar-desde-arriba es discriminar. La gravedad y la relevancia de los problemas que la globalización plantea determina que éstos no puedan ser abordados con éxito ni por los Estados de manera exclusiva o unilateral ni por el mercado global desregulado. Ante esa constatación, los movimientos contra-hegemónicos, multiformes y temáticamente diversificados de lucha contra la globalización, afectados sin duda por problemas serios en cuanto a la posibilidad de implementar acciones y vertebrar proyectos tendentes a la constitución de una política democrática en escala global y regional, se multiplican por doquier reactivando los nexos de vinculación entre los ciudadanos del mundo y propiciando con ello la constitución de espacios públicos de carácter global, movidos por la aspiración de

⁶ Conviene recordar que el bloque compuesto por Estados Unidos y la Unión Europea controlan el 50% de los mercados agrícolas, con peligrosas veleidades monopolísticas de algunas empresas transnacionales, especialmente en el ámbito de la producción agroquímica en la que el 90% del mercado está bajo el control de 10 corporaciones empresariales. Entre las propuestas concretas que componen ese programa sobresalen: la firma por los Estados de la Convención sobre Biodiversidad Biológica; la regulación de la exportación, importación e investigaciones de los Organismos Genéticamente Modificados (O.G.M.) u organismos transgénicos; la exigencia de que no se eliminen los subsidios al campo y de control y establecimiento de precios justos; una política para combatir la tendencia a la formación de monopolios en la producción alimentaria y de semillas y la defensa de los derechos de los trabajadores.

**LA CIUDADANIA GLOBAL:
APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA**

participar activamente en la construcción de una identidad ciudadana desterritorializada y más cosmopolita.⁷

La alternativa no es el retroceso sino la humanización; una apuesta por el desarrollo pleno de la democracia y de los derechos humanos en la época de la economía global; un empeño por articular repuestas globales a situaciones hasta ahora desconocida y de alcance mundial. Los movimientos ciudadanos de resistencia antiglobalización reubican en un contexto mundial el debate sobre la ciudadanía, la política, la democracia y los derechos e introducen con ello un elemento trascendental en la dinámica expansiva de la gobernabilidad sistémica. Seguramente estemos asistiendo al triunfo del capitalismo pero queda claro que este mundo sólo conseguirá ser más humano si ese triunfo no se construye sobre la muerte de la democracia. Por eso, globalizar-desde-abajo es movilizar, concienciar, estimular y azuzar, avivar la llama de un compromiso cívico cuyos rescoldos aún no se extinguieron, introduciendo, en estas lánguidas sociedades del capitalismo desorganizado, el estilete del inconformismo y de la reivindicación y reinventando, con ello, la ciudadanía: espacios nuevos de participación que impulsen la recuperación de lo público por los individuos, desde la responsabilidad para construir el futuro. Una nueva teoría de la ciudadanía está emergiendo: aquella que sin ignorar la articulación local de las concretas demandas y necesidades históricas tiene muy presente también la interconexión global de los problemas, de las inquietudes y de las esperanzas del hombre, superando el localismo pacto y alicorto del Estado-nación en beneficio de una visión global, compleja, interdependiente y ecuménica de las condiciones de vida sobre el planeta y del futuro de la especie humana. ¿Esto nos lleva a la república cosmopolita? Sería demasiado aventurado un ejercicio de futurología de esta estirpe. No somos nigromantes ni visionarios, pero apostamos por niveles crecientes de integración entre los miembros de la especie humana desde las coordenadas de la democracia y de los derechos humanos, y creemos firmemente que toda iniciativa de articulación global de la ciudadanía puede contribuir de forma relevante a la consecución de espacios mayores de identidad y cooperación.

La resistencia a la globalización representa la inserción de la ciudadanía en ese espacio inexpugnable de los asuntos económicos a nivel transnacional. Es la lucha de la razón frente al imperio de las pasiones más viles, más sórdidas, más tristemente humanas si se quiere. Justamente, la lucha contra la exaltación de aquello que como hombres nos avergüenza, nos humilla y nos corrompe. No se trata de esquivar el tren de los cambios históricos y que tantas veces ha transportado a la humanidad hacia épocas mejores, pero sí de evitar que ese tren descarrile o que termine precipitándose al vacío por la angostura de la sinrazón y la codicia.

b) Los procesos de integración regional: la unión europea y la ciudadanía cosmopolita: los procesos de integración regional son ya una de las características principales de nuestro tiempo. Nadie puede dudar que la globalización, al intensificar los intercambios comerciales, económicos y financieros, acrecienta la interdependencia y contribuye a la integración creciente no sólo de los ámbitos económicos, sino también de las esferas culturales, sociales y políticas. El incremento de la cooperación comercial constituye la base de un complejo entramado de efectos concatenados que desemboca en la constitución de espacios regionales de cooperación y de gobierno. El paradigma

⁷ Cfr. Gómez, J. M., *Política e democracia em tempos de globalização*, op. cit., pp. 137-138.

de ese vasto conjunto de procesos interrelacionados lo constituye el proceso de unificación europea cuyo origen estrictamente comercial, en cuanto esfuerzo aglutinador tendente a la constitución de un mercado único, quedó ya definitivamente superado hace una década.

En efecto, la firma del Tratado de la Unión Europea en la ciudad holandesa de Maastricht el siete de febrero de 1992 marca un punto de inflexión en el proceso de integración europea, pues en él se apunta ya hacia el horizonte de la integración política. Tras la constitución del mercado único, con la supresión de las fronteras internas entre los Estados miembros de la Unión, y la garantía definitiva de las cuatro libertades de circulación (de personas, de mercancías, de capitales y de servicios), el proceso de integración avanza hacia la plena consecución de la unión monetaria que, desde el 1 de enero de 1999, se halla en su tercera fase con la creación del Banco Central Europeo, la fijación por éste de los tipos de cambio y la implantación gradual de la moneda única, proceso que se desarrollará entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2002.⁸ Simultáneamente, el Tratado de la Unión Europea (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) da pasos decisivos en el proceso de integración política de la Unión, entre los cuales sobresale la creación de la ciudadanía europea, que es contemplada como objetivo en su artículo B⁹ (artículo 2 actual) y establecida en el artículo 8 (actual artículo 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), atribuyendo específicamente al ciudadano europeo los siguientes derechos: a) el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros de la Unión; b) el derecho a ser elector y candidato en las elecciones municipales en el Estado de la Unión en el que se resida, derecho que se hace extensivo a las elecciones al Parlamento Europeo; c) el derecho a disfrutar de la protección diplomática y consular de las autoridades de cualquier Estado miembro de la Unión en terceros países, siempre que en ese país no esté representado el Estado del que sea nacional; d) el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y de reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo. Posteriormente, el Tratado de Amsterdam (fruto de la conferencia intergubernamental para revisar el Tratado de la Unión Europea, culminada en la ciudad holandesa los días 16 y 17 de junio de 1997 y cuya entrada en vigor se

⁸ La Unión Económica y Monetaria (U.E.M.) es un objetivo que la Unión Europea establece en el TUE como paso previo a la intensificación de la integración política. Para su consecución se han desarrollado, tanto desde las instituciones comunitarias como desde los Estados, todo un conjunto de acciones encaminado a la armonización de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros de la Unión cuya meta es el establecimiento de una moneda común: el euro. El proceso de integración monetaria se desarrolla en tres fases, de las cuales las dos primeras están ya completadas, mientras que la tercera se despliega en la actualidad sin la participación de cuatro de los países miembros: Reino Unido y Dinamarca (excluidos voluntariamente acogiéndose a la facultad que les brinda el Derecho comunitario), por un lado, y Grecia y Suecia, por otro (al no cumplir con los criterios de convergencia establecidos en la fase segunda del proceso de Unión Económica y Monetaria). En la primera fase, que tuvo lugar entre el 1 de julio de 1990 y el 31 de diciembre de 1993, se perseguía alcanzar la libre circulación de capitales entre los Estados miembros, el refuerzo de la coordinación de las políticas económicas y la intensificación de la cooperación entre los Bancos Centrales. La segunda fase, desarrollada entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1998, estuvo marcada por la convergencia de las políticas económicas y monetarias de los Estados, con el fin de garantizar la estabilidad de los precios y el saneamiento de las finanzas públicas.

⁹ Concretamente, el artículo B establece que constituye uno de los objetivos del presente Tratado «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión».

LA CIUDADANIA GLOBAL: APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA

produjo el 1 de mayo de 1999) introduce modificaciones importantes: en primer lugar, se vincula directamente la ciudadanía europea a la condición de nacional de los países miembros, indicando textualmente que “la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”.¹⁰ en segundo lugar, se amplía el catálogo de derechos incorporando en el artículo 21 un derecho de carácter lingüístico: facultad de dirigirse a las instituciones u organismos comunitarios en cualquiera de las doce lenguas de los Tratados y el derecho a recibir una contestación en esa misma lengua; por último se contempla el derecho de acceso, con las condiciones que se establezcan, a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (artículo 255 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

De este modo, la ciudadanía europea constituye un haz de derechos identificables para el ciudadano, quien puede así percibir las prerrogativas que concede a título individual su pertenencia a la Unión Europea. La ciudadanía europea prefigura una identidad política común de la Europa unida, cuyos perfiles pueden identificarse con la cultura democrática, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La ciudadanía atiende así fundamentalmente a la necesidad de entablar una relación directa, un nexo inmediato entre las instituciones europeas y cada uno de sus ciudadanos, favoreciendo así el desarrollo de una opinión pública europea y sentando las bases de una identidad política aún lejana. Estamos, como puede imaginarse, ante una de las más relevantes innovaciones en la evolución de las organizaciones internacionales de integración. Por primera vez, el individuo es constituido como centro de imputación de derechos en el ámbito de una organización internacional: un conjunto de facultades que son inherentes al status jurídico de ciudadano. Y por primera vez, también, la ciudadanía trasciende el reducido marco del territorio nacional para predicarse respecto de los integrantes de una organización internacional de alcance regional. Se va gestando, de esta suerte, un paradigma transnacional de la ciudadanía que permite imaginar un escenario completamente nuevo. Bien es cierto que el modelo de ciudadanía europea está aún en fase embrionaria. Y no es menos cierto también que en esta fase inicial la ciudadanía europea está profundamente trabada con el modelo de organización política estatal, puesto que el reconocimiento de la condición de ciudadano europeo está ligado a la previa posesión de la nacionalidad de alguno de los países miembros. Preterir esta implicación entre ciudadanía europea y nacioanalidad nos haría presa, con seguridad, de un optimismo injustificado. No caeremos por tanto en esa tentación y seremos mucho más cautelosos a la hora de ponderar el avance real que esta innovación comporta.

Conviene, no obstante, espantar los espíritus del escepticismo, de la incredulidad, la indiferencia y la apatía. Hay razones sobradas para ello. Primero, porque la ciudadanía europea supone un paso, quizás tímido y vacilante, pero probablemente irreversible en un proceso de construcción que dura ya décadas y que parece encaminarse lentamente hacia fórmulas de concentración política supranacional. En segundo lugar, porque el carácter acumulativo de la ciudadanía europea dista de ser un demérito de esta nueva noción puesto que, a pesar de la debilidad que esta situación pone de manifiesto, esa condición quiebra de pleno esa concepción exclusivista de la ciudadanía tan sólidamente arraigada en la tradición política occidental, en virtud de la cual los individuos sólo pueden ostentar una ciudadanía (la del país cuya nacionalidad poseen), siendo ésta atributo exclusivo del Estado. Por último, porque la ciudadanía

¹⁰ Art. 17.1 versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

européa no se ciñe a una mera ampliación del espacio geográfico de protección de los derechos inherentes al status de ciudadano sino que ensancha, dilata e incrementa las facultades que le son propias, aspecto éste que fue objeto de pronunciamiento colectivo en la Declaración del Consejo Europeo de Birmingham en octubre de 1992 en la que se precisaba que “la ciudadanía de la Unión otorga a nuestros ciudadanos más derechos y más protección, sin suplantarse en modo alguno su ciudadanía nacional”. Dicho lo anterior, resulta obligado añadir que la condición de ciudadano europeo refuerza el proceso de construcción política en el cual se encuadra, al sustraer a la competencia de los Estados el reconocimiento y ejercicio de los derechos en que se concreta, cuya protección queda al arbitrio de las instituciones comunitarias que se convierten en garantes de las facultades y derechos reconocidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Sin embargo, la principal aportación que la ciudadanía europea incorpora no reside, con ser importantes, en ninguno de los aspectos anteriores. Su éxito, si finalmente éste se consagra, se deberá a su contribución a la labor de reforzar y potenciar la identidad europea, haciendo que los ciudadanos se sientan partícipes y actores del proceso de integración comunitaria. De este modo, también, la ciudadanía europea se constituye en elemento de cohesión a partir del cual se fragua una identidad colectiva común que se superpone y que integra las distintas ciudadanía nacionales. Se crea así una ciudadanía supranacional, que congrega a las diversas ciudadanía estatales en un proyecto político común, produciéndose así, como ha señalado Rosales, un proceso inverso al que vertebra y cohesionan los proyectos políticos nacionales cuyo fundamento es la identidad colectiva. Ahora, por el contrario, el proyecto político es el que crea ex novo, desde la remota influencia de un acervo cultural común, esa identidad basada justamente en la convención: “El proyecto, con pretensión de legitimidad, genera una adhesión política o, como se ha mantenido en contextos análogos, una adhesión constitucional (pues la ciudadanía se sitúa en el nivel de los principios de un orden político). A su vez, esa adhesión contribuye a consolidar la identidad creada”.¹¹

La identidad surge así como la clave de un proceso cuyas bases democráticas han sido hasta ahora débiles y cuyo futuro demanda un esfuerzo por potenciar mecanismos legitimadores de instituciones y normas comunitarias. La ciudadanía europea alumbró una vía de dos sentidos: a) por un lado, recurriendo a la legitimación democrática para fortalecer las instituciones comunitarias y la construcción europea (la democracia fortalece el proceso de construcción europea); b) por otro, potenciando la democracia y la creación de espacios globales de ciudadanía (el proceso de construcción europea fortalece la democracia).

De lo anteriormente apuntado se desprende que el déficit democrático que durante tanto tiempo ha afectado al proceso de construcción europea ha sido parcialmente subsanado por las sucesivas reformas del Tratado constitutivo. Asistimos así a una politización acelerada de la Comunidad Europea, cuya cohesión interna se ha basado durante décadas sobre objetivos exclusivamente económicos que apuntaban hacia la plena consecución del mercado único. Esa tendencia hacia la consolidación, con carácter prioritario y casi exclusivo, de la integración económica en detrimento de la

¹¹ Rosales, J.M., “Ciudadanía en la Unión Europea: un proyecto de cosmopolitismo cívico”, en Rubio Carracedo, J., Rosales, J.M. y Toscano Méndez, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 62.

LA CIUDADANIA GLOBAL: APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA

dimensión política ha sufrido un brusco cambio de rumbo en los últimos años, cuyo punto de inflexión puede situarse en el Acta Única Europea de 1986. Desde entonces se ha reforzado la tendencia hacia la integración política, con hitos decisivos en los Tratados de Maastricht (1992), Amsterdam (1997) y Niza (2000).

Nos resta una última consideración que tiene sin duda que ver con el carácter universalista del proceso de integración europea y que cuestiona seriamente la viabilidad del mismo. El establecimiento de amplios contingentes de población inmigrante en Europa crea disfunciones y plantea serios interrogantes sobre el futuro de la ciudadanía europea. No se trata de una preocupación gratuita inspirada por vanas tribulaciones. Los datos revelan que efectivamente estamos ante una situación nueva por su configuración y características, no sólo porque se ha invertido la tendencia migratoria imperante en otras épocas (del Norte hacia el Sur), sino también porque se trata de migraciones estables y heterogéneas, lo cual significa básicamente dos cosas: a) en primer lugar, que no nos estamos refiriendo a una transferencia temporal de mano de obra sino que nos enfrentamos a un desplazamiento de poblaciones con carácter duradero. Se trata, como puede percibirse, de un desplazamiento que está modificando profundamente la estructura social de los países receptores; b) en segundo lugar, que la extracción social de los inmigrantes es también diversa. Ya no emigran solamente las masas de desposeídos, los parias, los desheredados, los refugiados. Ahora vienen también en tropel inmigrantes “de cuello blanco”, multitudes de técnicos, de profesionales liberales, fascinadas por la abundancia y el bienestar de los países más desarrollados.¹² Así, en 1992 residía en Europa occidental una población inmigrante de aproximadamente 10,4 millones de personas (de los cuales el 41% residía en Alemania, el 22% en Francia, el 11% en el Reino Unido y el 26% en el resto). De esa cantidad, unos cuatro millones procedían del Magreb, cifra que desde entonces se ha incrementado notablemente y la población extranjera total (incluyendo a residentes legales, inmigrantes ilegales y refugiados en demanda de asilo) podría alcanzar, según algunas estimaciones, los 13 millones de personas.¹³ En los últimos años, sin embargo, parecen haberse

¹² Cfr. Naïr, S. y De Lucas, J., *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, IMSERSO, Madrid, 1998, pp. 19-33. En la indagación de las causas de estos fenómenos migratorios, Naïr atisba tres claves explicativas fundamentales: a) en primer lugar, los efectos de la mundialización de la economía, que trae consigo una mundialización de las estructuras de población; eso no significa, ni mucho menos, que los países de destino sean receptivos a las presiones de los flujos migratorios, antes bien reaccionan con complejas medidas restrictivas que van desde los cupos de inmigración hasta la limitación drástica del derecho de asilo; b) en segundo lugar, en los países del Tercer mundo se ha experimentado un receso en la oferta de trabajo, pues sus mercados laborales suelen ser especializados, orientados fundamentalmente a la exportación y escasamente generadores de empleo. Sobre este substrato original han actuado con inimaginable dureza las políticas de ajuste estructural impuestas por el F.M.I. y el B.M. que, so pretexto de la reducción del déficit presupuestario y de la nivelación de la balanza de pagos, ha tenido un efecto perverso y corrosivo sobre la masa laboral activa que se ha visto drásticamente reducida; c) Por último, es obligado mencionar el efecto homogenizador de la expansión cultural del *way of life* occidental en las capas medias de los países del Sur que despliega una atracción irresistible hacia los países desarrollados. Para sectores cada vez más amplios de población las expectativas del modelo cultural occidental resultan insatisfechas ya que en su país no pueden gozar de las virtualidades reales del sistema liberal-capitalista, lo cual hace que la emigración se contemple como la única salida posible frente a la frustración de expectativas (cfr. Naïr, S., y De Lucas, J., *El desplazamiento en el mundo, op. cit.*, pp. 26-28).

¹³ Cfr. Rosales, J.M., “Ciudadanía en la Unión Europea: un proyecto de cosmopolitismo cívico”, *op. cit.*, pp. 64-65.

estabilizado los flujos migratorios hacia el continente europeo, fenómeno cuyo origen guarda relación directa con la política de cierre de fronteras que han adoptado los países occidentales, en muchos casos de forma colectiva a través de los Acuerdos de Schengen.¹⁴

Sea como fuere, el volumen creciente de población procedente de terceros países no miembros de la Unión suscita una serie de problemas que traslucen situaciones contradictorias. Y es que si la ciudadanía europea se caracteriza por su alcance supranacional, su aliento global y su esfuerzo integrador, sin embargo, no consigue escapar a la paradoja de la fragmentación cuya repercusión en este ámbito resulta particularmente pernicioso. Al vincularse la ciudadanía europea a la condición de nacional de alguno de los países miembros y al quedar la legislación sobre esta materia bajo la competencia exclusiva de los Estados nacionales sin que se contemple la promulgación de una normativa que unifique criterios, la condición de ciudadano europeo queda inmersa en la misma problemática que plantea al status de ciudadano nacional la afluencia masiva de inmigrantes y el aumento imparable de una población de «disminuidos cívicos». No se trata simplemente de que el problema se reproduzca a nivel geográfico mayor, en instancias de poder supranacionales, sino que, en este caso, la cuestión se agrava y adquiere también perfiles propios, puesto que la existencia de diferentes regulaciones jurídicas para la adquisición de la nacionalidad a nivel interno de cada Estado, provoca severas disfunciones en que las condiciones de acceso a la ciudadanía europea varían de un país a otro. Merced a la heterogeneidad normativa, el acceso a los derechos de ciudadano se distribuye de forma desigual entre los habitantes de los Estados miembros de la Unión. Esta situación perjudica gravemente las expectativas de las masas de inmigrantes que trabajan en el espacio comunitario, cuyas facultades políticas quedan drásticamente limitadas al nivel de representación y participación en las instancias políticas comunitarias. De este modo, la globalización de la política sobre débiles bases sociales se traduce en fragmentación y exclusión. De este modo, la ciudadanía europea presenta perfiles extraordinariamente problemáticos que la empujan hacia el precipicio de las tribulaciones y los dilemas pues levanta suspicacias, reticencias, recelos y temores ya que, como ha afirmado Rosales,¹⁵ la cuestión de la ciudadanía, en lugar de apaciguar el debate sobre el futuro de la Unión Europea, ha conseguido reabrirlo, sin que parezca que pueda ser ya adormecido de nuevo, poniendo de relieve problemas de desarrollo cívico aparejados

¹⁴ Así por ejemplo, los informes de la OCDE revelan que a partir de 1992 se ha producido una estabilización de los flujos migratorios desde los países del Tercer mundo hacia los países más desarrollados. En el caso de Alemania, las entradas de inmigrantes volvieron a colocarse en 1993 por debajo del millón de personas (990.000 entradas, de las cuales 320.000 accedieron en ejercicio del derecho de asilo). Si se tiene en cuenta la emigración desde el país germano (710.000 personas), la inmigración neta quedó reducida a 280.000 entradas (Cfr. Nair, S. y De Lucas, J., *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, op. cit., p. 23-24). Estos datos no hacen sino confirmar la fortificación de Europa a la que innumerables veces se han referido tantos autores para reflejar con ello el recurso a métodos expeditivos y a medidas restrictivas, una Europa cerrada, atrincherada frente a las acometidas de los desheredados (cfr., por ejemplo, las obras de De Lucas, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, Tecnos, Madrid, 1992; y *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid, 1994).

¹⁵ Cfr. Rosales, J.Mª., "Ciudadanía en la Unión Europea: un proyecto de cosmopolitismo cívico", op. cit., pp.66-67.

**LA CIUDADANIA GLOBAL:
APUNTES SOBRE EL DESAFIO COSMOPOLITA**

al proceso de construcción europea. En particular, la tensión entre pertenencia y exclusión somete a la ciudadanía europea permite augurar una travesía borrascosa y turbulenta, pues no parece que los problemas que se generan puedan disiparse proyectando las soluciones establecidas en el marco de las legislaciones nacionales. La ciudadanía europea no puede cimentarse sobre la exclusión: el recurso a una política restrictiva en el acceso a los derechos puede crear, efectivamente, la tantas veces denostada “Europa de dos velocidades”, sólo que en un sentido bien distinto al que hasta ahora se le ha venido otorgando a esa expresión: la Europa de los ciudadanos y de los no-ciudadanos; la Europa que privilegia y discrimina con tratamientos jurídicos injustificadamente diferenciados que se traducen en una merma de derechos al condicionar el acceso a los mismos a los nacionales de los Estados. La Unión Europea está afectada por lo que De Lucas ha denominado “síndrome de Atenas”, esto es, la reducción del pluralismo a partir de un modelo democrático basado sobre dos pilares inaceptables: la existencia de bárbaros e ilotas. Los presupuestos de esa exclusión son: 1º) La confusión entre pertenencia y ciudadanía, que permite excluir a los extrajeros de la titularidad de ciertos derechos. La solución que durante largo tiempo adoptó el formalismo jurídico consistía, simplemente, en negar el problema: no hay exclusión porque por definición los extranjeros no pueden entrar en el reparto. Y es que, como ha apuntado Zolo, la dialéctica ciudadano/extranjero se rompe en pedazos hoy ante el desafío de los flujos migratorios, provocando con ello una triple quiebra en tre niveles sociales diferentes: a) los elementos de la constitución prepolítica de la ciudadanía; b) los procesos sociológicos de formación de las identidades colectivas; c) las estructuras mismas del Estado de Derecho; 2º) La exclusión que sufren los infraciudadanos, los nuevos esclavos a los que se les niega el acceso a la distribución de bienes por la hegemonía de alguno de los principios elegidos para la adjudicación: el mercado, el mérito, la necesidad (sus componentes conforman una nueva subcalse social: el “cuarto” mundo, el Sur del Norte).¹⁶

A pesar de todo, la profundización en la legitimación democrática de las instituciones europeas ha puesto de relieve no sólo que el proceso de construcción europea precisa de la democracia sino que la democracia precisa la superación del modelo del Estado-nación en espacios geográficos mayores, de suerte que la integración política despierta la expectativa de nuevos espacios de ciudadanía y permite abrigar la esperanza de una república cosmopolita. Queda, sin embargo, mucho camino por recorrer y no son pocas, ciertamente, las nubes que se ciernen sobre el horizonte. Como hemos visto, la esperanza de una ciudadanía cosmopolita sigue siendo solamente eso: una esperanza. Y como tal pertenece al terreno de lo real sólo como desideratum: algo a lo que se aspira pero de futuro incierto. La meta de una política global queda aún tan lejos como las estrellas que lucen en el firmamento: cada noche se visten de luz en los confines entre la realidad y el sueño, vana ilusión de la que sólo alcanzamos sus reflejos. Nada nos permite pensar pueda hacerse tangible aunque, seducidos por el espejismo rutilante en las noches del estío, nos sintamos tentados de alzar la mano para apresarla. Al socaire de nuestros anhelos la ciudadanía europea puede, desde luego, convertirse en cualquier otra realidad más prometedora; pero es aún bastante limitada y nada nos asegura que no acabe convertida en un carnet de miembro numerario de un club selecto

¹⁶ De Lucas, J., «El futuro de la ciudadanía en la UE: ¿Es posible hablar de ciudadanía multicultural?», en «, en Martín Díaz, E. y De la Opra, S. (eds.), *Repensando la ciudadanía*, op. cit., pp. 49 ss.

de distinguidos consocios. Nuestros presagios no pueden restituírnos al mundo idílico del paraíso perdido: si fuera así, no duden, cerráramos la puerta para que no entrara los que vienen detrás. Queramos o no, somos humanos y tan humano es el amor como el odio, la razón como las pasiones.

No nos podemos entregar, sin embargo, a actitudes derrotistas. Entre otras cosas porque la historia muestra que el hombre consigue vencer muchas de sus tendencias destructivas y de sus inclinaciones belicosas, desterrando las más bajas inclinaciones de su instinto animal, en aras de una vida racional impregnada de valores como la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad. Esta dualidad de la naturaleza humana no es algo definitivamente resuelto: la razón sigue librando de continua su batalla con las pasiones en cada individuo y en cada momento histórico. Ese es el estado de guerra permanente en el que está sumida la condición humana: una guerra de cada individuo consigo mismo que Hobbes supo representar en un movimiento permanente del estado de naturaleza a la sociedad civil, de las pasiones a la razón, del caos del deseo sin restricciones al orden de la libertad bajo la ley, del Behemoth al Leviathan.

Hay que decir, por tanto, que la idea ilustrada de perfectibilidad, esto es, la expectativa de un progreso indefinido de la especie humana, es falaz y fraudulenta, pues encierra un exceso de confianza de gravosas e imprevisibles consecuencias en la medida en que permite liberar de responsabilidad al individuo en la evolución de los acontecimientos históricos. El progreso de la especie humana no es lineal, sino que registra avances y retrocesos en virtud de esa contienda que permanentemente mantienen las fuerzas conflictivas de la naturaleza humana: allí donde las pasiones se imponen cede la razón, allí donde la razón triunfa se domeñan las pasiones. A riesgo de que me llamen hegeliano, creo que se puede afirmar que el despliegue de la razón a la largo de la historia sigue un ritmo creciente: la vida humana es, a pesar de las inquietantes sombras que sobre ella se proyectan, cada vez menos ingrata, menos onerosa.

No puede ignorarse, sin embargo, que el mundo es extraordinariamente desigual, que la existencia es feroz, ruda, cruel y bárbara en muchos lugares del planeta y que por todas partes la violencia muestra su rostro nauseabundo, empeñada con recalcitrante terquedad en convertir la vida humana en una sucesión interminable de sufrimientos y quebrantos. ¿Quién podría dejarse seducir, presa de un triunfalismo pueril, por un paisaje tan áspero, tan hosco y desalentador? ¿Quién puede creer, después de contemplar con mirada abierta a su alrededor, que la historia ya terminó? Hay muchas, demasiadas, cosas por dilucidar: saber si finalmente el ser humano sabrá vencer sus miserias, liberarse de sus despojos y construir un mundo más justo y solidario que no descansa sobre la exclusión de nuestros semejantes. Esa es la lucha que está por librar, y en esa escaramuza parece prefigurarse el horizonte de un mundo globalizado. Es cuestión, por fin, de que la historia continúe batiéndose en duelo con los rencores y los egoísmos, en un cuerpo a cuerpo con las tendencias inmovilistas fuertemente aferradas a la preservación de privilegios y al mantenimiento de desigualdades. En la medida en que la razón siga abriéndose camino frente al imperio de las pasiones, en esa medida, justamente, será cada vez más viable la esperanza de una ciudadanía cosmopolita.