


Crítica jurídica

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

ISSN 0188-3968

22
2003

Fundación Iberoamericana
de Derechos Humanos



Ensino por Ideal | FACULDADES
DO CENTRO DO
PARANÁ



★
UNIBRASIL



CRÍTICA JURÍDICA pertence 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 de publicação das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, tendo a colaboração de 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). Este número também teve a colaboração da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UNBA - Argentina) e das Faculdades do Centro do Paraná – UCP, Pitanga-Paraná-Brasil.

Todos os artigos são submetidos à arbitragem dos membros do conselho editorial e do conselho internacional de 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 INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL

Diretor Geral: Dr. Sérgio Ferraz de Lima

Diretor Acadêmico: Dr. Lodércio Culpí

Coordenação do Curso de Direito: Dr. Paulo Ricardo Schier

Coordenação de Publicações Acadêmicas: Msc Carol Proner

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



Primeira impressão desta edição: 2004

Editada por Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Endereço da Faculdades do Brasil Ltda.

Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã

CEP. 82.820-540

Curitiba - Paraná - BRASIL

Tel: 55(41)361.4200

criticajuridica@unibrasil.com.br

Crítica Jurídica A.C.

Santa Úrsula 38, 6-102

Santa Úrsula Xitla

14420, México D.F.

Tel: xx - 52 - 55 - 5655.407

Impresso no Brasil

Por: Ajir Artes Gráficas e Editora Ltda

Rua Caetano Marchesini, 409

Curitiba, Paraná - Brasil

Cep: 81.070-110

Fone/Fax : (41)329-8803

Diagramação: Eduardo Lima de Almeida Machado

eduardolima@unibrasil.com.br

Distribuidor En México:

Distribuciones Fontamara

Avenida Hidalgo, 47 B

Colonia del Carmen, Coyoacán

04100 México D.F.

Tel: xx - 52 - 55 - 5659.79788/7117

ISSN: 0188-3968

DIRETOR:

Oscar Correias

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 Souza Santos (Portugal)

Carlos Cárcova (Buenos Aires)

Carlos Herrera (Francia)

Carlos Rivera Lugo (Puerto Rico)

Célio Horst Waldruff (Brasil)

Graciela Bensusan (México)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Brasil)

Jesús Antonio de la Torre Rangel (México)

Jorge Luis Ibarra Mendívil (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)

Víctor Moncayo (Colômbia)

SECRETARIA DE REDAÇÃO

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

Nota de Júbilo

Crítica Jurídica sente-se honrada com a indicação do Professor Dr. Eros Roberto Grau, membro de seu Conselho Editorial, ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) ocorrida no dia 12 de maio de 2004. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva elegeu não apenas um jurista de consagração internacional para ser um dos 11 membros que compõem a cúpula judiciária brasileira. Fez mais que isso: indicou um advogado militante e respeitado em todo o país por suas posturas sempre firmes e destemidas na defesa da cidadania, do combate à exclusão social e dos valores que sempre caracterizaram a esquerda brasileira.

Eros Roberto Grau tem 63 anos, é gaúcho, nascido em Santa Maria da Boca do Monte. Professor titular da Universidade de São Paulo (USP) e professor visitante da Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, é membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, instituído pelo governo federal em fevereiro de 2003. Possui várias obras publicadas, entre elas, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, e *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*.

É também amigo e entusiasta de Crítica Jurídica desde seu nascimento, tendo publicado diversos artigos em edições anteriores, como *Um novo paradigma dos contratos* (Crítica Jurídica 18), *Enrique Mari. Primavera de 1993* (Crítica Jurídica 21).

Carol Proner
Secretária Geral da Revista Crítica Jurídica

ÍNDICE

Apresentação.....	11
Presentación.....	12
 TEORIA	
A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.....	17
Clèmerson Merlin Clève	
Constitucionalismo Garantista y Democracia.....	31
Antonio Manuel Peña Freire	
Da Ditadura dos Sistemas Sociais: Uma Crítica à Concepção de Direito como Sistema Autopolético.....	67
Túlio Lima Vianna	
La Inautenticita' del Diritto Positivo. Considerazioni sul Principio di Eguaglianza tra Codificazione e Decodificazione.....	79
Vittorio Olgiati	
La Desobediencia Civil, la Accion Revolucionaria y la Accion Comunicativa....	93
Arturo Berumen Campos	
Derecho y Posmodernidad en América Latina. Apuntes para un Ensayo.....	105
Oscar Correas	
Problematicidad de la “Ontología de lo Dado” en la Modernidad.....	125
Franco H. J. Catalani	
Ciência do Direito e Contemporaneidade.....	143
Plauto Faraco de Azevedo	
Algunos Retos para la Filosofía Jurídica en América Latina.....	151
Norman José Solórzano Alfaro	
A Função Da Crítica No Redimensionamento Da Filosofia Jurídica Atual.....	173
Antonio Carlos Wolkmer	

Kant, Hegel y el Principio del Fin del Derecho Natural.....	185
Axel Eljatib	

Razón y justicia en el orden actual. Visión crítica desde la filosofía de la liberación.....	225
Juan Antonio Senent de Frutos	

Meditaciones Insurgentes sobre la Política y el Poder en la Educación Jurídica....	239
Rievera Lugo	

ANÁLISES

Nuevo Orden Internacional, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina.....	255
Helio Gallardo	

A Política Externa dos EUA como Obstáculo ao Desenvolvimento do Direito Internacional.....	271
Durval de Noronha Goyos jr.	

La Conciliación Jurídica Laboral en Puebla-México.....	277
Florencia Correas Vázquez	

DIREITOS HUMANOS

Globalization - Poema.....	291
Domenico Corradini H. Broussard	

Reflexiones e (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos.....	293
David Sánchez Rubio	

RESENHAS

Rolando Tamayo y Salmorán. Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Ed. UNAM, México, 2003.....	335
Jacqueline Ortiz Andrade	

Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização. Sérgio Resende de Barros.	
Belo Horizonte: Editora Del Rey – 2003.....	337
Maria Berenice Dias	



Desejo subscrever Crítica Jurídica:

NOME:

ENDEREÇO:

.....

CIDADE: **ESTADO:**

PAÍS: **CÓDIGO POSTAL:**

TELEFONE:(.....)..... **MAIL:**

OPÇÃO DE ASSINATURA:

A) Assinatura anual: dois próximos números (correio normal: R\$ 60,00 (US\$ 20,))

B) Assinatura de edições anteriores (valor por exemplar R\$30,00 (US\$10,))

☐ Edição n. 17

☐ Edição n. 18

☐ Edição n. 19

☐ Edição n. 20

☐ Edição n. 21

Revista Crítica Jurídica – Secretaria de Redação

criticajuridica@unibrasil.com.br

Faculdades do Brasil. R. Konrad Adenauer, 442 – Tarumã

Curitiba, Paraná-Brasil

CEP: 82.820-540

Tel/fax: (55) (41) 361.4200

Para evitar perdas, extravios ou demoras no correio, sugerimos não enviar cheques. Preferencialmente efetue em favor do Complexo de Ensino Superior do Brasil Banco do Brasil, Agência 3184-4, Conta 8761-0 envie comprovante por fax para (55) (41) 361.4200

Apresentação

Chegamos ao número 22 de nossa CRÍTICA JURÍDICA, revista científica da Faculdades Integradas do Brasil, dirigida pelo querido Oscar Correas (México), em parceria privilegiada com outras instituições e professores, os quais homenageamos nas figuras de David Sanchez Rubio e Joaquín Herrera Flores (Espanha), sem os quais esse projeto não teria a mesma dimensão.

Neste número, mantendo a linha crítica que sempre caracterizou esta publicação, reunimos artigos de pensadores reconhecidos internacionalmente como Clèmerson Merlin Clève, Antonio Manuel Peña Freire, Tulio Lima Vianna, Vittorio Olgiati, Arturo Berumen Campos, Oscar Correas, Franco H. J. Catalani, Plauto F. de Azevedo, Norman José Solorzano Alfaro, Antônio Carlos Wolkmer, Axel Eljatib, Juan Antonio Senent de Frutos e Rievera Lugo. Trazemos análises consistentes de autores do nível de Helio Gallardo, Durval de Noronha Goyos e Florencia Correas Vázquez. Por fim, na seção sempre presente sobre Direitos Humanos, apresentamos um poema de Domenico Corradini H. Broussard e uma reflexão de grande profundidade da lavra de David Sanchez Rubio.

Ao mesmo tempo em que comemoramos essa nova edição da CRÍTICA JURÍDICA (distribuída gratuitamente para quase mil bibliotecas em mais de uma dezena de países), nos sentimos felizes por dois motivos principais: primeiramente, porque essa publicação internacional vem contribuindo para a formação dos mais de quatro mil e duzentos alunos da Unibrasil, distribuídos nos mais diversos cursos de graduação da instituição, mantendo-se fiel às linhas de pesquisa que presentemente estão servindo de base para a construção de dois programas de mestrado. Depois, porque ao encaminharmos essa edição para a gráfica já contamos com as próximas edições semestrais praticamente prontas. De fato, o número vinte e três da CRÍTICA JURÍDICA, que será temática sobre Feminismo e Anti-sexismo, sob a organização do Professor Joaquín Herrera Flores, diretor do Doutorado em Direitos Humanos da *Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, encontra-se em fase final de seleção dos artigos e já contamos, mercê da obstinada dedicação da Professora Carol Proner, secretária geral de redação desta publicação, com vários artigos para a edição de número vinte e quatro, tudo a comprovar que estamos no caminho certo.

Agradecendo às mais de quinhentas publicações científicas que recebemos em permuta pelo envio da CRÍTICA JURÍDICA, renovamos o convite a todos os pesquisadores que compartilhem dos valores e compromissos sociais que inspiram essa publicação para que submetam aos nossos conselhos editorial e assessor suas mais recentes produções de modo a contribuir para que a nossa revista reste abrilhantada.

Presentación

El número veintitrés de *CRÍTICA JURÍDICA* aparece en tiempos de señales contradictorias. La izquierda -no revolucionaria- gobierna en Brasil, aunque no parece poder cumplir con demandas de sus aliados como los Sin Tierra. En Ecuador, un militar aparentemente de izquierda, ha perdido el apoyo de la izquierda, precisamente por lo mismo: haberse apartado del proyecto originario. En Chile, el antaño socialista Lagos lamenta la imagen externa que proyectan del país las huelgas de los que exigen redistribuir la riqueza -mientras las noticias informan que es la iglesia católica quien toma las banderas reivindicativas de los pobres. En Argentina, un antiguo militante de la juventud peronista llega a ser presidente porque la gente lo votó para que no ganara el emblema de la corrupción neoliberal, Menem; o sea casi por casualidad. Pero, aprovechando las protestas de una sociedad a la búsqueda de culpables, descabeza al ejército y abre el camino, tanto a la renovación de la Corte, como a la posibilidad del fin de la impunidad de los criminales de la dictadura - de la última, que no la única. Y en un costado, casi marginal, un presidente que jamás hubiera soñado con ser visto como de izquierda, visita a Fidel Castro, se hace malquerer por la oligarquía, los Estados Unidos y Europa, por el episodio menor de reformas apenas de color rosa pálido - es que los poderosos se sienten fuertes: no quieren ceder ni lo que cedieron en los inútilmente esperanzadores días de la posguerra; al contrario: quieren recuperar lo que entregaron a regañadientes pero a condición de hacer negocios pingües. Cháves, insólitamente, aparece como el reformador latinoamericano, jaqueado por Estados Unidos y la gran burguesía y sus empresas mediáticas. Sin embargo, estos signos promisorios aparecen velados por la falta de propuestas en el punto central: el programa económico. Está claro que ni este insólito militar mestizo - lo cual parece ser una de las causas del odio mediático - ha formulado ni mínimas o tibias propuestas que enfrenten el camino de miseria y muerte trazado por el FMI. Cualquiera diría que América Latina vive un proceso guiado por distintas vertientes de la izquierda. Tanto, que varios presidentes aceptaron hacer de comparsas del laborismo británico encabezado por un sirviente de los halcones estadounidenses, en una reunión que, no por publicitada como "cumbre de las izquierdas" - inofensivas podría agregarse -, resulta menos un apoyo fuerte y singular a un Blair jaqueado por el escándalo moral de la invasión a Irak. Tiempos contradictorios: presidentes de izquierda, población inconforme; gobiernos aparentemente progresistas, propuestas ausentes.

No América Latina no vive sino un proceso de aparentes liberalidades, pero completamente uncido al carro triunfal de ésta, esperemos que última etapa del capitalismo -es difícil creer que pueda haber otras etapas, luego de los golpes a la viabilidad del planeta. Nos dejaron sin nada. Tanto, que ni a los militares precisan. No tenemos, en este panorama, por más gobiernos de izquierda que parezcan, medios para paliar la miseria de más, bastante más, de la mitad de nuestra población.

Por lo demás, podría parecer que vivimos momentos prerrevolucionarios. Si no hay salidas en el marco del capitalismo, si los miserables y los menos miserables, no pueden seguir viviendo como viven, si la única vía posible parece ser una a la cubana, ¿es que estamos en las inmediaciones de una situación incontrolable para las clases dominantes? No. No hay nada de eso. No hay aquello de que “cuando las clases subalternas *no quieren* seguir viviendo como viven”. Asombrosamente, en la Argentina del “que se vayan todos”, puesta la población contestataria ante el proceso eleccionario, los argentinos, lejos de rebelarse, votaron por los que supuestamente debían irse. Y si esas elecciones hubieran sido en México, o cualquier otro país sin segunda vuelta, hoy sería presidente el mismísimo Menem. Y el voto conjunto de la derecha fondomonetarista, alcanzó a más del treinta por ciento de la población del país en que se gritaba “que se vayan todos”.

Mejores signos, no obstante, parecen provenir del mundo indígena. O sea desde allí donde no había signos -o no los veíamos. Desde allí, del lugar oculto, de los otros negados, de los sin rostro como dicen los encapuchados mexicanos. Mapuches en resistencia, Zapatistas creando municipios autónomos y “juntas de buen gobierno” -o sea enfrentadas al *mal gobierno*, grito de siempre de los rebeldes mexicanos: “abajo el mal gobierno”. Y, en el Caribe, el “viejo dictador” cumpliendo setenta y siete años en las narices de la capital del capital. ¿Cómo podríamos negar que nos da gusto esa enorme calidad ética del pueblo cubano, cuando consigue burlarse continuamente de la ignominia, cuando, como los indios, nos muestran las virtudes de la rebeldía y la resistencia?

Tiempos contradictorios. ¿Y los juristas? Apenas con lo mismo: democracia -que cada vez más va perdiendo prestigio por inútil para dar de comer a los niños-, derechos humanos, alternatividad - hemos descubierto que entre los pliegues de la hermenéutica pueden encontrarse semillas de progresismo judicial -, derechos humanos, defensa de los rebeldes. No es poco, claro. Pero hay que reconocer que no son actividades inmersas en un proceso plausible de cambio social, como nos gustaría que fuese.

Seguimos con nuestros temas. Intentamos ahora llegar a las escuelas de derecho, a entusiasmar a jóvenes profesores, que entusiasmen a jóvenes futuros juristas. (Cosa, por lo demás buena parte de los partidos de izquierda ignora por completo: los abogados alternativos y críticos, los jueces democráticos, sólo pueden salir de las escuelas de leyes; y cuando sea, serán imprescindibles). Para que cuando el tiempo cambie, allí haya una generación, o varias, con temperamento revolucionario - hay que rescatar esta palabra: basta de ocultarla porque se asustan los espíritus democráticos *light*.

Damos la bienvenida al idioma italiano en este número. También a algunos compañeros. Y seguimos invitando a todos aquellos cuya voz queremos oír; claro, calidad, profundidad, pasión -¿quién dijo que no?- de por medio. Y aquí estamos *mientras tanto* como reza el nombre de una revista amiga.

A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*

Clèmerson Merlin Clève**

Resumo: O presente texto trata dos direitos fundamentais sociais, especialmente daqueles prestacionais contemplados no artigo sexto da Constituição Federal. A preocupação central do texto gira em torno da eficácia jurídica de apontados direitos, daí a razão pela qual o Autor, vinculado à corrente da *dogmática constitucional emancipatória*, contribui para o debate apontando para a necessidade de uma revisão nos conceitos tradicionais ligados à temática, sem esquecer, todavia, que a dimensão eficaz do direito não pode ficar distante dos limites (que sempre devem ser superados) impostos pela espaço-temporalidade. Em síntese, tais direitos devem ser encarados como de eficácia progressiva, desafiando, portanto, uma especial atenção do Judiciário.

Resumen: El presente texto trata de los derechos fundamentales sociales, especialmente de aquellos contemplados en el artículo VI de la constitución federal. La preocupación central del texto gira en torno de la eficacia jurídica de los referidos derechos, y de ahí la razón por la cual el autor, vinculado a la corriente de la *dogmática constitucional emancipatoria*, contribuye al debate apuntando la necesidad de una revisión de los conceptos tradicionales ligados a la temática, sin olvidar, que la dimensión de la eficacia del derecho no puede quedar distante de los límites -que deben siempre ser superados- impuesto por la dimensión espaciotemporal. En síntesis, tales derechos deben ser vistos como de eficacia progresiva, reclamando, por tanto, una especial atención del poder judicial.

Abstract: The text deals with the fundamental social rights especially those subsidized considered in article six of the Federal Constitution. The text revolves around judicial efficiency of appointed rights, reason why the Author, vinculated to the chain of the dogmatic constitutional emancipatory, contributes to a debate pointing to the need of a revision of the traditional concepts linked to the thematic, however without forgetting that the Law's effective dimension cannot be away from the limits (that must always be overcome) imposed by the space-temporality. In short, such rights must be faced as of progressive efficiency, so defying a special attention from the Judiciary.

A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais

Há no direito constitucional brasileiro contemporâneo, perfeitamente delineadas, duas correntes doutrinárias: - uma (i) primeira denominada *dogmática da*

* Degravação de conferências proferidas, em agosto de 2002, no III Simpósio de Direito Constitucional e Infraconstitucional promovido pela Procuradoria-Geral da República, em Brasília, e no Fórum Social Mundial, em 2003, em Porto Alegre.

** Titular das Faculdades de Direito da UNIBRASIL e da UFPR. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPR.

razão do Estado e (ii) uma outra que pode ser chamada de *dogmática constitucional emancipatória*.

A *dogmática da razão do Estado* estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do *status quo*, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na idéia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do Poder Político, qualquer que seja ele. O Estado assume, nesse contexto, absoluta centralidade, sendo o discurso constitucional experimentado como disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político, sendo negligenciado o espaço societário extra-estatal.

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.

Em relação aos direitos fundamentais clássicos, há no Brasil, uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas. Os fundamentais clássicos são direitos que podem ser, desde logo, exercidos pelo cidadão, prescindido assim, de uma maneira geral, da atuação do poder público. Está-se a referir, por exemplo, à liberdade de locomoção, ao direito de informação, à liberdade de expressão, de reunião, de associação, de consciência, etc., ou seja, a posições jus-fundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular.

A teoria constitucional brasileira não desconhece que apontados direitos *em princípio* exigem a abstenção do Poder Público. Diz-se *em princípio*, porque o Estado não pode deixar, igualmente, de *atuar* para proteger os direitos fundamentais, inclusive

normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos que, em sua configuração mais singela, não exigem mais do que a iniciativa do seu titular. Admita-se que é duplo o papel do poder público neste particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir, para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas, etc.), bem como dos pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia; a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado, etc.).

Experimenta-se, atualmente, no direito brasileiro, um momento adequado para a discussão a propósito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário aprofundar os estudos constitucionais nesse sítio. Isso ocorre inclusive porque a Constituição em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais, especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mas, especialmente, no artigo 6º, os nominou reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à moradia (incluído no rol por força da EC 26/2000), ao direito à educação, à previdência, entre outros. A Constituição de 88 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional. Evidente que esta previsão explica-se, em parte, pelo momento especial pelo qual passava, na década de oitenta, a experiência constitucional brasileira. Explica-se, mais, pelo compromisso do Constituinte com os postulados do Estado Democrático de Direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloquente significação.

Tradicionalmente, no direito brasileiro, resolvem-se as questões envolvendo a normatividade constitucional a partir de algumas teorias classificatórias. Emerge, aqui, todo um quadro doutrinário voltado a estabelecer o registro das normas constitucionais apartadas por um critério que leva em conta a possibilidade de aplicação imediata ou mediata. Está-se a referir ao célebre problema da aplicabilidade das normas

constitucionais. O que se propõe, no entanto, é tratar deste tema sob a ótica dos direitos fundamentais com ênfase no papel da jurisdição constitucional, deixando de lado os ensaio classificatórios.

No direito brasileiro, a jurisdição constitucional exerce um papel proeminente, pois ostentamos um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, que funde, em parte, as experiências constitucionais norte-americana e européia. Todavia, importa compreender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é pródigo quanto aos mecanismos de controle dos atos do poder público editados com violação às disposições constitucionais. Então, quando o poder público atua agredindo disposição que impõe inércia, ou quando atua, podendo atuar, porém movendo-se de maneira inadequada ou, ainda, de modo a violar regra de competência ou de procedimento, há uma gama de mecanismos orientados à censura da atuação. Ocorre, no entanto, que não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões. Cumpre concordar, portanto, que os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo Constituinte, para o controle da omissão inconstitucional são bastante tímidos.

É evidente que a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O *mandado de injunção*, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, por seu turno, pode se apresentar como um interessante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. É necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.

Ninguém desconhece que a atuação do juiz nesse campo é particularmente complexa. É que os direitos sociais realizam-se através de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas. Por conta disso, alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos *direitos sociais, econômicos e culturais* (direitos prestacionais). A Constituição Portuguesa vigente, então, aponta para uma distinção de regime jurídico não encontrável no direito brasileiro. Entre nós, a Constituição ao tratar dos direitos fundamentais não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do

poder público. Por isso, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. quinto da Constituição incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais).

Ora, se é verdade que a Constituição não aparta os direitos (clássicos ou prestacionais) em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa.

No sítio dos direitos de defesa, ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.

Afirme-se, portanto, que sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade (saúde, educação, habitação, etc.).

É nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais. São direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social? Pode o cidadão reclamar, perante o Judiciário, as prestações estatais concernentes ao direito à moradia, à educação, à saúde? Está o Juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, os recursos da peça orçamentária? Não estaria, em semelhante circunstância, o juiz a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição?

Há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo, na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulamentação, da atuação do Legislador, sem as quais seriam inexigíveis. Ora, cumpre construir caminho distinto. O que se propõe é uma leitura desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o Constituinte definiu como tais?

Deve-se partir do princípio que tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

O artigo 6º da Constituição Federal não substancia norma programática (no sentido de despidas de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental. Neste ponto algo precisa ser dito a respeito das *funções e dimensões* dos direitos fundamentais.

A *dimensão subjetiva* envolve a constituição de posições jus-fundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A *dimensão objetiva*, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independente das posições jus-fundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. A *filtragem* substancia, na verdade, uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*, significando que toda atuação do poder público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais, ligando-se também àquilo que, no campo da incidência da normativa constitucional jus-fundamental sobre o campo da autonomia privada a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Significa dizer que os direitos fundamentais, ainda que de modo singular, incidem também no campo das relações entre os particulares. Aliás, seria neste ponto, interessante questionar a propósito da eficácia horizontal dos direitos sociais, se é pensável a sua emergência, ou se, afinal, direitos deste naipe vinculam exclusivamente o poder público. Há, aqui, um bom campo para a reflexão e a pesquisa.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas consequências. Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio da substituição dos trabalhadores por máquinas sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho. Neste caso, aceitando-se ser discutível a possibilidade de um trabalhador ameaçado aforar medida judicial contra o banco, cumpre aceitar a possibilidade de ações coletivas, especialmente manejadas pelo Ministério Público, para deter a política inconstitucional ou para compelir a autoridade responsável a reorientá-la.

Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza constitucional-ambiental) e de água tratada às residências não atendidas. Neste caso, da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado (cinco, dez, quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do Município.

Os direitos fundamentais sociais. É necessário ter clareza quanto a isso, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país.

No plano da dimensão subjetiva os direitos fundamentais desempenham, pelo menos, três funções: - *defesa, prestação e não discriminação*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direitos, e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento. Então, salvo nas hipóteses de ação afirmativa, onde poderá haver uma discriminação (temporariamente justificável) que busque atender determinadas finalidades constitucionais (proteção de determinado gênero ou grupo, por exemplo), a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário idêntico tratamento.

Na Constituição Federal, inclusive no artigo 6º, encontram-se *direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados*.

Os primeiros podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei

alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário.

Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária. A maior parte dos direitos sociais reside no sítio dos prestacionais derivados. Todavia, há na Constituição determinados direitos originários como, por exemplo, o direito à educação, especialmente no que concerne ao ensino fundamental. Neste caso, saliente-se, ainda que não existisse nenhuma lei tratando a propósito, embora ausente previsão orçamentária própria, pelo simples fato da própria Constituição Federal afirmar que o acesso ao ensino fundamental subsidia direito público subjetivo, ele poderá ser invocado perante o Poder Judiciário que, por sua vez, ordenará ao poder público as providências cabíveis para sua concretização. Afirme-se, mesmo que não existam escolas suficientes para atender todos os alunos, a autoridade pública haverá de providenciar alguma solução para adimplir a obrigação correspondente à afirmação do direito.

O segundo exemplo é o do direito à saúde (especialmente em relação a determinadas extensões mais evidentes). É claro que este foi regulamentado pelo legislador, razão pela qual, no âmbito do sistema unificado de saúde preconizado pela Constituição, em linhas gerais, estão definidas as ações de saúde a cargo da União, dos Estados e dos Municípios. Mas ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito poderia ser reclamado perante o Judiciário. Daí a razão pela qual os cidadãos podem reivindicar, por exemplo, o acesso a um determinado medicamento, ou a um determinado tipo de tratamento, especialmente se eles foram devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras.

É certo que há limites também no universo dos direitos originários. Ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível. Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país. Os originários são também direitos de satisfação progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade. O que os torna especiais é o fato de serem, desde logo, exigíveis, inclusive judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do poder público, se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão.

Em relação à criança e ao adolescente que, do ponto de vista constitucional, devem ser considerados como prioridade, mesmo à falta de lei (e temos lei), a autoridade estaria obrigada tomar as providências cabíveis para a proteção de seus direitos. Há outros direitos prestacionais originários. Os referidos, porém, são os que importam para a presente exposição.

Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que e o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa.

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estado comprometido com a efetividade da Constituição, no entanto não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura, etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário, etc.). Por isso, é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como se está a sustentar, podem ser inclusive exigidas judicialmente. Se não é, em princípio, possível reclamar, imediatamente, argumentando com a existência *definitiva* de posição jurídico-subjetiva positiva de vantagem, os direitos prestacionais ainda não regulamentados (moradia, por exemplo), quando não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional.

Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Produzem, antes de tudo, uma

eficácia negativa. Por isso constituem parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes. Cuida-se aqui, do campo da dimensão objetiva. Do ponto de vista subjetivo, são capazes de criar situações jurídicas subjetivas negativas de vantagem. O mais importante, porém, é verificar a eficácia positiva decorrente da disposição constitucional. Ingressemos no campo da dimensão subjetiva. Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão.

Os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado. Não há, aqui, necessidade, do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação

e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*). No que se refere à *reserva do possível*, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Nos últimos anos o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente, ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao dispendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais.

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.

É tempo de concluir. Há um papel a ser desempenhado pelo Judiciário maior do que o vislumbrado pelos adeptos da *doutrina constitucional da razão de Estado*. Papel sempre realçado pelos operadores jurídicos comprometidos com a construção

de uma *dogmática constitucional emancipatória*. No universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, neste sítio, tem um papel extremamente relevante a cumprir. Por outro lado, é indispensável a revisão do papel do Judiciário, especialmente com a superação da idéia de que o controle das omissões inconstitucionais só pode se dar por meio do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. É necessário, por fim, aceitar um compromisso sincero com os direitos fundamentais sociais. Só assim teremos as ações necessárias para transformar os direitos em linguagem cotidiana integrante da realidade de nosso país.

Constitucionalismo Garantista y Democracia

Antonio Manuel Peña Freire*

Resumen: El objeto de este trabajo es analizar diversas manifestaciones de la conocida como "objeción contramayoritaria", es decir, la dificultad para admitir desde una teoría política democrática que se impongan límites constitucionales al poder de decisión de las mayorías. Tras una presentación preliminar de esa tesis, se comentan críticamente diversas propuestas superadoras, entre ellas, la más relevante, la que subyace al modelo de la democracia sustancial o constitucional de autores como R. Dworkin o L. Ferrajoli, que vincula desde su origen al concepto mismo de democracia con los derechos, evitando así cualquier tipo de contraposición entre ambos. El artículo sigue con la presentación de las agudas críticas formuladas recientemente por J. Waldron y se cierra con algunas consideraciones de su autor formuladas con la intención de relativizar el demoledor impacto de la crítica aldroniana sobre las posiciones de aquellos que ven algún sentido y utilidad en los mecanismos institucionales característicos de las actuales democracias constitucionales.

Resumo: Como objeto este trabalho pretende analisar diversas manifestações da conhecida "objecção contramayoritaria", ou seja, a dificuldade de admitir, a partir de uma teoria política democrática, que sejam impostos limites constitucionais ao poder de decisão das maiorias. Após uma apresentação preliminar dessa tese, comentam-se criticamente diversas propostas de superação, dentre as quais a mais relevante representada pelo modelo de democracia substancial ou constitucional de autores como R. Dworkin ou L. Ferrajoli, que vincula desde sua origem ao conceito de democracia com direitos, evitando qualquer tipo de contraposição entre ambos. O artigo segue com a apresentação das agudas críticas formuladas recentemente por J. Waldron e termina com algumas considerações do autor formuladas com a intenção de relativizar o demolidor impacto da crítica aldroniana sobre as posições daqueles que encontram algum sentido e utilidade nos mecanismos institucionais característicos das atuais democracias constitucionais.

Abstract: As the present work intends to analyse various manifestations for the known counter-majoritarian objection, that is, the difficulty in admitting that from a democratical political theory, that constitutional limits be imposed to the majority decision power. After a preliminary presentation of this theory, various transcending propositions are commented on, and among them, the most relevant represented by the substantial or constitutional democracy model of authors such as R. Dworkin or L. Ferrajoli, that ties from the origins the concept of democracy with rights, avoiding any kind of counter-position between them. The article goes on with the presenting of acute criticism recently formulated by J. Waldron and finishes with some considerations from the author, with the intention of making relative the destroying impact the aldronian critic has over the position of those who find any sense and use for the institutional characteristic mechanisms of the present constitutional democracies.

* Universidad de Granada

1 Planteamiento: Algunos Aspectos de la Relación entre Democracia y Constitucionalismo

El punto de partida de este trabajo podría ser la siguiente cuestión: ¿es el constitucionalismo antidemocrático? O bien, ¿son expresiones como “constitucionalismo democrático” o “democracia constitucional” puras contradicciones en los términos por aunar conceptos que se oponen entre sí? (Holmes 1988:197). El origen del problema que se esconde tras preguntas de este tipo está en la dificultad para admitir desde los parámetros de una teoría política democrática que se impongan límites constitucionales a la capacidad de deliberación de los ciudadanos y al poder de decisión de las mayorías. La existencia y la operatividad de estos límites son, sin embargo, constantes en las actuales democracias constitucionales. Los más frecuentes tienden a garantizar, frente al poder de decisión de las mayorías, un coto vedado¹ de derechos básicos mediante su atrincheramiento, esto es, su exclusión de la agenda política para que queden fuera del poder de decisión del legislador, incluso si es democrático.² En cuanto a la justificación de esta operación, no todo está tan claro ni es tan fácil como parecen suponer algunos de sus partidarios.

Un segundo factor a tener en cuenta es el siguiente: es también frecuente que quien suscribe la tesis de que existen derechos morales básicos que han de quedar a resguardo de cualquier poder público, también se adhiera a un diseño institucional específico –denominado constitucionalismo fuerte o Estado constitucional de derecho–, que vendría caracterizado, grosso modo, por la primacía de una constitución rígida y por la existencia de un mecanismo para el control de constitucionalidad de las leyes. No obstante, y como veremos más adelante, son muchas las dificultades y paradojas que se esconden en esa adhesión (Bayón 2000:66).

Antes de entrar en materia será preciso hacer expresas algunas definiciones relevantes referidas a la expresión “constitucionalismo” o “neconstitucionalismo”, claves en esta investigación, y por las que posible entender lo siguiente:³

¹ La expresión, ya célebre, es de Garzón Valdés 1993:644.

² Aunque sobre la procedencia del atrincheramiento hay un acuerdo amplio entre los filósofos del derecho y la política, existe también una derivación reciente de este problema que despierta mayores suspicacias. Y es que, como consecuencia de procesos como la materialización o el desbordamiento constitucional (sobre estos cambios y los rasgos de la denominada constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, Guastini 2003, pp. 49, ss.: la aportación de Luis Prieto a esa obra colectiva es también esclarecedora, especialmente las pp. 124–137) han sido muchos los asuntos constitucionalizados–vedados que dudosamente merecen tal consideración. Nada garantiza que todos y cada uno de los asuntos atrincherados frente al poder de decisión de las mayorías efectivamente reúnan méritos para serlo. Algún curioso ejemplo que demostraría a la par la posibilidad de constitucionalizar asuntos triviales y también la tendencia a la inflación constitucional en Laporta 2001, pp. 469–470.

³ Sigo en este punto las indicaciones de Comanducci (2003, pp. 75, ss.) quien analiza las distintas manifestaciones del constitucionalismo y también del “(neo)constitucionalismo”, como variante acentuada de aquél. El constitucionalismo aspiraría a la limitación o control del poder político, fundamentalmente mediante su parcelación o división entre distintos actores y sería referible no

En primer lugar, una forma de organización de comunidades políticas, es decir, un modelo constitucional como conjunto de mecanismos normativos e institucionales de cualquier sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.

En segundo lugar, refieren también a la ideología que inspira y promueve ese modelo de organización.

El (neo)constitucionalismo teórico o como teoría del derecho, pretende describir los cambios que la constitucionalización ha supuesto para los conceptos básicos de la teoría del derecho, es decir, cambios en el concepto de derecho, de norma, de jerarquía normativa, de interpretación, etc.

Por último, el (neo)constitucionalismo como método se opondría a la tesis de la separación del positivismo metodológico, al sostener la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.

De todas las formas de (neo)constitucionalismo la que más interesa en este trabajo es la primera, esto es, la que se refiere al modelo jurídico-político e institucional al que denominaré, para evitar confusiones, Estado constitucional de derecho. Éste, a su vez, puede ser puesto en relación con el Estado de derecho, aunque el Estado constitucional añade a los diversos mecanismos que aseguran el sometimiento del poder a derecho – gobierno sub lege –, una finalidad: garantizar la preservación de los derechos que comúnmente se atribuyen a los ciudadanos sea frente a, en o a través de los poderes públicos, incluido entre éstos también el legislador democrático. Quizás por este motivo, la expresión “constitucionalismo garantista” sea una buena forma de referirse no sólo al modelo que aquí denominaremos “Estado constitucional de derecho” sino especialmente a la ideología que lo inspira y alienta.⁴

sólo a los actuales Estados constitucionales democráticos, sino también al ideal medieval y moderno de Estado mixto. El neoconstitucionalismo, sin embargo, sería la ideología específica de los actuales Estados constitucionales democráticos y pondría el acento en la defensa de los derechos fundamentales. En el neoconstitucionalismo la limitación del poder no sería ya un fin en sí – básicamente porque el poder, al ser democrático, deja de ser visto con desconfianza y ajeneidad – sino que interesaría en tanto que mecanismo útil para defensa de los derechos fundamentales (Comanducci 2003, pp. 85-86). Aunque son muchas las diferencias entre el constitucionalismo moderno – ¡o el medieval! – y el denominado neoconstitucionalismo, la tensión con los ideales democráticos me parece una constante de todo tipo de constitucionalismo, pues éste opera fundamentalmente a través la división y limitación del poder, con lo que indefectiblemente causará conflicto con la democracia desde el momento mismo en que el poder se organiza democráticamente y se afirma que toda la soberanía reside en el Pueblo. Por este motivo, me referiré en este trabajo a constitucionalismo en general, aunque es evidente que si los argumentos que se van a manejar aquí tienen un destinatario especial, éste es el neoconstitucionalismo a que se refiere Comanducci.

⁴ Como veremos en el constitucionalismo garantista la opción por un sistema político democrático es una exigencia de una opción previa y axiológicamente superior por ciertos valores y derechos de los ciudadanos, es más, opera precisamente como exigencia o garantía de algunos de esos derechos. De ahí que prefiera esta expresión a la más usual de constitucionalismo democrático que parece colocar en el mismo nivel a los derechos y a la democracia.

Como ya adelantaba, la finalidad del Estado constitucional es realizar o satisfacer los derechos básicos que forman el coto vedado y este fin se pretende lograr fundamentalmente asegurando la primacía de la constitución en la que los derechos quedan atrincherados mediante dos instrumentos o garantías: la rigidez constitucional y el carácter normativo de las constituciones.

La rigidez constitucional supone que cualquier reforma de la constitución sólo será posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado en relación con el dispuesto para la aprobación, modificación o derogación de las leyes. La rigidez constitucional garantiza la primacía constitucional al definir y cualificar al poder constituyente, esto es, al poder competente para la reforma de la constitución, frente a los poderes digamos ordinarios. La rigidez constitucional es de contenido variable: puede ser mínima si la agravación del procedimiento es puramente formal, como sería el caso de que la modificación de la constitución sólo exigiese la aprobación por parte del órgano competente para la promulgación de las leyes y por el mismo procedimiento empleado para la aprobación de éstas, de un tipo especial de ley, sea una “ley de reforma de la constitución”, “enmienda constitucional” o similar. Podría, por el contrario, ser máxima si la reforma constitucional estuviese jurídicamente vetada, esto es, que la constitución o algunas de sus cláusulas fuesen inderogables porque la propia constitución así lo estableciera.⁵

Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria. De poco serviría una constitución muy rígida que vetase la posibilidad de un nuevo constituyente, si no es posible reaccionar frente a medidas legales contrarias a las normas constitucionales o si no está permitido que los jueces funden sus decisiones en la constitución cuando esto supone la inaplicación de una norma de rango infraconstitucional. Una importancia especial cobra en este punto el control de constitucionalidad de las leyes que pretende asegurar el carácter normativo de las constituciones frente a las normas aprobadas por el órgano legislativo, esto es, a las leyes. Efectivamente es una constante en los actuales Estados constitucionales de derecho el establecimiento de un procedimiento para dirimir la constitucionalidad de las leyes.⁶ Las formas de control de constitucionalidad incluyen tanto el conocido modelo disperso o difuso – paradigmática es la judicial review norteamericana⁷ – como el concentrado, abstracto o europeo. Ambos modelos y todas

⁵ Entre ambos extremos existe una considerable variedad de grados de rigidez. Puede encontrarse referencia a los mismos en Laporta 2001, p. 465 y Ferreres 2000, pp. 30-33.

⁶ Estos cambios que afectan a la posición de la ley pueden ser vistos también como definitorios de la fórmula del “Estado constitucional”: “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a una estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (Zagrebelsky 1992, p. 34).

⁷ Sobre las características de la técnica de la judicial review y su relación con el – más familiar entre nosotros – control de constitucionalidad, Carrió 1991, pp. 141, ss.

sus posibles variantes son formas de control de constitucionalidad en la medida en que aseguran el carácter normativo de las constituciones, singularmente frente al legislador democrático.⁸

Pues bien, como ya avanzaba, un gran número de problemas se suscitan cuando, en un diseño institucional singular, se combinan el rasgo constitucional con el democrático. Si aceptamos que existe un vínculo fuerte entre democracia y regla de la mayoría – lo que nos llevaría, como mínimo, a valorar positivamente las decisiones y opciones socialmente mayoritarias y a propugnar que éstas han de ser las que determinen la acción de gobierno –, es difícil admitir que se impongan vetos de deliberación externos a las mayorías democráticas o que se limiten a priori las cuestiones que pudieran ser objeto de decisión por esas mismas mayorías. El constitucionalismo tiene entonces una espinosa cuenta pendiente (Bayón 2000:67) con lo que se viene denominando objeción contramayoritaria que afecta tanto a la rigidez de la constitución como a su carácter normativo.

Es este un problema, planteado inicialmente en el ámbito de la cultura jurídica y política norteamericana pero que ha desbordado esos límites iniciales y que presenta diversas formas de expresión, aunque dos son las básicas.

La primera es la conocida como tiranía del pasado que se produce cuando el atrincheramiento de cuestiones morales o políticas relevantes en constituciones rígidas es interpretado como una vulneración de la autonomía y derecho a la libre determinación de las generaciones sucesivas a la que adoptó la constitución, es decir, generaciones que no participaron en el pacto constituyente.⁹ Efectivamente, la responsabilidad del gobierno corresponde a los vivos por lo que es razonable que toda generación decida sobre las cuestiones morales o políticamente controvertidas que estime conveniente, como, por ejemplo, los derechos que tienen el conjunto de sus miembros o su alcance y límites. Lo que ya no parece tan fácilmente justificable es que entienda que dicha decisión vale para sí y para sus sucesores e impida a estos últimos considerar o revisar en el futuro lo ahora decidido. Y esto es precisamente lo que se hace al atrincherar en una constitución rígida un coto vedado de derechos. Por los mismos motivos, también

⁸ Es un error considerar que un control difuso y concreto satisface menos las exigencias del control de constitucionalidad de las leyes. Es más, como ha advertido, por ejemplo, Prieto (2003, p. 128), el modelo de jurisdicción constitucional concentrada no representa sino “un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular aquella época y aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquella no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de fuentes cuyos conflictos habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial”.

⁹ Esta fue una cuestión que preocupó ya a los Framers norteamericanos. Es especialmente llamativo el caso de Thomas Jefferson quien, reacio como era a reconocer el derecho de una generación a vincular a las sucesivas, propuso que, ya que la mitad de los que en un momento dado tienen más de 21 años habrían muerto a los 18 años y 8 meses, toda constitución tendría que ser sometida a consideración del conjunto de la ciudadanía transcurrido ese periodo desde su aprobación o desde su última ratificación. La referencia la tomo de Holmes 1988, pp. 204-205.

parece difícil aceptar que los miembros de una generación nazcan bajo la tutela de otra anterior por el hecho de que ciertas decisiones adoptadas por una mayoría en el pasado quedaron recogidas en una constitución que les vincula y que ahora no pueden o les resulta muy difícil reformar.¹⁰ Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Otra de las aristas en la relación entre constitucionalismo y democracia afecta directamente al control de constitucionalidad de las leyes, la clave de la bóveda de la normatividad constitucional. El problema reside en el carácter fuertemente contramayoritario del poder de un juez o tribunal, órganos en general no electos ni responsables políticamente, de anular o inaplicar las normas legales cuando las consideren contrarias a la constitución y, en particular, a los derechos en ella reconocidos. Así las cosas, el sentido último de los derechos de todos, y también el de las normas de la constitución en general, sería, no el que la mayoría política promueva, sino el que determinen los miembros del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas del legislativo.¹¹ Y es que en una sociedad democrática no parece que haya muchos motivos para desconfiar del legislador ni para suponerle una amenaza constante a los derechos y de todos reconocidos en la constitución. Existen algunos buenos motivos, más bien, para ser deferente¹² con el legislador democrático y con el sentido que éste, como representante de la mayoría ciudadana, postule para los derechos constitucionales y sus correlativos deberes a través de las leyes. De otro lado, hay que tener en cuenta que aunque consideremos que el pacto constitucional es el que contiene las líneas maestras de nuestros derechos y que son éstas las que condicionan las decisiones de los jueces constitucionales, éstos se ven en la necesidad de salvar la brecha interpretativa que media entre las cláusulas que recogen los derechos y sus decisiones. Esta actualización es una responsabilidad que, en una sociedad democrática por afectar al conjunto de sus miembros, habría de ser

¹⁰ Cualquier ciudadano se sentiría legítimamente molesto si su generación no pudiera decidir ni aun por mayoría en qué condiciones se ejerce el derecho al aborto, por el hecho de que muchos años atrás, quizás en unas condiciones políticas y sociales que poco o nada tienen que ver con las actuales, esa cuestión ya fue decidida y atrincherada en la constitución.

¹¹ Bickel (1962, p. 16) – en una de las obras clave de este debate – sintetizaba magistralmente esta objeción al advertir que “la dificultad radical es que el control de constitucionalidad (judicial review) es en nuestro sistema una fuerza contramayoritaria. Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”.

¹² Uno de los más firmes partidarios de la tesis de la deferencia hacia las decisiones del legislador democrático fue J.B. Thayer para quien los jueces constitucionales no deberían invalidar o inaplicar todas las leyes que consideren inconstitucionales, sino sólo aquellas que lo sean de un modo manifiesto, más allá de toda duda razonable. Una declaración de inconstitucionalidad en un hipotético tribunal constitucional thayeriano precisaría, por tanto, en buena lógica, la unanimidad de todos sus miembros, pues tampoco parece razonable suponer que la minoría que disintiera de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad se posiciona irracionalmente (Las referencias a las tesis de Thayer las tomo de Ferreres 1997, pp. 144, ss. Una interesante investigación sobre la posibilidad y rasgos de este constitucional thayeriano en Lora 2000, pp. 49, ss).

ejercida por todos, sin que se comprenda bien por qué ha de ser una minoría de individuos no electos o cuyo vínculo con el electorado es más bien tenue, quienes hayan de tener la última palabra sobre el diseño definitivo del contenido y los límites de los derechos de todos reconocidos en la constitución.

2 Algunas Propuestas de Superación y sus Límites

Creo que el sentido de la objeción contramayoritaria ha quedado sucintamente expresado. Ahora toca analizar por qué medios o mediante qué argumentos es posible sortear dicha objeción. Las propuestas más recurrentes han sido agrupadas en cinco bloques: los tres primeros toman en serio la objeción contramayoritaria, pero afirman que posible superarla, mientras que los partidarios de los dos últimos sostienen que la tensión entre los ideales del constitucionalismo y los democráticos es meramente aparente.

2.1 La constitución de detalle

Esta tesis no niega el carácter tendencialmente contramayoritario del constitucionalismo, aunque considera que la tensión es superable, es decir, que es posible apaciguar la relación entre democracia y límites constitucionales, al menos en algunas de sus facetas. Su punto de partida podría sustanciarse en las siguientes afirmaciones: el problema del carácter contramayoritario del control de constitucionalidad reside en el riesgo de que el juez constitucional, al fundar sus decisiones en disposiciones constitucionales abstractas, vagas o controvertidas, pueda suplantar la interpretación de la constitución del legislador democrático por una personal y orientada por sus propios valores; ahora bien, este riesgo podría evitarse si se restringiera al máximo, o incluso si se suprimiese la discrecionalidad de la interpretación constitucional, componiendo las constituciones sólo y exclusivamente mediante cláusulas muy precisas cuyo sentido sea claro e incontrovertible.¹³

Este último principio normativo desplegaría sus efectos al menos en dos frentes: en primer lugar, frente al propio poder constituyente que debiera abstenerse de incluir en la constitución cláusulas genéricas, abiertas, vagas o de emplear conceptos esencialmente controvertidos; y, en segundo lugar, frente al propio órgano de control de constitucionalidad, pues si la constitución contuviese cláusulas genéricas, los jueces constitucionales no deberían recurrir a ellas, ni directa ni indirectamente, para

¹³ El modelo de constitución implícito en la propuesta de constitucional kelseniano (Kelsen 1928, pp. 109, ss.) es quizás el mejor exponente de esta propuesta. Un análisis esclarecedor de la constitución de detalle como posicionamiento teórico en el debate que nos ocupa en Ferreres 1997, pp. 79, ss.

fundar las declaraciones de inconstitucionalidad o para alterar la interpretación de las normas constitucionales decantada por el legislador democrático a través de las leyes.¹⁴ En estas condiciones, la anulación por parte del órgano de control de constitucionalidad de una ley aprobada por el legislador democrático dejaría de ser problemática, pues si la interpretación constitucional es incontrovertida por basarse en disposiciones constitucionales claras y de sentido unívoco, sería posible que los jueces constitucionales, frente a las críticas que se les formularan, dijese aquello de no fuimos nosotros, sino vosotros los que lo hicisteis

Obviamente la tesis tiene algunas limitaciones evidentes:

a. Va dirigida únicamente al control de constitucionalidad de las leyes.

b. La tesis presupone la legitimidad democrática de las normas constitucionales, aun cabría decir, la *mayor* o *mejor* legitimidad democrática de las normas aprobadas por el constituyente, es decir, se presupone que la Constitución refleja la voluntad popular más intensamente que las leyes aprobadas por el Parlamento según el procedimiento ordinario (Ferrerres 1997:79). Ahora bien esta presuposición no siempre es cierta: podría ocurrir que la constitución no hubiese contado con respaldo popular alguno y, por tanto, que carezca de legitimidad democrática si, por ejemplo, fuese una constitución *octroyée*. También pudiera suceder que el respaldo popular que tuviese la ley contraria a las cláusulas constitucionales fuera mayor que el que en su día tuvieron estas últimas o incluso que el que tienen actualmente.

c. Y, por último, hay que tener en cuenta el argumento de la *tiranía del pasado* antes comentado: la mayoría que aprobó la constitución ata a las mayorías futuras y les impone limitaciones a la hora de deliberar y decidir que coartan su capacidad para autogobernarse. Además, hay que tener en cuenta que estas limitaciones son tanto más intensas cuanto más específicas, lo que no ocurre con las disposiciones genéricas que, aun rígidas, al menos, son susceptibles de actualizaciones interpretativas lo que permite su adaptación a nuevos intereses o sensibilidades socialmente mayoritarias.

2.2 La constitución de principios

Esta tesis es similar a la anterior en lo que tiene de intento de compatibilizar democracia y constitucionalismo, pero procede en un sentido claramente distinto: si el problema al que nos enfrentamos al correlacionar democracia y constitucionalismo es que la mayoría que respaldó una constitución, al redactarla mediante cláusulas específicas y gravar o vetar su reforma, ata a las mayorías posteriores y limita su

¹⁴ Ferreres (1997, pp. 81-92) desglosa esta segunda obligación en otras tres más específicas: 1) el juez no debe utilizar como parámetros de validez de la ley las cláusulas abstractas que la constitución pudiera incluir; 2) no debe extender por analogía las cláusulas específicas recurriendo a principios abstractos subyacentes y 3) no debe interpretar las intenciones históricas del poder constituyente desde un elevado nivel de abstracción.

capacidad de autogobierno, podría darse por superado si la constitución es redactada mediante principios, esto es, mediante disposiciones abiertas o abstractas cuyo sentido pudiera ser actualizado conforme a los valores de cada generación.¹⁵

Una constitución de principios es efectivamente una constitución que soporta mejor el paso del tiempo que la constitución de detalle o de reglas.¹⁶ El consenso de las sucesivas generaciones en torno a un texto constitucional que contuviese una serie extensa de principios y valores –como la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona, la justicia, etc.–, sin concretar su contenido, es fácilmente presumible y también alcanzable. Ninguna generación se sentiría atada o vinculada por otra pretérita y cualquiera de ellas podría, al actualizar la constitución mediante decisiones legislativas, satisfacer las exigencias del ideal de su autogobierno.

Sin embargo una constitución de principios no está exenta de problemas:

a. La propuesta sólo permite la superación del argumento de la tiranía del pasado: el legislador democrático no se sentiría coartado ni limitado en su capacidad de decisión y deliberación y tampoco habría problemas con la rigidez constitucional, pues no hay motivos para suponer que una mayoría (simple) quisiese suprimir las invocaciones a valores como la justicia o la libertad.

b. Sin embargo, el problema ahora se desplaza de la rigidez de la constitución –frente a la reforma o la actualización legislativa– hacia el control de constitucionalidad: si el órgano competente para el control puede recurrir a estas cláusulas y, dándoles un contenido específico, fundar en ellas la inconstitucionalidad de las normas aprobadas por el legislador, entonces se hace acreedor de todas las objeciones que conforman el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad.

c. Por otra parte aun cabría cuestionar que una constitución redactada en estos términos satisficiera siquiera mínimamente el ideal del constitucionalismo democrático que estamos manejando a lo largo de todo este trabajo. Y es que muy pocos límites a la decisión puramente mayoritaria pueden ser impuestos mediante principios,¹⁷ con lo que la alternativa es clara: o es el tribunal constitucional el que da sentido concreto a las disposiciones de la constitución y se impone frente al legislador democrático o lo hace éste a través de sus propios valores que, se supone, responden

¹⁵ Quizá sea el moral reading de Dworkin el mejor exponente de esta tesis, aunque, como veremos más adelante, la opción por las normas–principios es consecuencia de una previa opción por valores morales y políticos, lo que lo coloca en otra de las clasificaciones a partir de las que se estructura esta exposición.

¹⁶ Una exposición, sucinta pero esclarecedora, de esta teoría en Ferreres 2000, pp. 33-36, quien también se muestra favorable a que las cláusulas constitucionales presenten un cierto grado de abstracción.

¹⁷ Bayón (2000, p. 84) añade que esta circunstancia es consecuencia de la indeterminación de nuestras propias concepciones acerca del contenido y los límites del coto vedado: deliberadamente formulamos las normas constitucionales en modo ambiguo o vago, porque no sabríamos hacerlo de modo más preciso sin comprometernos con reglas cuya aplicación quizás no deseásemos en situaciones que no podemos prever de antemano.

a los de la mayoría que lo eligió. En el primer caso, la tensión con el principio democrático se hace casi insoportable; en el segundo, las exigencias del constitucionalismo en lo que al sometimiento del poder legislativo a unos precisos límites inspirados en los derechos de los ciudadanos o en valores como la libertad o la igualdad, no llegan a quedar satisfechas.

2.3 La constitución procedimental

Otra de las posibles fórmulas concilian al constitucionalismo con el ideal democrático es la opción por una constitución procedimental.¹⁸ Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad sería legítimo, incluso a la luz de los ideales de la democracia, si se orienta a proteger las condiciones del propio proceso democrático. Igualmente, la rigidez constitucional que conduce al coto vedado podría considerarse legítima si lo vedado son precisamente los derechos y condiciones necesarios para considerar democrática a la comunidad de que se trate.¹⁹

El más afamado representante de estas tesis es John Hart Ely quien, en su *Democracia y desconfianza*, sostiene que la opción por unos concretos valores o su imposición no es la única finalidad posible de la constitución ni el fin último del control de constitucionalidad (Ely 1980:99). Analizando e interpretando las cláusulas de la constitución americana, afirma Ely (pp.114-127) que es fundamentalmente *procedimental*, lo que significa que: a) se refiere a los procedimientos y derechos que aseguran que las decisiones sobre derechos y valores se adoptarán democráticamente; b) contiene y garantiza una forma de gobernarse y no una ideología concreta; y c) no debe de contener derechos ni proclamar valores de corte sustancial, ya que este tipo de determinaciones ha de ser efectuado por los representantes elegidos por los ciudadanos (p. 130).

En cuanto al control de constitucionalidad habría de limitarse a *vigilar el proceso legislativo* protegiendo de modo estricto derechos cuyo disfrute es condición necesaria del funcionamiento de un proceso democrático abierto y efectivo (Ely, 1980, p. 133) y evitando la discriminación de los individuos, fundamentalmente de quienes, por formar parte de minorías discretas e insulares, son habitualmente víctimas de discriminación (pp. 167, ss.). Los jueces constitucionales deben mantener abierto el proceso político y corregir las discriminaciones que afecten a las minorías,²⁰ pero no

¹⁸ Ferreres, 1997, pp. 53, ss.

Ahí también un excelente análisis de esta apuesta teórica.

¹⁹ Es más, como ha demostrado convincentemente Bayón (2000, p. 81), tomando en serio el valor de la democracia y si se quiere evitar una versión autocomprensiva de la regla de la mayoría que no permitiría evitar el suicidio democrático y que daría carta de legitimidad a cualquier decisión adoptada mayoritariamente, el núcleo mínimo común de las reglas definitorias del procedimiento democrático debería estar atrincherado constitucionalmente e incluso vetada su reforma.

²⁰ Las mayorías, en principio, estarían suficientemente protegidas a partir de la constatación de que los elegidos desean volver a serlo con lo que no parece previsible que fuesen tratadas de modo irrazonable (Ely 1980, p. 103).

deben decidir sobre derechos o valores sustanciales. Está justificada entonces la intervención del juez frente a las leyes que restrinjan la participación política – libertad de expresión, participación y voto – y cuando en el proceso legislativo no hayan tenido la misma consideración los intereses de algunas personas o minorías que, por lo tanto, habrán resultado discriminadas. En lo demás el juez ha de ser deferente con el legislador democrático.

Existen también motivos que permiten sostener que han de ser los jueces los encargados de esta tarea. Ely considera que por ser expertos en procesos y por ser ajenos al juego político, se encuentran mejor cualificados y situados para llevarla a cabo que los poderes públicos representativos o políticos. Mientras que los representantes se encuentran mejor situados para captar los valores socialmente dominantes, los magistrados no electos, por su formación, serían más hábiles para el control de los procedimientos de selección y decisión de esos valores (Ely, 1980, 128).

La propuesta de Ely, pese a su reconocido mérito e interés, no está exenta de numerosas críticas. Sintetizaré aquí algunas.

Waldron, por ejemplo, ha negado que exista una diferencia entre las decisiones referidas a la democracia o a los derechos que a ella se vinculan y otras, como por ejemplo las de justicia social – decisiones sustantivas o sobre valores en la terminología de Ely –, tal que motivase un diferente régimen a la hora de determinar quien tiene la última palabra en cada uno de esos asuntos. Así si un asunto tiene que ser decidido en una comunidad política, cualquier miembro de la comunidad podría pedir su participación en la decisión en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos. Sería del todo absurdo que se rechazase esta petición argumentando que la decisión versa sobre la democracia y que este tipo de asuntos tiene que solventarse por medios distintos a los democráticos (Waldron, 1999, 293). No en vano, recuerda Waldron (p. 296), el auge de las teorías de los derechos en la Edad Moderna estuvo asociado a la toma de conciencia por parte de los individuos de su capacidad para reflexionar sobre los procedimientos que el conocimiento y la deliberación racional comportan. Por ello no es de extrañar que una de las principales cuestiones sobre las que la ciudadanía reclama tener voz es la referida al procedimiento por el que adoptar sus propios acuerdos políticos.

Otro frente de críticas es el abierto en torno a la interpretación del derecho a no ser discriminado. Ely ofrece una interpretación procedimental de este derecho según la cual garantizaría únicamente que durante el proceso legislativo no se han minusvalorado los intereses de determinados grupos de personas como consecuencia de los prejuicios que existan en su contra. Las clasificaciones que lleve a cabo el legislador y que impliquen un trato desigual a individuos o grupos de individuos, no serían ilegítimas si durante el proceso legislativo se han sopesado con igual consideración los intereses de todos, sin que, obviamente, esto obligue a satisfacerlos (Ferreres, 1997, 59). Esta reconstrucción del derecho a no ser discriminado es difícilmente sostenible, pues o bien queda vacío de contenido al autorizarse cualquier discriminación frente a cualquier grupo siempre y cuando éste haya tenido ocasión de expresar sus intereses en el proceso legislativo, al margen de que hayan sido finalmente

conculcados, o bien se da cabida a consideraciones sustanciales para evitar discriminaciones groseras y que no dejarían de serlo por el mero hecho de haber antes oído a los luego discriminados (p. 62–64).

Un planteamiento similar es el de Gargarella (1996, 156) quien advierte que la propuesta de Ely resulta objetable “al estar más preocupada por la expresión de las distintas preferencias existentes en la sociedad que por el contenido mismo de tales preferencias”. Frente a esta lectura propugna otra basada en la idea de que el sistema político ha de asegurar que predomine la postura más razonable y no simplemente la que alcance mayor número de votos, lo que exige, no abandonar la regla de la mayoría, sino “perfeccionarla: así, por ejemplo, a través de mecanismos que favorezcan que los distintos grupos “depuren” sus posibles prejuicios, que los obliguen a presentar sus argumentos de forma aceptable para los demás, o que les fuercen a responder a las observaciones y las críticas que los otros les hagan”.

2.4 La excelencia constituyente: el dualismo democrático

Bruce Ackerman (1991, p. 6,ss)²¹ ha negado que exista oposición alguna entre democracia y constitución, al menos, en un modelo singular de democracia que él describe y al que denomina *democracia dualista*.

En la democracia dualista existen dos tipos de decisiones políticas: las primeras son las adoptadas por el pueblo mismo en los momentos denominados constitucionales, es decir, momentos en los que un gran número de ciudadanos es sabedor de la seriedad del asunto que se discute, en los que los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su opinión y, por último, en los que existe una mayoría partidaria de una determinada solución o decisión para el asunto en cuestión. Las segundas decisiones son las adoptadas por los representantes del pueblo, esto es, las de los momentos de política ordinaria. En estos momentos, no existe el debate ni la movilización popular que se verifican en los momentos constitucionales y el electorado confía al gobierno la gestión de los asuntos públicos y éste, legitimado por el mandato popular correspondiente, toma las decisiones que estime más convenientes. Ni la ausencia de debate ni la de movilización vician necesariamente las decisiones adoptadas por el gobierno en estos casos: la decisión goza de plena legitimidad democrática si se dan unas condiciones que aseguren la responsabilidad y la dedicación al interés público de los miembros de los gobiernos democráticos. Lo que, sin embargo, no puede hacer de ningún modo un gobierno electo es arrogarse en la facultad de adoptar decisiones constitucionales o invalidar las decisiones ya tomadas por el pueblo mismo en momentos constitucionales anteriores. Si desea hacerlo, ha de lograr forjar un momento constitucional movilizando a los ciudadanos, concienciándolos de la seriedad del asunto e incentivándolos a la participación en el debate y la decisión correspondiente.²²

²¹ En idéntico sentido Ackerman y Rosenkrantz, 1991, pp. 16-21.

²² Los momentos constitucionales no siempre se sustentan en reformas formales del texto constitucional. Cambios legislativos profundos, como los acaecidos por la puesta en marcha del New Deal de Roosevelt, también serían ejemplos de este tipo de momentos.

La alternativa a la anterior es la *democracia monista*²³ que se basa en la idea de que gobierna quien ha sido elegido para tal fin por el pueblo en las correspondientes elecciones; el gobierno así elegido disfruta de plena autoridad para implementar su política y cambiar el derecho. Cualquier contrapeso o límite de esta autoridad es juzgado por los *monistas* como sospechoso de antidemocrático. La actuación, frente a las decisiones del órgano legislativo que goce de la legitimidad popular para gobernar, de otro órgano, como una cámara de segunda lectura o un tribunal con potestad para anular o inaplicar normas del órgano de gobierno electo, es vista como algo tendencial o manifiestamente antidemocrático.

Como hemos visto, un dualista no considera que el gobierno electo tenga competencia para tomar cualquier tipo de decisión ni ve a todas y cada una de las medidas del gobierno electo como decisiones coherentes con el sentido expresado por el Pueblo en los momentos constitucionales. De este modo, admitido este doble plano de la acción política, la actuación de un tribunal o de cualquier otro órgano con capacidad para cuestionar la validez de las decisiones del gobierno electo cobra sentido: en un modelo dualista estos órganos sirven para mantener la integridad del derecho constitucional frente a los intentos del gobierno de regular mediante decisiones legislativas ordinarias cuestiones de entidad constitucional que requerirían la formación de un momento constitucional y la intervención directa del Pueblo.²⁴ Un órgano como el Tribunal Supremo americano o como cualquier tribunal constitucional con competencia para el control de constitucionalidad de las leyes es, por lo tanto, no ya una fuerza tendencialmente antidemocrática, sino un ingrediente básico de cualquier régimen democrático bien ordenado (Ackerman 1991, pp. 8-10). Claro está, sin embargo, que el órgano en cuestión no puede revocar cualquier decisión de la legislatura: no

²³ Junto a estos dos, un tercer modelo de democracia, aunque en cierto sentido imperfecto, es el del fundamentalismo constitucional o de los derechos. Este modelo, que queda ejemplificado por referencia a la Constitución de Alemania, se opone sustancialmente a los anteriores porque no admite que la voluntad popular pueda alterar los principios constitucionales básicos. Dualismo y monismo admitían esa posibilidad, si bien difieren en lo referente al procedimiento para llevarla a cabo: el monismo toleraría que se llevase a efecto incluso por el órgano legislativo en momentos de política corriente u ordinaria, mientras que el dualismo exigiría la intervención activa del Pueblo en uno de esos raros momentos de política constitucional. El fundamentalismo constitucional, sin embargo, pese a su compromiso con la democracia, considera que una serie de derechos o principios básicos están fuera del alcance de la decisión democrática, fuera, por lo tanto, del alcance del Pueblo (Ackerman 1991, pp. 10-16 y Ackerman y Rosenkrantz 1991, pp. 22-26).

²⁴ Un argumento semejante el de Freeman (1991, pp. 359-360) para quien la voluntad popular tiene su más clara y más original expresión en la constitución democrática y no hay nada en el acuerdo sobre el que ésta se funda que exija delegar a quienes tienen poder para producir las normas ordinarias la autoridad final para decidir la naturaleza o el alcance de las condiciones constitucionales de su validez. De este modo, más que el ejercicio de un poder ordinario – como lo es la interpretación y aplicación del derecho para el judicial –, el control de constitucionalidad de las leyes es un poder de conservación. Con el ejercicio del control de constitucionalidad se vela para que ningún poder vaya más allá de los límites que la constitución le ha impuesto y para que ejerza las funciones que constitucionalmente se le han atribuido.

podrá hacerlo respecto de aquellas medidas que hayan sido el resultado de un momento constitucional, aunque formalmente emitidas por el legislativo, pues en este caso sí que actuaría contramayoritariamente. Al juez constitucional, por tanto, sólo se le exige que sepa discriminar entre las decisiones constitucionales, no sujetas a control y las decisiones de política ordinaria, cuya adecuación a las primeras es una necesidad para el buen funcionamiento del sistema democrático.

La tesis es atractiva, pero se sustenta, entre otras, sobre ciertas afirmaciones empíricas que no soportan demasiado bien su contraste con la realidad de los hechos, lo que debilita mucho su fundamento. No es siempre cierto que los procesos constituyentes sean momentos de excelencia política, plenos de deliberación o moderación y a través de los que siempre se alcanzan soluciones esclarecidas a problemas complejos que parecían irresolubles. Como bien advierte Laporta (2001, p. 464), es frecuente que en los procesos constituyentes las fuerzas sociales, políticas o económicas pugnen por incluir en la constitución una garantía rígida para sus intereses o un reconocimiento de lo que a la postre no son sino sus propios prejuicios. Tampoco es siempre cierto que en los momentos de actividad legislativa corriente u ordinaria se muestre la política con su peor cara y que las decisiones de los legislativos sólo vengan motivadas por intereses ocultos y por prejuicios sectarios.

Hay una segunda objeción de alcance: aun admitiendo que existan dos distintos niveles de decisión política, podríamos cuestionar que sea el poder judicial el mejor situado para captar el auténtico sentido de las decisiones constitucionales a causa, fundamentalmente, de su relativo aislamiento de las mayorías que las respaldaron (Gargarella 1996, p. 140.). Y es que parece obvio que de la afirmación de que ciertas decisiones son más *altas* que otras por ser constitucionales, no se sigue la necesidad de que exista un órgano – precisamente – judicial encargado de velar por la correspondencia de las segundas a las primeras. La atribución del control de constitucionalidad de las leyes a órganos judicial o cuasijudiciales seguiría pendiente de justificación.

2.5 Objeciones basadas en los valores que fundamentan la democracia

Agrupo en este epígrafe a un conjunto de teorías que niegan que exista cualquier oposición entre los conceptos referidos en la expresión “democracia constitucional” tras operar una relectura de los valores sobre los que se asentaría la democracia que la aleja de la confrontación con el constitucionalismo.

2.5.1 Ronald Dworkin: lectura moral de la constitución y democracia sustancial

El posicionamiento de Dworkin acerca de la función de la constitución, la legitimidad y alcance de la *judicial review* y sus relaciones con el componente democrático de los Estados y con sus poderes representativos puede localizarse en

una de sus últimas propuestas teóricas y políticas: el denominado *moral reading* o lectura moral de la constitución. La tesis básica de la lectura moral de la constitución nos obliga a vincular a los derechos presentes en las constituciones de los Estados occidentales con ciertos principios de justicia y excelencia política que, una vez incorporados a la constitución, actúan como límites al poder de los gobiernos. De este modo, la moralidad queda colocada en el corazón del derecho constitucional actual: las cláusulas características de las constituciones de los países occidentales que reconocen derechos estarían en relación con valores que se sintetizarían en la igualdad moral de los individuos. A partir de estos valores podrían deducirse requerimientos concretos a los poderes públicos, vinculados con su genérico deber de tratar a todos aquellos que están bajo su autoridad como sujetos dotados de un igual estatus moral y político, lo que equivale a tratarlos con igual consideración y respetar las libertades individuales indispensables para lograr sus fines (Dworkin 1996, pp. 2. 7-8).

Ahora bien, la moralidad política es una cuestión controvertida, por lo que todo sistema institucional debe determinar en qué modo se deciden las controversias que afecten a la interpretación y comprensión de esos principios. En el constitucionalismo americano son los jueces los que ejercen esa potestad y, según Dworkin (1996, pp. 2, 10, ss.), las cosas deberían seguir siendo así. El motivo básico – además del rechazo, que ahora analizaremos, a las versiones mayoritaristas de la democracia – no es muy satisfactorio: Dworkin (1986, p. 356) cree que la sociedad norteamericana es mejor de lo que hubiera sido si se hubiese otorgado a las mayorías políticas la facultad de interpretar los derechos de la constitución.

Sin embargo, la lectura moral de la constitución no es indiferente al modo en que los jueces ejerzan esta delicada labor. En particular, está proscrito por la lectura moral que impongan sus propios planteamientos éticos. Aunque es innegable que tienen sus propias convicciones, los jueces deben verse a sí mismos como actores, como piezas de un engranaje mayor del que también forman parte otros jueces y autoridades presentes, pasadas y futuras. Todos ellos tienen la responsabilidad de construir una moralidad constitucional coherente *para* las normas constitucionales que encaje con la historia y la práctica política y jurídica del país y con los requerimientos de la integridad de las interpretaciones del texto constitucional. La lectura moral impone, por lo tanto, a los jueces la obligación de encontrar la mejor concepción de los principios morales que encaje con la tradición política y jurídica del país (Dworkin 1996, p. 11).

En lo que atañe a la relación de la tesis de la lectura moral de la constitución con los principios democráticos, Dworkin, tras constatar que lo que sea la democracia es una cuestión controvertida y, por ello, abierta, presenta una primera teoría sobre este asunto inspirada por lo que denomina la premisa mayoritaria – *the majoritarian premise* –. Según esta versión de la democracia, todos los procedimientos políticos deben estar diseñados de modo que, al menos en las cuestiones fundamentales, las decisiones adoptadas sean aquellas que corresponden a la mayoría de los ciudadanos o a las que una mayoría de ciudadanos hubiese adoptado si hubiera tenido información

adecuada y tiempo suficiente para reflexionar. El mayoritarismo no rechaza que los ciudadanos tengan importantes derechos morales que debieran ser respetados por las mayorías. Sin embargo, la lectura y los límites de esos derechos, por ser una cuestión controvertida, habría de corresponder a la mayoría misma (Dworkin 1996, pp. 15-16).

Dworkin propone una lectura de la democracia distinta de la que se deriva de la premisa mayoritaria, y a la que denomina *la concepción constitucional de la democracia* (Dworkin 1996, p. 17). Esta concepción niega que sea un rasgo definitorio de la democracia el que las decisiones políticas tengan que ser las mayoritarias, aunque lo sean de parte de una mayoría de ciudadanos en una situación de información y deliberación perfectas. El espíritu de la democracia apuntaría más bien a que las decisiones sean adoptadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas presupongan un tratamiento con igual consideración y respeto para cada uno de los miembros de la comunidad. La democracia sería, por tanto, gobierno conforme a los requerimientos de la igualdad de estatus de todos los ciudadanos. En consecuencia, no estaría vetado que, en determinadas ocasiones, cuando este objetivo sea mejor protegido o alcanzable mediante procedimientos distintos a los puramente mayoritarios, se proceda en un sentido distinto sin que ello suponga ni traicionar la esencia de la democracia ni tampoco un lamentable coste moral.²⁵

²⁵ También Freeman se refiere a dos teorías sobre la democracia. Según la primera, puramente procedimental, la democracia no sería sino una forma de decisión política en la que se reconoce la igualdad de derechos de participación e influencia en los procesos que dan lugar a las leyes y las políticas públicas, y donde las decisiones se conforman en conformidad con la regla de la mayoría simple. Bajo esta concepción no serían admisibles restricciones sustantivas sobre los resultados de determinaciones legislativas, como por ejemplo, los derechos necesarios para permitir el funcionamiento de los propios procedimientos de decisión (Freeman 1991, pp. 335-336). La segunda teoría considera que la democracia incluye requerimientos sustantivos que afectan al contenido de las leyes producidas y aplicadas. Sin embargo, esta teoría de la democracia admitiría dos lecturas alternativas: a) la que estimase que el alcance de estas restricciones debe ser decidido por el poder legislativo en tanto que órgano representativo; y b) la que estima que se consiguen mejores resultados si es un órgano distinto del representativo el competente para interpretar el alcance de los límites constitucionales al poder legislativo. Como Dworkin, Freeman apuesta por el segundo modelo, al que denomina democracia constitucional. En este sistema existe una constitución democrática justa que contiene derechos y procedimientos que definen el principio de igual participación, derechos políticos para todos, procedimientos para la representación y para la elección de los cargos públicos y todos los derechos que sean necesarios para que se pueda llevar a cabo libremente y con la información necesaria la deliberación y la discusión políticas. El principio de igual participación política no exige, sin embargo, universalizar el uso de la regla de la mayoría simple, pues cualquier otra regla de decisión cualificada en la que las personas están simétricamente situadas en los procedimientos de decisión, es compatible con la igualdad de derechos de participación. Existen buenas razones para elegir la regla de la mayoría como regla de decisión política, pero éste es uno más de los diversos acuerdos constitucionales posibles entre individuos libres, iguales y racionales (pp. 350-351). Junto a él hay otros: en particular los dirigidos a asegurar que los procedimientos legislativos ordinarios no comprometan la soberanía de cada cual dañando los derechos y libertades necesarios para que cada persona libre consiga su propio beneficio. Esta circunstancia justificaría la existencia de restricciones constitucionales fundadas en los derechos y

La democracia no debe de ser confundida con la regla de la mayoría, pues en una genuina democracia, la libertad y las minorías están garantizadas mediante una constitución escrita que el parlamento no puede cambiar cuando estime necesario poner en marcha tal o cual política. A juicio de Dworkin (1996, pp. 354-355), la existencia de un catálogo derechos y la atribución de competencia a los jueces – no electos ni sujetos al control o influencia de los partidos políticos – para su interpretación y para hacerlos efectivos son mecanismos hábiles para lograr el fin último de la democracia. Ni el atrincheramiento de los derechos ni la posibilidad de que los jueces los apliquen, incluso frente a actos del poder legislativo, son medidas antidemocráticas. Los motivos vendrían dados por lo que Dworkin (pp. 32-35) denomina *results driven test*, esto es, un test orientado a los resultados según el cual la mejor estructura institucional de gobierno es aquella calculada para alcanzar la mejor respuesta a la pregunta acerca de cuáles sean las condiciones de la democracia y también para asegurar y estabilizar esas condiciones. Así, si el problema que se plantea es quién ha de tener la última palabra acerca de los derechos que tenemos o sus límites o sobre la mejor actualización de los valores básicos de nuestra constitución a un problema concreto, para Dworkin la respuesta es clara: han de ser los jueces. Si su decisión de invalidar una decisión del legislativo es correcta se habrá favorecido la democracia; y si el tribunal no interviene ante una medida inconstitucional, todos habrán perdido algo y algún menoscabo se habrá producido a la democracia. Quedaría, por último, la posibilidad de que el tribunal mismo se equivocase, si bien, ésta sería simétrica a la posibilidad de error del parlamento. La conclusión final es obvia para Dworkin (p. 33): la premisa mayoritaria inspira una versión puramente estadística o mayoritarista de la democracia que debe ser abandonada.

2.5.2 Los dos modelos de democracia de Luigi Ferrajoli.

Ferrajoli también niega que exista algún tipo de contraposición o de tensión insostenible entre el componente democrático de los sistemas políticos y la posible constitucionalización de una serie de derechos que actúen como límite a las decisiones mayoritarias. El punto de partida de sus tesis es la distinción entre dos modelos de Estado de derecho: a) el Estado de derecho en un sentido lato, débil o formal que se refiere a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y a través de los procedimientos legalmente establecidos; b) el Estado de derecho en sentido fuerte o sustancial que designa a aquellos sistemas en los que los poderes públicos están sujetos a la ley y, por tanto, limitados por ella, no sólo en lo relativo a las formas o procedimientos de ejercicio, sino también en los contenidos.²⁶

los principios de justicia básicos, como por ejemplo un catálogo de derechos reconocido constitucionalmente y excluido de la agenda política ordinaria (p. 352).

²⁶ Ferrajoli, 1989, pp. 856-857 y también 2003, p. 13.

Los actuales Estados constitucionales de derecho se corresponden con el ideal del Estado de derecho en sentido fuerte. Estos modelos de Estado, nacidos de las modernas constituciones, se caracterizan a) en el plano formal porque todos los poderes públicos están subordinados a leyes generales y abstractas que disciplinan su ejercicio y porque esta subordinación está sometida a control jurisdiccional; y b) en un plano sustancial “por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (Ferrajoli, 1989, pp. 855-856).

La incorporación limitativa de los derechos en el modelo de Ferrajoli es particularmente intensa, pues, como se ha visto, se manifiesta, no ya a través de principios o directrices más o menos genéricos, sino a través de normas de mandato, esto es, obligaciones y prohibiciones dirigidas a los poderes públicos, también al legislador democrático, directamente exigibles por los ciudadanos ante los jueces.

La relación de estas *normas* limitadoras con la democracia se articula a partir de la distinción entre condiciones formales y sustanciales de validez del derecho. Mientras que los derechos de libertad y los sociales actúan como condiciones sustanciales de validez del derecho, las normas que configuran el funcionamiento democrático de un Estado apuntan más bien al *quién* y al *cómo* se decide, pero no al *qué* que viene determinado por las reglas del primer tipo. Existe, a juicio de Ferrajoli (1989, p. 859) una clara primacía axiológica de las reglas del Estado de derecho respecto de las del Estado democrático: “la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa. La primera regla de todo pacto constituyente sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. (...) Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado”.

En este punto ya podemos distinguir entre dos modelos de democracia: la formal y la sustancial. Es una *democracia formal* el Estado político representativo basado en el principio de la mayoría como fuente de legitimidad y una *democracia sustantiva* aquel Estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto referidas a los derechos de libertad como a los sociales (Ferrajoli, 1989, p. 864). En el Estado político representativo o *democracia formal*, el principio mayoritario es fuente absoluta de legalidad; la soberanía está residenciada en el pueblo y se expresa libremente, sin otro límite a la validez de sus decisiones que el ser expresión de la voluntad mayoritaria de los miembros de la comunidad política. Por el contrario, el modelo de *democracia sustancial* está formado por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho y, por lo tanto, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos.

En un modelo de democracia sustancial no existe tensión ni oposición entre los límites impuestos al poder de decisión de las mayorías y los ideales democráticos, antes al contrario, en un Estado constitucional y democrático el componente constitucional limita, pero también *completa* al democrático, pues las obligaciones y prohibiciones en que los derechos se sustentan son garantías frente a los abusos de los poderes que, de otro modo, podrían arrollar, además de a los derechos, al propio procedimiento democrático (Ferrajoli, 2003, p. 19). Así las cosas, la expansión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes democráticos y burocráticos, públicos y privados para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar su mayor efectividad, es una forma de expandir la democracia (Ferrajoli, 1989, p. 865).

3 Las Tesis de Jeremy Waldron

Recientemente Jeremy Waldron ha replanteado con vigor muchos de los argumentos de la clásica *objeción contramayoritaria* y ha dirigido sus críticas específicamente a tesis como las últimas que acabamos de analizar, lo que ha contribuido a revitalizar un debate nunca cerrado. Hay, a mi juicio, dos elementos novedosos en las tesis waldronianas.

El primero supone que Waldron, lejos de oponer democracia y constitucionalismo o derechos, formula la objeción contramayoritaria desde el mismo ideal moral en que los derechos se inspiran. Efectivamente, para Waldron (1999, p. 282) no hay una oposición entre el ideal de los derechos y el de la democracia y "si hay una objeción contramayoritaria al control judicial de las leyes, debe ser también una objeción basada en los derechos". Democracia y derechos tienen el mismo presupuesto: la autonomía o capacidad moral del individuo, ya que la identificación de un individuo como portador de derechos denota una cierta confianza en las capacidades morales de ese sujeto, en particular, su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los de los otros y para deliberar y decidir sobre tales cuestiones (p. 251). Por este motivo, los teóricos de los derechos no debieran retratar a los ciudadanos como seres egoístas y potencialmente peligrosos para los derechos propios y ajenos, ya que si así lo hicieran, estarían contrariando los propios presupuestos éticos de la atribución o extensión de los derechos por la que, en general, apuestan.

Un segundo factor es que Waldron elabora sus conclusiones teóricas en contextos en los que los individuos discuten acerca de qué derechos tienen y no en situaciones ideales de consenso generalizado sobre esos derechos y su alcance (Waldron 1993, pp. 31-33). Una hipotética reconstrucción trascendental de un proceso constituyente o de una suerte de contrato social no pasaría por un acuerdo básico sobre ciertos principios de justicia a partir de los que deducir derechos y, de éstos,

procedimientos para la adopción de decisiones que los satisfagan. Antes al contrario, partiría de una situación en la que existe desacuerdo entre individuos sobre qué derechos tienen y sobre otras cuestiones morales relevantes; precisamente por este motivo, se ven en la necesidad de elegir un método para poner fin a las discusiones y poder adoptar las decisiones y acuerdos precisos para su sostenimiento como grupo social. De ahí, como veremos inmediatamente, la importancia que da Waldron a una teoría de la autoridad que nos indique cómo alcanzar decisiones en contextos de desacuerdo, y de ahí los reproches a los filósofos del derecho y de la política por el poco interés que a estas cuestiones han prestado (p. 34).

Para exponer las tesis de Waldron intentaré clasificar sus argumentos en tres grupos,²⁷ según vayan dirigidos contra la juridificación y constitucionalización de los derechos – esto es a la conveniencia de catalogar jurídicamente los derechos del *coto vedado moral* –, contra la rigidez constitucional o contra el control de constitucionalidad de las leyes.

3.1 Objeciones a la juridificación y a la constitucionalización de los derechos

Aceptemos como premisa que los ciudadanos son titulares de ciertos derechos de naturaleza moral y que la garantía de esos derechos requiere alguna acción jurídica, ¿debemos recogerlos en formulaciones legales específicas y proclamarlos formalmente en algún catálogo de derechos o, por el contrario, debemos dejar que evolucionen informalmente a partir del diálogo entre ciudadanos, representantes y autoridades? (Waldron 1993, p. 18). Waldron rechaza la canonización jurídica de los derechos y para justificar su negativa aduce los siguientes motivos.

En primer lugar rechaza que toda teoría de la justicia tenga necesariamente que expresarse siempre en términos de derechos. Una teoría moral puede formular sus premisas más básicas en términos de derechos morales y, sin embargo, a partir de ahí y en sucesivas derivaciones, podría concretarse en premisas que hicieran efectivos aquellos derechos sin llegar a estar formuladas ellas mismas en términos de derechos (Waldron 1993, pp. 21-22). Entonces, del hecho de que las premisas básicas (o algunas derivadas de orden superior) de una teoría moral estén formuladas en términos de derechos, no se sigue que las premisas derivadas últimas expresen mejor los requerimientos normativos de la teoría si se formulan también en esos mismos términos.

También niega Waldron que exista una conexión necesaria entre tener un derecho moral y deber ser titular de un derecho de naturaleza jurídica. Waldron (1999, pp. 218-219) cree que a partir de un derecho moral como mucho sería posible extraer una demanda referida al reconocimiento legal del derecho, pero no un derecho de naturaleza jurídica en sí, ni tampoco el modo en que el derecho debiera ser jurídicamente

²⁷ En la medida de lo posible, pues todos ellos tienen los mismos fundamentos teóricos y, por este motivo, aparecen generalmente entrelazados en los escritos de Waldron.

establecido. Entonces de la premisa “P tiene derecho moral a X” no se seguiría “P (moralmente) debe tener un derecho legal a X” si no más bien “el derecho²⁸ debe ser de modo tal que P logre X”.

No obstante, supongamos – sigue Waldron (1999, pp. 219–221) – que de un derecho moral se derivase la titularidad de un derecho de naturaleza jurídica ¿habría de ser un derecho de rango constitucional? La respuesta nuevamente es negativa. Es más, quien estuviera interesado en la efectividad del derecho podría rechazar su atrincheramiento constitucional por la pesada carga que supone activar este reconocimiento o también porque, al atrincherarlo, se asume también la carga de no poder variar fácilmente los términos en que es reconocido, su contenido o sus límites. Además cuando un derecho es atrincherado constitucionalmente, se crea una zona de inmunidad legislativa de modo que aquellos que ostentan el derecho hoy obtienen la ventaja adicional de hacer difícil o imposibilitar el cambio de su posición jurídica (p. 221). Recurriendo a la terminología hohfeldiana, todo derecho se expresa a partir de una o algunas posiciones jurídicas activas y sus correlativas pasivas: supongamos que un derecho se plasma en una inmunidad constitucional; en este caso, la correlativa pasiva es la incompetencia de todos los demás ciudadanos para alterar el contenido o los límites del derecho. Suscribir sin vacilar la necesidad de tal incompetencia denota, a juicio de Waldron (pp. 222–223), una cierta dosis de desconfianza hacia el resto de los ciudadanos y sus representantes y también una cierta soberbia personal, porque pone de manifiesto un nivel tal de seguridad en haber captado la esencia del derecho que no se duda en imponerla a todos los demás y blindarla frente a cambios futuros.

Pero si se confía en la autonomía y capacidad moral de los individuos, hasta el punto de basarse en ellas para atribuir o para exigir el reconocimiento de derechos, también parece preciso reconocer a aquellos sujetos un cierto grado de responsabilidad para precisar cuáles son exactamente los límites de los derechos en la relación con los otros: aquellos a los que se atribuyen los derechos son también los mismos a los que las decisiones acerca del contenido o la extensión de los derechos han de ser confiadas. Ésta es una tarea a llevar a cabo fundamentalmente mediante las leyes y como en las democracias los ordenamientos jurídicos van variando a partir de la expresión voluntad mayoritaria de los ciudadanos, la idea de atrincherar constitucionalmente el contenido de un derecho frente a la mayoría no parece casar muy bien con el ideal en que se inspira la propia atribución de derechos²⁹ (Waldron, 1999, p. 223).

²⁸ En el sentido de ordenamiento jurídico.

²⁹ La propuesta parece finalmente orientarse a la constitución de una sociedad deliberativa en la que todo está abierto a la discusión de los ciudadanos y a la decisión por parte de la mayoría. La operatividad de este modelo es un asunto bien complejo y cuyo tratamiento escapa a los límites de este trabajo, pero desde luego sólo parece posible en comunidades muy estables e integradas en torno a un valores éticos precisos. Una investigación del papel de la ética y de la virtud democrática en la relación entre constitucionalismo y democracia en Wallach 2002, pp. 219, ss.

3.2 La objeción contramayoritaria a la rigidez constitucional

Mecanismos como la rigidez constitucional o el control de constitucionalidad pueden ser entendidos como limitaciones que los individuos titulares de derechos, sabedores de la posibilidad de que sus decisiones pudieran ser contrarias a sus propios derechos, se han impuesto deliberada y democráticamente a sí mismos: desde este punto de vista no serían mecanismos autoritarios ni antimayoritarios, sino todo lo contrario, es decir, garantías de los derechos. Además, si la puesta en marcha de tales limitaciones ha sido respaldada mayoritariamente, podría entenderse sorteada la objeción contramayoritaria. Sin embargo, para Waldron (1999, pp. 257-258), la adopción mayoritaria de una decisión no la convierte directamente en una decisión democrática. La mayoría de una comunidad política podría decidir otorgar todo el poder legislativo a un dictador o a un monarca hereditario, sin que de ahí se siga el carácter democrático del gobernante en cuestión ni de sus decisiones. Una cosa es que del hecho de que una mayoría social quiera entregar todo el poder a un dictador se siga que existe al menos una razón para acceder a tal propósito, y otra muy distinta el que por ese simple motivo las dictaduras pasen a ser democráticas.³⁰

Queda por analizar la plausibilidad de una teoría que interpretase la constitución, el coto vedado o el control de constitucionalidad como mecanismos de enfriamiento o de autocontención frente a decisiones políticas precipitadas y potencialmente peligrosas, lo que nos coloca directamente frente a la *teoría del precompromiso*.

Elster (1984, p. 38) se ha referido a diversas situaciones en las que personas se vinculan o precomprometen a sí mismas para resolver el problema de la debilidad de su voluntad: quien quiere adelgazar o dejar de fumar probablemente tome hoy decisiones que lo limitan con la intención de garantizar la efectividad de cierta decisión en un momento posterior. Estas estrategias son usuales entre los seres humanos conscientes tanto de la conveniencia o necesidad de alcanzar ciertos fines como de la debilidad de su voluntad para lograrlo: dejar de fumar, adelgazar, madrugar, no conducir si se ha ingerido alcohol, etc. En las situaciones anteriores es racional tomar la decisión de limitar la libertad actual si así se garantiza o aumenta la probabilidad de llevar a cabo la acción deseada o de lograr el objetivo que se pretende en un momento posterior.

A partir de este dato se puede que dibujar una analogía entre la decisión individual y la colectiva y aceptar que también colectivos de personas pueden tomar la decisión de limitarse ahora para lograr un objetivo reputado valioso o para poder llevar a cabo una determinada acción en el futuro. Como advierte Moreso (2000, p. 37), "si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las

³⁰ Para sortear esta aparente paradoja Waldron se vale de la distinción entre democracia y soberanía popular. Es este último principio el que da fuerza o legitima la decisión de la mayoría de los miembros de una comunidad de tener un gobierno tiránico o dictatorial, pero de ningún modo, éstos son gobiernos democráticos (Waldron, 1999, p. 256).

voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la racionalidad indirectamente". De este modo, sería razonable que los individuos, sabedores del valor de ciertos derechos y del riesgo de que las mayorías políticas vulneren o priven de derechos a las minorías,³¹ saquen a los derechos de la agenda política, los veten frente a la deliberación y a la decisión política o legislativa y los atrincheren en un texto constitucional rígido y normativo. Así las cosas, concluye Moreso, "si nuestra teoría de la justicia establece derechos individuales, entonces es preciso diseñar mecanismos susceptibles de afianzar el respeto de dichos derechos. Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas".

Es más, mediante el recurso a mecanismos como el precompromiso pudiera resultar también ampliado el universo de las cuestiones decidibles por las generaciones inicialmente limitadas en su poder de decisión. Esta paradoja se explica si tenemos en cuenta que al fijar ciertas reglas y procedimientos de decisión, éstos quedan también estabilizados, lo que puede permitir que las generaciones sucesivas amplíen el horizonte de las cuestiones a decidir, ya que quedan liberadas de volver a discutir y consensuar cuestiones de procedimiento y también cuestiones morales extremadamente controvertidas que hubiesen ocupado gran parte de sus esfuerzos y energías. Un buen ejemplo de esta paradoja son precisamente las reglas básicas del procedimiento democrático: al incluirlas en el coto vedado, se evitan las tendencias al *suicidio democrático* de generaciones futuras y se asegura su capacidad para el autogobierno. Y es que "nuestra incapacidad para precomprometer de un modo semiautocrático a nuestros sucesores puede conllevar la destrucción de la democracia" (Holmes 1988, p. 226).

Waldron juzga interesante a la teoría del precompromiso, pero encuentra diversos vectores de crítica que cuestionan su alcance y la plausibilidad de referirla al diseño institucional que hayan de adoptar las comunidades políticas. Veámoslos.

En primer lugar, la aplicabilidad de la teoría del precompromiso individual al colectivo plantea algunos problemas. En el campo individual es posible el ideal del precompromiso representado por lo que Elster (1989, p. 186) denomina *mecanismos causales*, esto es, mecanismos que aseguran en un momento t_1 la producción de un hecho en un momento posterior t_2 poniendo en marcha algún tipo de proceso causal en el mundo externo. El problema de este tipo de mecanismos es su rigidez³² y para evitarla la única salida es confiar en el *juicio de otro*, es decir, invertir a otro en un momento t_1 con la potestad de decidir si cierta conducta que quiere llevar a cabo en un

³¹ A juicio de Moreso (2000, p. 37) "es un hecho que las sociedades humanas en determinadas circunstancias tratan de oprimir a las minorías negando los derechos individuales de sus miembros".

³² Podemos, por ejemplo, dotar a nuestro coche de un alcoholímetro que bloquee su encendido si superamos cierto nivel de alcohol en sangre: sin embargo, este mecanismo causal nos impedirá usar nuestro automóvil, por ejemplo, en una situación de emergencia en la que hay que acudir inmediatamente a un hospital y el conductor supera el nivel marcado.

momento posterior t_2 viola o no la regla a la que nos precomprometimos en t_1 . El coste de este tipo de operaciones es evidente: a diferencia de los mecanismos causales, los mecanismos basados en el juicio no garantizan que la decisión adoptada en t_2 respete siempre las intenciones o la regla a la que los sujetos se precomprometieron en t_1 (Waldron 1999, pp. 262-263). Si la regla precomprometida aparece formulada en términos muy vagos, se expresa mediante disposiciones aparentemente contradictorias o es en sí misma controvertida, el riesgo de que la decisión de t_2 se aleje de lo que realmente se comprometió en t_1 cree desmesuradamente.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del precompromiso colectivo, pues, de un lado, los mecanismos causales no son usuales³³ y, de otro lado, las reglas precomprometidas presentan todas las características antes citadas, con lo que lo que resulta es no es tanto el afianzamiento de la libertad de un agente racional, cuanto la sumisión de A – la mayoría – en un momento t_1 a la decisión, cualquiera que esta sea, que B – unos pocos – adopte en un momento posterior en aplicación de algún o algunos principios muy generales que B, por indicación de A, habría de tomar en consideración. El sistema de gobierno así diseñado lejos de ser un ejemplo del gobierno de la mayoría es, a lo sumo, un caso de gobierno de unos pocos (Waldron 1999, pp. 264-265).

En esta misma línea de crítica, cuestiona Waldron (1999, pp. 265-266) la pertinencia de la justificación de las decisiones posteriores a partir de un precompromiso anterior en los supuestos de precompromiso colectivo y constitucional. En el conocido caso de Ulises atado al mástil de su nave, si en algún momento se plantearan dudas a propósito del alcance del precompromiso –por ejemplo, si éste debiera o no continuar atado hasta superar todas las islas o si se refería sólo a la inmediata–, cabría preguntar al propio Ulises qué fue lo que realmente quiso decir. Esta salida no cabe, sin embargo, en el caso de los precompromisos colectivos o constitucionales en los que desde el principio es poco claro qué fue lo que realmente se precomprometió por parte de la mayoría que aprobó una constitución, con lo que cualquier interpretación posterior no pasa de ser un ejercicio de paternalismo y de interpretación propia de los intereses de otro.

La segunda objeción es la referida a la identidad³⁴ de los sujetos del precompromiso. En el supuesto individual coinciden el agente del precompromiso y del precomprometido – el Ulises – instruyendo – a – la – tripulación y el – Ulises – atado – al – mástil es el mismo sujeto –, pero esta coincidencia no se da en el caso del precompromiso colectivo (Waldron 1999, p. 270): aquí nos encontramos con una mayoría que aprueba una constitución rígida en la que blinda determinadas cuestiones moralmente controvertidas y que precompromete a toda una serie sucesiva de mayorías sociales posteriores vinculadas a las cláusulas constitucionales aprobadas años atrás.³⁵

³³ Waldron (1999, p. 262) menciona como excepción, es decir, como mecanismo causal resultado de un precompromiso colectivo el de la doble llave del armamento nuclear.

³⁴ Así denomina Gargarella (2000, p. 55) a este problema.

³⁵ Conexo a este problema es el siguiente: "cuando decimos que una cierta sociedad "dicta" su Constitución, apelamos a convenciones lingüísticas y a formalismos jurídicos que nos autorizan a utilizar tal expresión. Sin embargo, lo que realmente queremos decir, en tal caso (y a menos que

Una tercera objeción que apuntala la improcedencia de la analogía entre los mecanismos de precompromiso individual y colectivo es la siguiente: en los casos de precompromiso individual, el agente está lúcido en el momento de vincularse a la regla y limitar su voluntad futura; conoce lo que le conviene y lo que desea evitar y también sabe que su voluntad – por debilidad, ira, pánico o codicia – quizá no pudiera alcanzar en el futuro sus actuales propósitos; conoce, en definitiva, sus límites y por eso establece un mecanismo causal que lo limite o bien se confía al juicio de otro para actuar. Sin embargo, en el caso del precompromiso colectivo este esquema no se reproduce. En una reconstrucción estándar de estos procesos nos encontraríamos lo siguiente: una constitución es aprobada por una mayoría social amplia, aunque una minoría discrepa; posteriormente una mayoría parlamentaria aprueba una medida por mayoría, aunque nuevamente los miembros de una minoría se oponen, bien porque consideran que la medida es inconstitucional, bien porque se oponen a la propia constitución; finalmente, una mayoría de jueces decide en contra del criterio de la minoría del tribunal, que la medida es contraria a la constitución y la anula. A juicio de Waldron (1999, p. 268), en todo este proceso existe un grado de desacuerdo *razonable* que no existía en el caso del precompromiso individual. En el caso del precompromiso colectivo lo que existe es una sociedad cuyos miembros discrepan acerca de los derechos que tienen y su alcance y lo hacen tanto en los momentos constituyentes como en los momentos de política legislativa ordinaria, sin que podamos atribuir a unos u otros las propiedades necesarias de ser momentos respectivamente lúcidos o agitados. De este modo, en estos casos, el mecanismo del precompromiso lejos de ser un triunfo de la racionalidad frente a la inconstancia, es un triunfo de una ideología política sostenida por una facción de la sociedad frente a otras concurrentes y que va a ser artificialmente sostenida mientras que el conflicto moral continúe irresuelto.

Efectivamente Waldron (1999, pp. 268-269) rechaza que se pueda considerar *ahora* como racionalmente imperfectos a quienes *antes* participaron en un racional precompromiso colectivo. Uno de los presupuestos de la teoría del precompromiso es la posibilidad de distinguir nítidamente entre el agente-racional y el mismo agente pero ahora irracional, débil, perturbado, etc. Pero en el caso del precompromiso colectivo es difícil aceptar que necesariamente en los momentos constituyentes existió un grado especial de lucidez o de clarividencia para resolver correctamente las cuestiones morales que quedaron atrincheradas en la constitución³⁶ y que a partir de ahí todo fue desatino

concibamos la sociedad como un “cuerpo” único, como un “organismo físico”) es que una cierta parte de la sociedad, por ejemplo, los convencionales constituyentes, adoptaron una Constitución que (al menos, en la mejor de las hipótesis) ha sido ratificada por todos o por una gran mayoría de los ciudadanos” (Gargarella, 2000, p. 56).

³⁶ Waldron (1999, pp. 268-269) recurre a un curioso supuesto de racionalidad individual que considera más apropiado que el modelo Ulises para los casos de precompromiso colectivo: Bridget es una señora que se ve afectada desde hace años por una profunda crisis religiosa que le lleva a dudar entre dos credos. En un momento dado, Bridget cree tener argumentos sólidos a favor de una de las

y precipitación. No es necesariamente la ira, el pánico o la codicia lo que podría llevar a parte de la mayoría que atrincheró ciertas cuestiones en la constitución a cambiar de opinión; la toma de contacto con nuevos datos o argumentos que antes se desconocían o que no se consideraron son también posibles factores motivantes del cambio de criterio (p. 271)

3.3 La objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad

Como ya advertía anteriormente, para Waldron no hay oposición entre los ideales de la democracia y de los derechos individuales. Los mismos motivos que nos llevan a considerar a los individuos como *dignos* o merecedores de una atribución de derechos, nos deben también llevar a reconocerles la responsabilidad para determinar exactamente cuáles son sus límites, junto a los demás miembros de la comunidad de que se trate y a través de normas jurídicas que, en los sistemas democráticos, se basan en la soberanía popular (Waldron 1999, p. 223). La identificación de alguien como titular de tales derechos denota confianza en sus capacidades morales, en particular en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación de sus intereses con los de los demás. Como la posesión de estas capacidades es también el fundamento básico de la democracia, si hay una objeción democrática a la *judicial review* debe ser una objeción basada en los derechos (*a right-based objection*) (p. 283).

Esa misma *antropología optimista* es la que lleva a Waldron a sostener que siempre se produce un cierto daño a la democracia cuando los órganos legislativos están sometidos a un tribunal³⁷ (Waldron 1999, p. 287) y, siendo el fundamento básico de la democracia el derecho de todos a participar (pp. 232, ss.), dicha lesión se hace lógicamente extensible también a los derechos de los individuos.

dos confesiones y decide abrazarla definitivamente y no leer más libros de teología. Para cumplir su objetivo entrega las llaves de su biblioteca a un amigo al que ordena no devolvérselas aunque se las pida. Posteriormente, cuando Bridget vuelve a albergar dudas teológicas y recae en la crisis de fe, pide a su amigo las llaves, pero éste se niega. A juicio de Waldron, tan racional es Bridget cuando cree haber solventado sus dudas teológicas como cuando duda y decide volver a leer. Así las cosas, la negativa del amigo a devolverle las llaves se podría justificar paternalistamente, pero en ningún caso recurriendo al precompromiso de Bridget, ni recurriendo a un supuesto estado de enajenación actual.

³⁷ Una afirmación contundente si la comparamos con la correlativa de Dworkin, de la que se vale Waldron para exponer sus tesis, y según la cual “muchos diseños institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo aquellos que no otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura norteamericana. Sin embargo, ninguno de estos diseños es en principio más democrático que los otros. La democracia no exige que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco exige que no hayan de tenerla” (Dworkin 1996, p. 7). Como se aprecia, la tesis de Waldron es opuesta a la dworkiniana: Waldron afirma que un sistema institucional sin control de constitucionalidad es más democrático que aquellos que lo tienen, con lo que la democracia sí exigiría que los jueces no tuviesen la última palabra en cuestiones de derechos.

Junto a esta justificación genérica, encontramos otros argumentos *negativos*, es decir, que impugnan o refutan a las teorías que dan por justificado el control de constitucionalidad característico del constitucionalismo.

Es frecuente, por ejemplo, dar por justificado el control mediante el recurso a formulaciones, más o menos retóricas o persuasivas, de la regla de decisión que formaría el núcleo de lo que hemos denominado Estado constitucional de derecho. Dicha regla rezaría como sigue: “el legislativo decide siempre que no vulnere la constitución” o “se puede decidir por mayoría siempre que no se vulneren los derechos constitucionales”. Sin embargo, formulaciones como éstas no son en absoluto convincentes para Waldron (1999, p. 213); es más, a la vista de sus argumentos, incluso podríamos catalogarlas como *engañosas*. Los motivos son fundamentalmente dos: a) no hay acuerdo acerca de cuál es el contenido de los derechos constitucionales que limitan el universo de lo decidible, y b) para que la fórmula tuviese sentido, habría que proponer simultáneamente un método de decisión para determinar cuáles son esos derechos y cuál es su contenido. En efecto, a la vista del desacuerdo que versa sobre las cuestiones de justicia y los derechos, las justificaciones del estilo de la anterior son superfluas si no se les añade un procedimiento que sirva para superar el desacuerdo y concretar en qué limitan los derechos a las decisiones de las mayorías o en qué consiste la corrección de aquellas respuestas a que se aspira. Es decir, todo procedimiento de decisión que incluya una cláusula de restricción sustancial ha de incluir también, en contextos donde hay desacuerdo a propósito del sentido último de esa restricción, un procedimiento adicional que permita superar ese desacuerdo y obtener un sentido concreto para la restricción. La democracia constitucional, como sistema basado en la regla “se decide por mayoría salvo que se vulneren los derechos fundamentales”, no es un procedimiento más una restricción fundamental, sino un procedimiento —el de decisión por mayoría— más otro procedimiento —el que permita dilucidar en qué aspectos limitan los derechos a las decisiones de las mayorías— que se suma al primero si la fórmula quiere tener sentido y ser operativa. Este último procedimiento podría sustanciarse del siguiente modo: “que decidan los jueces del Tribunal Supremo por mayoría” con lo que la regla final sería la siguiente “decide la mayoría salvo en aquellas cuestiones que los jueces del Tribunal Supremo estimen contrarias a los derechos fundamentales, en las que los jueces tendrán la última palabra”. Obviamente esta fórmula a juicio de Waldron es antidemocrática y difícilmente distinguible de la que atribuyera ese poder de decidir en última instancia a un monarca hereditario o a un dictador (Waldron 1993, pp. 32-33). Este tipo de fórmulas, por mucho que se estime que el tribunal en cuestión está mejor capacitado para alcanzar respuestas correctas en materia de derechos, siempre supondría una merma desde el punto de vista de la legitimidad democrática del sistema (Waldron 1999, pp. 291-294)

Y es que también frecuente justificar el control de constitucionalidad alegando en su favor la especial capacidad o habilidad de los órganos judiciales para *acertar* o

para encontrar la respuesta correcta.³⁸ Dworkin es nuevamente uno de los más firmes partidarios de los *results-driven tests* (Dworkin, 1996, p. 34), según los cuales la mejor estructura institucional es aquella diseñada para producir respuestas correctas en el tema de que trate. De este modo, la decisión de dotarse o no de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes para proteger los derechos de los ciudadanos, se debe de tomar considerando la probabilidad de que el órgano al que se asigne el control alcance –mejor que otros o mejor que la ausencia de control– respuestas correctas a las cuestiones de que conoce. Sigue Dworkin, tras mostrar su confianza, por razones básicamente históricas en mecanismos como la *judicial review* norteamericana, afirmando que la anulación por parte de un tribunal de una norma o medida inconstitucional aprobada por el legislativo favorece a la democracia si la decisión de la corte es correcta y aunque cabe la posibilidad de que la corte se equivoque y anule una norma constitucional, dicha posibilidad es simétrica a la de que el legislativo apruebe normas inconstitucionales (Dworkin, 1996, pp. 32-33). A Waldron (1993, p. 50) no le convencen estas tesis: lo que en ellas se sugiere, afirma, es que, sea cual sea el modo de decidir, la decisión es democrática si es correcta, con lo que de ser cierta esta lectura dworkiniana, una decisión de la Reina de Gran Bretaña sobre un asunto que los partidos no alcanzan a solucionar, sería *democrática* si fuese correcta. Waldron, por el contrario, sostiene que siempre se pierde algo cuando un grupo de individuos no elegibles ni responsables popularmente toman decisiones vinculantes que afectan a la comunidad en su conjunto y, en particular, las referidas a los derechos y sus límites. Así si un procedimiento de decisión es democrático y a través de él se obtienen resultados correctos, no hará injusticia a nadie, pero cuando un proceso de decisión es antidemocrático es inherente y necesariamente injusto y tiraniza al margen de que consiga o no alcanzar la respuesta correcta.

Por último, tampoco tendría sentido justificar el control de constitucionalidad afirmando que han de ser elementos externos al electorado quienes decidan qué derechos tenemos y cuáles son sus límites, o que, de lo contrario, se estaría dejando a los propios interesados decidir sobre una cuestión que les afecta y se vulneraría el principio *nemo iudex in sua causa*. Sostiene Waldron (1999, pp. 297-298) que es difícil situarse fuera de los límites del debate a propósito de los derechos: también los jueces competentes para ejercer el control de constitucionalidad son ciudadanos y, por tanto, también estarían decidiendo sobre su causa. Adicionalmente, Waldron rechaza la aplicabilidad del principio *nemo iudex* a estos casos por un motivo más hondo: el principio en cuestión no es aplicable cuando una comunidad en su conjunto está tratando de resolver cuestiones relativas al alcance de los derechos de *todos* los miembros de la comunidad y cuando lo hace en condiciones de igual participación. En

³⁸ En este sentido, algunos rasgos de modelo de deliberación y decisión propios de la sede judicial – rasgos obviamente no presentes en los modelos de deliberación y decisión popular ni parlamentaria – operarían como razones para sostener tal modelo de control (Fiss, 1979).

estos casos, afirma expresivamente, el principio a aplicar no es el *nemo iudex* sino el *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*.

En suma, el control de constitucionalidad no es una consumación de la democracia ni tampoco un presupuesto necesario de la misma, sino más bien una fuerza contramayoritaria opuesta diametralmente al principio mayoritario y al derecho de todos a la participación de modo igual en los asuntos que les incumben.

Conclusiones

La eficacia de las críticas de Waldron frente a tesis de la democracia sustancial de Dworkin o Ferrajoli es considerable. La dificultad para concretar cuáles son los derechos que singularizan a la democracia sustancial frente a sus versiones puramente mayoritaristas y que permitirían superar la oposición entre constitucionalismo y democracia, es un escollo insalvable, especialmente si tomamos en consideración el hecho del desacuerdo respecto de esos mismos valores. Este último me parece el factor decisivo de la crítica waldroniana.

Bien es verdad que Dworkin se ha preocupado por ofrecer algunos parámetros que ofrecen pistas sobre el modo de concretar esos valores y derechos derivados de la moralidad incorporada a las constituciones. En este sentido recordemos que la tradición jurídica y política del país, la actividad de jueces y juristas, etc. permitirían aventurar, a juicio de Dworkin, una única respuesta correcta a la pregunta por la moralidad que se lee en la constitución.

No soy tan optimista a este respecto y me parece todos esos procesos deductivos e interpretativos conforman una tarea demasiado ardua como para que su solución apunte en una única dirección.³⁹ En este punto nuevamente las alternativas que se abren al constitucionalismo son dos: o la constitución afronta esa tarea y especifica directamente las líneas maestras morales de su propia lectura o no lo hace, delegando tal responsabilidad en los jueces encargados del control de constitucionalidad.

Ya veíamos como en el primer caso se tiraniza a quienes no participen del sentido moral plasmado constitucionalmente, sea en el mismo momento constituyente sea a posteriori si no tuvieron la ocasión de participar entonces. En el segundo supuesto, puede ocurrir que el texto constitucional como tal suscitara y siga suscitando un amplio consenso, fundamentalmente por estar inspirado por una moral lo suficientemente genérica como para ser autocomprensiva de todos los posicionamientos morales de los miembros de la comunidad de que se trate. Sin embargo, la actualización

³⁹ Ni siquiera la tradición jurídica y política del país tiene una única lectura y, además, no sólo es posible discrepar razonablemente de la visión que de dicha tradición tienen los jueces, sino respecto de la valoración que susciten las mismas tradiciones.

de esos planteamientos llevada a cabo por los jueces no contaría con seguridad con todo el respaldo preciso para dar por zanjada la objeción contramayoritaria. En este sentido, el resultado la lectura moral de la constitución no deja de ser la lectura judicial constitución e incluso una lectura judicial determinada por una moral personal que deliberadamente se dice residenciada en la propia constitución para blindarla frente a la crítica.

¿Quiere decir todo esto que un ciudadano responsable y comprometido con los derechos debería rechazar la ideología constitucionalista y sentirse incómodo con los diseños y estructuras institucionales en que se concreta el constitucionalismo democrático? No creo que sea conveniente ir tan lejos y ello por dos clases de motivos: unos vinculados directamente con el propio valor del constitucionalismo y otros con los límites del valor de la democracia y la regla de la mayoría.

En primer lugar no creo que sea correcto asimilar el constitucionalismo democrático y garantista con modelos de gobierno autocrático, como Waldron en algún momento parece hacer. La declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de un tribunal constitucional, sea el Supero americano o cualquier corte constitucional europea, no suscita el mismo tipo de reservas ni éstas tienen la misma intensidad que una hipotética intervención de la Corona en asuntos políticos o que el gobierno de un dictador o de una elite oligárquica. Esto me parece que está en relación tanto con las reservas frente al funcionamiento de los canales de representación como con la existencia de casos constitucionales fáciles (Moreso 2000:102), esto es, con la posibilidad de que existan normas constitucionales de sentido unívoco que, sin embargo, resultan vulneradas por decisiones o medidas de un legislador electo, pero quizás no idealmente democrático.

Bien es verdad que esta última consideración presupone el valor mismo de la constitución y de sus opciones concretas, algo que, sin embargo, no gustaría a Waldron renuente como es a aceptar cualquier forma de catalogación o de atrincheramiento de derechos por el grado de tiranía implícito en este tipo de operaciones. Sin embargo, como advierte Bayón (2000, p. 88), existen buenas razones para constitucionalizar un coto vedado de derechos y así superar los riesgos de una versión autorreferente de la regla de la mayoría⁴⁰ según la cual pudiera seleccionarse, por mayoría, cualquier otro

⁴⁰ La misma incorporación de la regla de la mayoría como procedimiento base de decisión está condicionada por valores morales sustanciales. Y es que, como Bayón (2000, p. 83) afirma, la adopción de la regla de la mayoría por parte de una comunidad de individuos probablemente también fuese objeto de discrepancia, pues igual que no hay acuerdo respecto de las cuestiones morales sustantivas, tampoco lo hay respecto de las cuestiones procedimentales. Si la regla de la mayoría rige a partir de un momento determinado antes del cual no había regla de decisión alguna, es porque ha sido adoptada por algunos motivos morales determinados que la hacen particularmente atractiva o más o menos justa. Adicionalmente, y una vez que se acepta que por motivos morales sustanciales es posible adoptar la regla de la mayoría como regla de decisión, no se ve porqué no podría adoptarse otra regla de decisión que incorporarse ciertas restricciones sustanciales al universo de las cuestiones decidibles.

procedimiento de decisión distinto del mayoritario, destruyendo así a la misma democracia. Este tipo de resultados me parece indeseable, incluso o especialmente desde los ideales y valores sobre los que Waldron se asienta para afirmar el valor intrínseco de la regla de la mayoría como procedimiento de decisión.⁴¹

Así las cosas la constitucionalización o atrincheramiento de las condiciones y derechos necesarios mínimos que aseguran la preservación de los procedimientos democráticos es justificable en la misma medida que la propia regla de la mayoría o que los ideales democráticos. Y *a contrario* no sería razonable admitir, como hace Waldron, que del reconocimiento de la legitimidad o la justicia de la regla de la mayoría se siga que toda cuestión moral quede abierta a la discusión y decisión o que todo esté a disposición de cualquiera (*everything is up for grabs*).

En cuanto a la propia regla de la mayoría, hay que tener en cuenta, con Bayón (2000, p. 85), que la elección de un procedimiento de decisión o de un complejo de procedimientos no sólo habrá de depender de su valor intrínseco – tal es el caso de la regla de la mayoría, que lo tiene –, sino también de su valor instrumental, esto es, de la probabilidad de alcanzar buenas soluciones, pues, aunque todos los resultados a que se pueda llegar sean falibles, no parece que lo sean en el mismo grado. Si justicia de un procedimiento es distinta de la de sus productos, para la adopción de un procedimiento como regla de decisión habría que considerar ambos datos y no sólo uno – la justicia del procedimiento – como hace Waldron con el argumento de que los resultados de cualquier procedimiento y la valoración que de ellos se tenga son siempre cuestiones falibles y opinables. A juicio de Bayón, este último dato es cierto, pero lo que no es correcto es que todos los resultados a que una regla de decisión pueda conducir sean falibles en el mismo grado, es decir, que la probabilidad de generar resultados injustos sea la misma para cualquier regla de decisión. Por este motivo, a la hora de elegir una regla de decisión o una regla y sus complementarias, además de los valores intrínsecos de una regla, habría que atender a sus valores instrumentales, dicho de otro modo, atender a la mayor o menor probabilidad de producir resultados deseables o justos en un concreto contexto y en unas precisas circunstancias.

Tampoco hay que olvidar, por ejemplo, el uso de regla de la mayoría en sentido estricto como criterio de legitimidad de los sistemas de deliberación y decisión de las actuales democracias dejaría a muchas de ellas fuera de los mínimos necesarios para

⁴¹ No conviene olvidar que el modelo de sociedad waldroniana no deja de presentar ciertos rasgos de idealidad que lo limitan como campo de pruebas para experimentos políticos e institucionales. Las sociedades que conocemos no están formadas por individuos que razonablemente discrepan sobre sus derechos, su alcance y sus límites. Las propuestas que se pondrían sobre la mesa de un hipotético pacto constitucional no sólo presentarían – como ya puso de manifiesto la crítica al utilitarismo – distintos grados de intensidad, sino que algunas de ellas quizá fuesen muestra de un desacuerdo o de posicionamientos no precisamente razonables. Un modelo democrático o de regla de la mayoría abierto al cambio o autocomprendido quizá fuese deseable, por su propio valor, en sociedades donde, por no se sabe qué misterio de la naturaleza humana, el desacuerdo es siempre entre individuos razonables. Pero lo cierto es que lo irrazonable es una constante tanto en los momentos constituyentes como en los de política ordinaria.

obtener un supuesto *certificado de autenticidad democrática*. Y es que si la legitimidad de la regla de la mayoría reside en el hecho de que satisface las exigencias de anonimato – que todo participante tenga el mismo peso en la decisión –, neutralidad – que cualquier alternativa tenga *prima facie* idénticas posibilidades de ganar –, *monotonidad* fuerte – que en caso de empate entre dos alternativas la variación en las preferencias de un votante signifique la elección de la alternativa a favor de la que postula – y carácter decisivo – que la regla permita siempre la selección de una elección vencedora entre dos posibles –, ⁴² muchos de los sistemas de elección de los representantes – por no decir todos – están lejos de alcanzar el ideal que la regla representa.⁴³

Adicionalmente hay que reafirmar la idea de que la deseabilidad de los resultados que se podrían alcanzar con tal o cual regla es una cuestión que va más allá del ámbito de la especulación ética: es correcto, por tanto, tomar en consideración argumentos sociales, históricos, políticos, etc.

También la conveniencia del control de constitucionalidad es una cuestión estratégica, es decir, que depende de circunstancias relacionadas con la cultura política de la sociedad a la que este mecanismo se incorpora (Moreso 2000, p. 102). Quizá en una rawlsiana *sociedad bien ordenada* en la que el sentido público de la justicia fuera suficientemente fuerte y estuviera bien desarrollado, ante posibles decisiones legislativas injustas, fuese el propio legislativo el que enmendara la situación. Quizá la actuación de un órgano jurisdiccional de control será más precisa allí donde los legislativos son incapaces de corregir estas disfunciones por sí mismos, lo que puede ocurrir cuando el sentido de la justicia no esté lo suficientemente desarrollado, cuando no consiga incidir o influir en el legislativo hasta el punto de mantenerlo dentro de los límites de la justicia democrática o cuando existan intereses que presionen o controlen al poder legislativo y que no expresen consideraciones exhibibles del sentido de la justicia (Freeman 1991, p. 361).

Igualmente, en contextos políticos y legislativos inestables o imperfectos – por ejemplo, donde no quede asegurado el carácter omnicompreensivo de los derechos e intereses de los ciudadanos ni el carácter deliberativo de la democracia; donde los canales de información y deliberación no están del todo despejados; donde no esté asegurado que una mayoría social o una elite política no empleará las instituciones democráticas en su propio beneficio y para menoscabar los derechos reconocidos constitucionalmente; donde no muchos ciudadanos están dispuestos a asumir los costes y cargas de información y deliberación que la decisión política conlleva, etc. – puede ser razonable pensar en un órgano cuya composición y funcionamiento permitan una relativa independencia respecto de los poderes políticos representativos y que

⁴² Los principios conforman el conocido como Teorema de May y la referencias las tomo de Lagerspetz 2002, pp. 279-282.

⁴³ Es significativo el caso neozelandés, un modelo institucional positivamente valorado por Waldron por carecer de control de constitucionalidad, pero en el que opera una fórmula electoral que permite la existencia de cuotas de representación de la minoría maorí, lo que viola las exigencias del principio de anonimato (Lagerspetz 2002, p. 284).

decida, con todos los rasgos propios de la decisión jurisdiccional, acerca de las conculcaciones a los derechos constitucionales de todos. En este tipo de contextos no parece oportuno eliminar *voces* que concurren con la de los órganos representativos en la ardua tarea de decidir qué derechos tenemos y cuáles son sus límites. La supresión, por antidemocrático, del órgano de control de constitucionalidad podría suponer, en este sentido, una merma de la cantidad y la calidad de la deliberación política previa a la decisión democrática.

Y ¿por qué los jueces? Los jueces constitucionales pueden participar en el diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista no tenidos en cuenta en la discusión parlamentaria.⁴⁴ Si esta práctica es valiosa, quizá merezca la pena protegerla y garantizarla, evitando, por ejemplo, que la mayoría parlamentaria pudiera esquivar sin coste alguno el poder del juez mediante una reforma constitucional puramente formal. El juicio de inconstitucionalidad tiene que tener algún efecto en el sistema institucional y político y alterar significativamente los términos en que se desarrolla el debate político, fundamentalmente obligando al legislador a ofrecer razones adicionales que contrarresten las puestas de manifiesto por el juez constitucional y que justifiquen decisivamente su pretensión. Dicha operatividad, sin embargo, tendría un límite y es que no ha de bloquear al legislador democrático quien, en un buen sistema habría de tener siempre la última palabra, aunque se le exigiese subir el tono de voz o repetirse para ser definitivamente escuchado. Por ello, el peso del control de constitucionalidad debe ser compensado con el poder de los órganos políticos de “responder” de algún modo⁴⁵ a los jueces constitucionales, ya que de otro modo, la institución del control judicial habría perdido su legitimidad democrática (Ferrerres 2000, p. 40).

En suma, quizá no sea *razonable* que el órgano de control tenga la última palabra sobre el alcance y los límites de nuestros derechos, pero, desde luego, lo que sí que parece *conveniente* es que tenga la palabra.

Referencias Bibliográficas

ACKERMAN, B., *We the people. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

_____, *et al. Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991.

⁴⁴ A mi juicio una versión extensa, rigurosa y convincente de este argumento y una propuesta detallada para un modelo de control en Ferreres 1997, pp. 141, ss.

⁴⁵ Bien con un mecanismo análogo de la conocida cláusula no obstante de la Constitución canadiense, bien poniendo en marcha el proceso especial de reforma constitucional. Lo que estaría vetado, salvo quizás para el coto vedado mínimo democrático, es combinar control de constitucionalidad con rigidez constitucional extrema (Bayón, 2000, pp. 89-90).

- ACKERMAN B.; ROSENKRANTZ C. F., "Tres concepciones de la democracia constitucional" en *ACKERMAN et al*, 1991.
- BAYÓN, J. C., "Derechos, democracia y constitución" en *Discusiones*, Año I, n.1, 2000.
- BICKEL, A., *The last dangerous branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- CARBONELL, M. ed., *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CARRIÓ, G., "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*" en *ACKERMAN et al.*, 1991.
- COMANDUCCI, P., "Formas de (neo)constitucionalismo: una análisis metateórico" en *CARBONELL*, 2003.
- DWORKIN, R., *Law's empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
- _____, *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- ELSTER, J., *Ulysses and the syrens: Studies in rationality and irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- ELSTER J. y SLAGSTAD R., eds. (1988) *Constitutionalism and democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- ELY, J. H., (1980) *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo del Hombre Editores, Santa Fé de Bogotá, 1997.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.
- _____, "Una defensa de la rigidez constitucional" en *DOXA* 23, 2000.
- FIORAVANTI, M., (1999) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000.
- FISS, O., "The supreme court 1978 term. Foreword: The forms of justice" 93 *Harvar Law Review*, 1, 1979.
- FREEMAN, S., "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", en *Law and Philosophy*, 9, 1990-1991.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1990.
- _____, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *CARBONELL* ed., 2003.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- _____, "Los jueces frente al 'coto vedado'", en *Discusiones*, Año I, n.1, 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993.
- GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico", en *CARBONELL* ed., 2003.
- HOLMES, S., "Precommitment and the paradox of democracy", en *ELSTER y SLAGSTAD*, 1988.
- KELSEN, H., (1928), *Escritos sobre democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- LAGERSPETZ, E., "The legitimacy of majority rule", en *Associations* 6 (2), 2002.
- LAPORTA, F., "El ámbito de la Constitución", en *DOXA* 24, 2001.
- LORA, P., "La posibilidad del constitucional thayeriano", en *DOXA*, 22, 2000.
- MORESO, J. J., "Derechos y justicia procesal imperfecta" en *Discusiones*, Año I, n.1, 2000.

PRIETO, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *CARBONELL*, ed., 2003.

WALDRON, J., "A right - based critique of constitutional rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.13, n. 1, 1993.

_____, *Law and disagreement*, clarendon Press, Oxford, 1999.

WALLACH, J.R., "American constitutionalism and democratic virtue", en *Ratio Juris* vol.15, n. 3, septiembre, 2002.

ZAGREBELSKY, G., (1992), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

Da Ditadura dos Sistemas Sociais: Uma Crítica à Concepção de Direito como Sistema Autopoiético

Túlio Lima Vianna*

Sumário: 1. Sistemas. 2. Sistemas autopoiéticos. 3. Mudanças de estado. 4. Acoplamento estrutural. 5. Sociedade e Direito como sistemas autopoiéticos. 6. Direito como instrumento de manutenção do *status quo*. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

Sumario: 1. Sistemas. 2. Sistemas autopoiéticos. 3. Cambios de estado. 4. Acoplamiento estructural. 5. Sociedad y derecho como sistemas autopoiéticos. 6. Derecho como instrumento de manutención del *status quo*. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

Summary: 1. Systems. 2. Autopoietic systems. 3. Changes in state. 4. Structural coupling. 5. Society and Law as autopoietic systems. 6. Law as a maintenance instrument of the *status quo*. 7. Conclusions. 8. Bibliographical references.

1 Sistemas

A palavra sistema nos remete a inúmeros conceitos em princípio bastante distintos: o sistema solar (sistema físico), o sistema nervoso (sistema biológico), o sistema computacional (sistema eletrônico), entre outros.

Um sistema é um conjunto de elementos organizados.

Os elementos são os componentes do sistema e, ao contrário do que *a priori* poder-se-ia supor, não caracterizam o sistema.

O que caracteriza um sistema estelar não são o número de planetas, o tamanho dos corpos celestes, sua composição química ou mesmo sua temperatura.

O que caracteriza um sistema é sua organização.

A organização é a relação entre os elementos do sistema que permite ao observador isolar o sistema de seu ambiente.

Assim, a força de gravidade faz com que todos os corpos celestes de um sistema estelar girem em torno de um centro comum (no caso do sistema solar, o Sol). A organização de um sistema estelar é, pois, de inúmeros corpos celestes girando em torno de uma estrela.

* Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD-UFMG). Editor do site www.tuliovianna.org.

Se, por hipótese, ocorre alguma alteração nesta organização (a gravidade deixa de existir, *verbi gratia*) o sistema deixa de existir ou torna-se um novo sistema com natureza absolutamente diversa do anterior.

Nos sistemas computacionais é bastante evidente a organização como caracterizadora de um sistema: as placas, memórias e discos rígidos não passam de um amontoado de peças se não se encontram devidamente conectadas.

Definido o que é um sistema, fica claro que o restante do universo que não participa da organização do sistema é seu ambiente.

Aqui se encontra um importante conceito da teoria dos sistemas: a organização, ao mesmo tempo que define o que é o sistema, define o que ele não é.

O conceito de sistemas já vem sendo empregado há tempos pela Física, que geralmente o utiliza em situações idealizadas em que define o sistema e o resto do mundo constitui o ambiente que cerca o sistema.

Um exemplo especial do emprego do conceito de sistemas na Física é o de sistema idealmente isolado: um sistema que não tem qualquer contato com o mundo exterior: uma hipotética caixa em que as paredes não permitem que a matéria ou a energia saia de seus limites.

Poderíamos defini-la como uma garrafa térmica idealizada em que não consegue perder água nem energia calorífica. O sistema estaria em perfeito equilíbrio e absolutamente isolado de seu ambiente.

Sobre a utilização do conceito de sistemas pela Física, Coveney e Highfield afirmam que:

"Embora na realidade nenhum sistema possa ser perfeitamente isolado (talvez com exceção do próprio universo), o sistema isolado continua a ser uma idealização muito útil. Outros dois tipos gerais de sistemas também são muito utilizados na termodinâmica: sistemas fechados, dispositivos que trocam energia com o ambiente, e sistemas abertos, que trocam energia e matéria com o ambiente. Nesta terminologia as coisas vivas (como as pessoas, por exemplo) são sistemas abertos, tendo em vista que trocam energia e matéria com o ambiente, o que abrange desde vinho e salsichas até o hálito morno e excreções."

(Coveney e Highfield, 1993, p. 133)

A troca de energia e matéria de um sistema com seu ambiente é uma aquisição e dispensa de elementos, mas em nada altera a organização do sistema em questão.

Os sistemas biológicos recebem a todo momento elementos novos que serão utilizados pela organização interna do sistema (ar, alimentos, bebidas, etc), da mesma forma que excreta uma série de substâncias (gás carbônico, fezes, urina, etc). Mas a troca de elementos do sistema com seu ambiente não altera necessariamente sua organização. Maturana e Varela observam que: *"Acréscentar algo a uma dinâmica estrutural é muito diferente de modificar as características essenciais de uma unidade, o que implica em mudar a sua organização."* (Maturana e Varela, 2002, p. 69)

A troca de elementos entre sistema e ambiente caracteriza os sistemas abertos que, do ponto de vista de sua organização, podem ser considerados alopoiéticos ou autopoiéticos.

2 Sistemas Autopoiéticos

Vimos que o que diferencia os sistemas isolados, fechados e abertos é a possibilidade de troca de elementos entre estes sistemas e seus respectivos ambientes. Trata-se de um conceito relacionado aos elementos constitutivos do sistema.

Quanto à organização do sistema podemos dividi-los em alopoiéticos¹ e autopoiéticos.²

A alopoiese é um processo pelo qual uma determinada organização produz algo diferente de sua própria organização. Um exemplo de sistema alopoiético seria uma linha de produção de uma indústria automobilística.

Uma linha de produção é capaz de produzir carros, mas não as máquinas usadas na própria linha de produção.

Por outro lado, sistemas autopoiéticos são literalmente aqueles que se auto-produzem.

O conceito foi criado nas ciências biológicas para descrever o surgimento da vida na Terra. A origem dos seres vivos não estaria relacionada, pois, a um criador. Os elementos constitutivos de um sistema vivo teriam se auto-organizado após bilhões de anos de caos quando, em um determinado momento, surgiu no planeta simultaneamente uma série de circunstâncias físico-químicas que permitiram o êxito desta auto-organização. Nas palavras de Maturana e Varela: *"A característica mais peculiar de um sistema autopoiético é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis"* (Maturana e Varela, 2002, p. 55).

O surgimento das primeiras células vivas teria se dado no momento em que houve uma primeira distinção clara da organização do sistema e de seu ambiente externo:

"esse metabolismo celular produz componentes e todos eles integram a rede de transformações que os produzem. Alguns formam uma fronteira, um limite para essa rede de transformações. Em termos morfológicos, podemos considerar a estrutura que possibilita essa clivagem no espaço como uma membrana. No entanto, essa fronteira membranosa não é um produto do metabolismo celular tal como o tecido é o produto de um tear, porque essa membrana não apenas limita a extensão da rede de

¹ antepositivo, do gr. *állos*, é, o 'outro, um outro; diferente; estrangeiro': + pospositivo, do gr. *poiésis.eós* 'criação' (Houaiss, 2001)

² antepositivo do gr. *autós.ê, ó* '(eu) mesmo, (tu) mesmo, (ele) mesmo, (si) mesmo' (representado emat. por um reduzido número de helenismos em que *auto-* ocorre como pref.) + pospositivo, do gr. *poiésis.eós* 'criação' (Houaiss, 2001)

transformações que produz seus componentes, como também participa dela. Se não houvesse essa arquitetura espacial, o metabolismo celular se desintegraria numa sopa molecular, que se espalharia por toda parte e não constituiria uma unidade separada como a célula”.

(Maturana e Varela, 2002, p. 52-53)

O sistema autopoietico, portanto não é criado, mas nasce do caos a partir de uma auto-organização bem sucedida após uma série quase infinita de tentativas fracassadas.

A partir de seu surgimento, o sistema organiza-se de tal forma que tenha como principal função a sua manutenção enquanto sistema organizado.

Assim, uma célula estará viva enquanto mantiver sua organização estável que terá como função manter esta organização estável.

Segundo Maturana e Varela: “*O que lhes é peculiar é que sua organização é tal que seu único produto são eles mesmos. Onde se conclui que não há separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e isso constitui seu modo específico de organização*” (Maturana e Varela, 2002, p. 57).

A organização de um sistema autopoietico tem com fim a manutenção de sua própria organização, pois a desordem para um sistema autopoietico corresponde à própria morte do sistema com a conseqüente difusão de seus elementos ao ambiente.

A morte de um sistema é, em última análise, o fim da organização do sistema e o conseqüente término da distinção entre o que é sistema e o que é ambiente.

Isto fica bastante visível se tomarmos uma célula como exemplo: sua morte corresponde à falência de sua dinâmica intracelular com a perda de sua organização. A célula deixa de ser célula quando seus componentes perdem sua organização vital e se misturam ao ambiente.

É bom frisar que o fato de o sistema ser autopoietico não implica que ele é um sistema fechado já que a troca de elementos entre o sistema e seu ambiente, em princípio, nada altera a organização do sistema.

No caso dos sistemas computacionais e dos sistemas sociais, por exemplo, os elementos constitutivos dos sistemas são as informações que são trocadas livremente com seu ambiente.

Um computador recebe e emite informações a todo momento, mas isto em nada altera sua organização (o modo como opera estas informações).

A sociedade, por outro lado, também troca informações com seu ambiente – daí por que a consideraremos cognitivamente aberta – mas esta troca de informações com seu meio em nada altera sua organização – razão pela qual a conceberemos como operativamente fechada.

As trocas de elementos entre sistema e ambiente originam mudanças de estado.

3 Mudanças de Estado

Os sistemas enquanto conjunto de elementos organizados estão sujeitos a mudanças de estado que podem ser desencadeadas por elementos do próprio sistema ou elementos externos provenientes de seu ambiente.

Tomemos a Terra e a Lua como um sistema caracterizado pela órbita desta em torno daquela. Supondo que haja uma guerra química na Terra e que a vida seja extinta no planeta, tal fenômeno interno ao sistema em nada alteraria sua organização (a Lua continuaria girando ao redor da Terra). Trata-se de uma mudança de estado do sistema.

Supondo que por um hipotético fenômeno lunar a lua se espatife em milhares de pedaços sem qualquer interferência externa ao sistema, tal fato afetaria completamente a organização do sistema (é possível que a maioria dos pedaços viesse inclusive a cair sobre a Terra). Teríamos então, a partir de uma modificação estrutural, a perda da própria organização do sistema com o seu conseqüente desaparecimento. Estaríamos diante de uma mudança destrutiva.

Imaginemos agora que um meteoro colidisse com a Terra e extinguisse a vida em nosso planeta. Haveria uma mudança de estado que em nada interferiria na organização do sistema Terra-Lua. Haveria uma mera perturbação do sistema pelo ambiente (já que o meteoro originou-se do ambiente e não do próprio sistema).

Por fim, suponhamos que um meteoro colidisse com a Lua, partindo-a em pedaços e ocasionasse o fim da organização do sistema. Estaríamos diante de uma interação destrutiva, já que foi um elemento externo ao sistema que desencadeou sua destruição.

Note que o meteoro não determinou a destruição do sistema, mas apenas desencadeou o processo que culminou na sua extinção.

Isto porque é a própria estrutura do sistema que irá definir se ele irá ou não ser destruído pelo elemento externo. Fosse a Lua constituída de rochas mais resistentes ou mesmo de ferro e o sistema seria tão-somente perturbado.

Em última análise a destruição do sistema está sempre condicionada a seus elementos e, principalmente, à sua organização.

Um meteoro que entrasse no sistema solar e colidisse com a nossa lua poderia ser uma interação destrutiva para o sistema Terra-Lua, mas uma mera perturbação para o sistema solar.

São as características do sistema perturbado que irão definir a manutenção de sua organização ou seu aniquilamento.

Em tese, seria perfeitamente possível um sistema indestrutível capaz de sobreviver a toda e qualquer perturbação de seu ambiente, pois a organização deste hipotético sistema seria tal que qualquer que fosse a perturbação externa, esta não seria capaz de liquidar com a organização do sistema.

4 Acoplamento Estrutural

Evidentemente as interações ente sistemas e seus ambientes acontecem a todo instante e podem ser meras perturbações ou interações destrutivas.

Enquanto uma unidade não entrar numa interação destrutiva com o seu meio haverá entre o sistema e seu ambiente uma série de perturbações mútuas que desencadearão mutuamente mudanças de estado. A esse processo continuado, denomina-se acoplamento estrutural.

Este processo é válido para qualquer sistema e, portanto, para os sistemas autopoéticos.

Evidentemente que o sistema autopoietico troca elementos com seu ambiente (ar, alimento, excrementos, etc) mas esta troca em nada altera sua organização. Maturana e Varela afirmam que:

“Nessa congruência estrutural, uma perturbação do meio não contém em si uma especificação de seus efeitos sobre o ser vivo. Este, por meio de sua estrutura, é que determina quais as mudanças que ocorrerão em resposta. Esta interação não é instrutiva, porque não determina quais serão seus efeitos. Por isso, usamos a expressão desencadear um efeito, e com ela queremos dizer que as mudanças que resultam da interação entre o ser vivo e o meio são desencadeadas pelo agente perturbador e determinadas pela estrutura do sistema perturbado.”

(Maturana e Varela, 2002, p. 108)

Esta troca de elementos do sistema com seu ambiente é regida pela organização do sistema. *“Se uma célula interage com uma molécula X, incorporando-a a seus processos, o que acontece como consequência da interação não está determinado pelas propriedades dessa molécula, e sim pela maneira como ela é “vista” ou tomada pela célula, ao incorporá-la à sua dinâmica autopoietica”* (Maturana e Varela, 2002, p. 61).

Muita vez, o ambiente do sistema autopoietico é outro sistema autopoietico dando origem, no caso dos seres vivos, aos organismos pluricelulares. Nas palavras de Maturana e Varela: *“Duas (ou mais) unidades autopoieticas podem estar acopladas em sua ontogenia, quando suas interações adquirem um caráter recorrente ou muito estável”* (Maturana e Varela, 2002, p.87). E prosseguem: *“A íntima junção entre as células que descendem de uma única célula – e que resulta numa unidade metacelular – é uma condição inteiramente consistente com a continuação da autopoiese dessas células. Mas certamente não é imprescindível, na medida em que na filogenia dos seres vivos muitos permanecem unicelulares”* (Maturana e Varela, 2002, p. 92).

Os organismos pluricelulares, por sua vez, também se encontram em permanente contato com outros organismos pluricelulares.

Quando estas interações são recorrentes ocorre uma fenomenologia peculiar dando origem a acoplamentos de terceira ordem que denominamos de sistemas sociais.

5 Sociedade e Direito como Sistemas Autopoieticos

A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann procura aplicar o conceito de sistemas autopoieticos às ciências sociais.

Para Luhmann a sociedade é um sistema autopoietico cuja organização sustenta-se na comunicação.

A sociedade até então concebida como o conjunto de indivíduos, passa a ser tratada como um sistema que tem como elemento a informação e como organização a comunicação.

Assim sendo, a informação é elemento da sociedade, e é trocada livremente com seu ambiente. A comunicação, porém, só existe na sociedade e é criada pela própria sociedade que, em última análise, visa a produzir mais comunicação. A organização do sistema social é, pois, a comunicação social.

Note-se que, na teoria de Luhmann, os seres humanos somos mero ambiente da sociedade.

Isto porque um único ser humano não produz comunicação, visto que a comunicação só pode ser produzida socialmente. É necessário um *alter* e um *ego* para que a comunicação se produza, donde se conclui que a comunicação é a organização do sistema social que tende a produzi-la cada vez mais e gerar uma sociedade mais complexa e organizada.

O Direito surge como um subsistema dentro de uma sociedade complexamente estruturada e, como sistema social autopoietico, também tem como elemento a informação e como organização a própria comunicação.

Seu surgimento deriva de uma diferenciação funcional na organização do sistema social como um todo que, em sua autopoiese, gera subsistemas encarregados de funções específicas.

Assim dentro da organização da sociedade, caberá ao sistema social Direito definir o que é direito e não direito na comunicação.

Note-se que, ao definir o que é direito e o que não é direito, o sistema cria novo conteúdo jurídico, o que reafirma seu caráter autopoietico.

O produto do Direito (decisões, leis, jurisprudência) gera mais direito que é incorporado ao sistema, aumentando assim a complexidade de sua organização. O juiz, ao decidir, gera jurisprudência, que por sua vez influenciará novas decisões. O legislador, ao aprovar leis, gera novas normas, que por sua vez influenciarão não só os magistrados na aplicação do direito, mas também novos legisladores. Este caráter de realimentação é próprio dos sistemas autopoieticos: o produto do direito é sempre mais direito.

A autopoiese do Direito não se confunde com a concepção kelseniana de direito positivo até porque, como já dito anteriormente, sistemas fechados não se confundem com sistemas autopoieticos.

O Direito observa – na terminologia adota por Luhmann – seu ambiente e a todo instante troca informações com ele (que são elementos do sistema).

Estas informações poderão desencadear mudanças no direito, mas jamais determiná-las, pois a comunicação, por definição, só se consoma com a existência de um *alter* e um *ego*. Ao conhecer da informação como *alter* esta se tornará uma comunicação de acordo com a organização do sistema jurídico.

Assim como a invasão de um meteoro no sistema solar afetará o sistema tão-somente de acordo com a própria organização deste sistema, também nos sistemas sociais as “invasões” de informações neste sistema podem tão-somente desencadear perturbações, mas jamais determiná-las, pois será a própria organização do sistema que, em última análise, definirá o quão importante é aquela informação proveniente de seu ambiente.

Vale lembrar que é possível até que uma perturbação do ambiente acabe desencadeando a própria destruição do sistema do Direito (v.g. um golpe de estado), mas esta informação externa não será determinante para a extinção do sistema. O determinante é que a organização do sistema pode até entrar em colapso, mas isto se dará por uma deficiência em sua organização. É o modo como a informação foi recebida que causou a destruição do sistema e não propriamente a informação.

Em um exemplo simples: se alguém recebe a informação que seu filho foi reprovado na escola, esta informação por si só não gerará o fim da comunicação entre pai e filho. Se porém, o pai resolve suicidar-se, por uma deficiência em sua organização psíquica, sua conduta evidentemente colocará um fim à comunicação entre ambos. Mas não se pode dizer que foi a informação da reprovação em si que causou o colapso do sistema, mas a forma como foi recepcionada e processada pelo pai. A informação desencadeou o fim do sistema, mas não o determinou.

6 Direito Como Instrumento de Manutenção do *Status Quo*

A concepção de Direito como sistema autopoietico retoma o organicismo social de forma infinitamente mais bem elaborada, mas não consegue superar seus principais problemas.

Não se trata de um organicismo social tão tosco quanto os clássicos em que a sociedade é concebida como um todo orgânico, no qual as células cerebrais são menos numerosas, mas as que mandam, porque são melhores, mas mais diferenciadas, as mais “lúcidas”.³

A concepção organicista da Teoria dos Sistemas não trata a sociedade a partir de analogias com seres vivos, como no organicismo clássico. A sociedade agora é vista efetivamente como um organismo vivo por sua própria definição como sistema autopoietico.

³ Zaffaroni, 2002, p. 282.

A definição de um conceito para “ser vivo” sempre foi um busílis para os biólogos. A este respeito Maturana e Varela questionam-se:

“como saber quando um ser é vivo? quais são os critérios? ao longo da história da biologia, foram propostos muitos critérios e todos eles apresentam dificuldades. Por exemplo, alguns propuseram que o critério fosse a composição química. Ou a capacidade de movimento. Ou, ainda a reprodução. Ou por fim, alguma combinação desses critérios: ou seja, uma lista de propriedades. Porém, como saber quando uma lista está completa? Por exemplo, se construirmos uma máquina capaz de se reproduzir – mas que é feita de ferro e plástico, não de moléculas orgânicas – podemos dizer que ela está viva?”

(Maturana e Varela, 2002, pp. 48-49)

A conclusão a que chegam os ilustres pensadores não é outra senão que: *“O que caracteriza o ser vivo é sua organização autopoietica. Seres vivos diferentes se distinguem porque têm estruturas distintas, mas são iguais em organização”* (Maturana e Varela, 2002, p. 55).

Eis aqui o grande problema da Teoria dos Sistemas. Ao conceber a sociedade como um ser vivo (já que se trata de um sistema autopoietico, que por definição é vivo), o funcionalismo sistêmico coloca o indivíduo em segundo plano.

Aliás, Luhmann e de Georgi são expressos ao afirmarem o caráter anti-humanístico de sua teoria: *“Las investigaciones que este libro presenta buscan dar el paso a un concepto de sociedad radicalmente antihumanístico y radicalmente antirregionalístico”* (Luhmann e de Georgi, 1993, p. 33).

Em suma, ao tratar o ser humano como ambiente do sistema autopoietico social, a teoria o relega a um segundo plano.

Não se pode esquecer que, se a sociedade é um sistema autopoietico, sua organização a leva a se preservar a todo custo, mesmo que o preço desta autopreservação seja a vida humana.

É próprio da autopoiese esta organização interna que vise a todo custo a autopreservação: o fim último de todo ser vivo é continuar vivo.

A este respeito Maturana e Varela afirmam que: *“Toda mudança estrutural acontece num ser vivo necessariamente demarcada pela conservação de sua autopoiese”* (Maturana e Varela, 2002, p. 114).

Ora, sendo a sociedade e o Direito sistemas autopoieticos, seria perfeitamente natural o sacrifício meramente utilitário de algumas – ou várias – vidas humanas para a manutenção do *status quo* e, conseqüentemente da autopoiese do sistema.

A manutenção de uma parcela de seres humanos absolutamente marginalizada, em condições sociais miseráveis, seria perfeitamente lícita desde que não prejudicasse a autopoiese do sistema.

Evidentemente as conclusões acima não são extraídas explicitamente da Teoria dos Sistemas, mas são implicações necessárias da concepção de Direito como sistema autopoietico.

Trata-se, pois, de uma teoria sociológica absolutamente amoral, que retoma muitas das concepções de Maquiavel.⁴

O fim último da sociedade é a manutenção de sua autopoiese. Os meios empregados para a manutenção da organização do sistema são absolutamente irrelevantes, mormente se pensarmos que o homem é mero ambiente deste sistema.

Não se pode esquecer que, nas palavras de Maturana e Varela: "*A contínua mudança estrutural dos seres vivos com conservação de sua autopoiese acontece a cada instante, incessantemente e de muitas maneiras simultâneas. É o palpitar da vida*" (Maturana e Varela, 2002, p. 114).

O palpitar da vida social é a preservação da sociedade. As condições humanas de liberdade, igualdade e bem estar social são absolutamente irrelevantes desde que a comunicação seja mantida.

Um hipotético estado do *total control* em que indivíduos fossem mantidos sobre uma eterna vigilância de câmeras de vídeo⁴ seria absolutamente lícito desde que necessário para a manutenção da autopoiese social.

As guerras e o terrorismo também podem ser facilmente justificadas dentro da Teoria dos Sistemas, pois são formas de comunicação e, como tais, inerentes à autopoiese social.

Em resumo, a função última do direito não é garantir o bem estar do ser humano, mas garantir a preservação da comunicação destes seres humanos, ainda que com um claro predomínio de uma parcela de indivíduos sobre outros. A função do direito não é preservar o indivíduo, mas a sociedade.

O direito nada mais seria do que um mecanismo de manutenção do *status quo*.

O direito tem como função garantir a existência dele próprio (manutenção do *status quo*) e para tanto as contínuas mudanças da lei e da jurisprudência variam com este único fim.

Se uma sociedade precisa de varredores de ruas e a inclusão social destes trabalhadores implica em um caos social com as cidades imundas, então dentro da autopoiese do sistema, melhor será que continuem varrendo as ruas, pois o sacrifício individual é justificado pelo benefício da coletividade. O foco do sistema não é a proteção da vida humana (seu ambiente), mas a proteção da sociedade (que é o próprio sistema).

Não se trata da ditadura de uma minoria sobre uma maioria, nem de uma ditadura de uma maioria sobre uma minoria. Trata-se da ditadura do social sobre o individual. Do domínio de uma abstração sobre a totalidade dos seres humanos do planeta.

O desenvolvimento da sociedade equivale ao aumento do desempenho comunicativo, sendo absolutamente irrelevantes as condições em que encontram-se os seres humanos, mero ambiente da sociedade.

A racionalidade do indivíduo é superada pela racionalidade do sistema.

⁴ Cf., Maquiavel, 1998.

⁵ Cf., Orwell, 2000.

7 Conclusões

Os seres humanos não somos formigas e não podemos ser concebidos como insetos sociais, nos quais a autonomia de cada indivíduo é limitada ao mínimo em benefício máximo da coletividade.

A este respeito Maturana e Varela são extremamente claros:

"Os organismos requerem um acoplamento estrutural não-lingüístico entre seus componentes; os sistemas sociais exigem componentes acoplados estruturalmente em domínios lingüísticos, nos quais eles (os componentes) possam operar com a linguagem e ser observadores. Em consequência, para o funcionamento de um organismo o ponto central é ele próprio – e disso resulta a restrição das propriedades de seus componentes. Já a operação de um sistema social humano, o ponto central é o domínio lingüístico gerado por seus componentes e a ampliação das propriedades destes. Essa condição é necessária para a realização da linguagem, que constitui seu domínio de existência. O organismo restringe a criatividade individual das unidades que o integram, pois estas existem para ele; o sistema social humano amplia a criatividade individual de seus componentes, pois esta existe para eles."

(Maturana e Varela, 2002, p. 221)

Fica evidente que, ainda que se admita a concepção sistêmica da sociedade, visto que como seres humanos nos encontramos em permanente acoplamento estrutural com outros seres humanos, tratar-se-á de um sistema alopoiético.

Este metassistema formado pela agregação de unidades autônomas (indivíduos) é uma criação do homem para o homem.

A função do sistema social não pode ser concebida como sua própria preservação, mas como a preservação do homem enquanto homem.

Esta preservação do gênero humano, só pode ser alcançada com o progressivo incremento da autonomia individual, através da garantia pelo sistema social dos direitos humanos individuais (liberdade, igualdade, etc), sociais (educação, saúde, etc) e políticos (efetiva participação nas decisões da sociedade).

Em suma, a sociedade não pode ser concebida como uma célula que vive para manter-se viva. A sociedade deve ser concebida como uma linha de produção em benefício do homem, cuja finalidade é produzir um incremento da autonomia individual e do bem estar social de cada ser humano.

8 Referências Bibliográficas

- ASHBY, W. Ross, *Introdução à cibernética*, São Paulo, Perspectiva, 1970.
BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.
CAPRA, Fritjof, *O tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*, 19ª ed., São Paulo, Cultrix, 1999.

- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, *GLU: glossario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 1996.
- COVENEY, Peter; HIGHFIELD, Roger, *A flecha do tempo*, São Paulo, Siciliano, 1993.
- HAWKING, Stephen, *O universo numa casca de noz*, São Paulo, Mandarim, 2001.
- LESSIG, Lawrence, *Code; and other laws of the cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.
- LUHMANN, Niklas, *A nova teoria dos sistemas*, Porto Alegre, Ed., Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- _____, *Sociologia do direito I*, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____, *Sociologia do direito II*, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1993.
- MAQUIAVELLI, Nicolás di Bernardo dei, *O príncipe*, Porto Alegre, L&PM, 1998.
- MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*, São Paulo, Palas Athena, 2001.
- ORWELL, George, 1984, 24ªed, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2000.
- VIANNA, Túlio Lima, *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- WIENER, Norbert, *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*, 7ª ed., São Paulo, Cultrix, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 2.ed., rev. e atual, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

La Inautenticita' del Diritto Positivo. Considerazioni sul Principio di Eguaglianza tra Codificazione e Decodificazione*

Vittorio Olgiati**

1 Premessa

Come è noto, la irreprimibile variabilità della dinamica sociale è sempre stata una delle questioni più problematiche per la operazionalizzazione – validità, efficacia e legittimità – di ogni tipo di diritto in ogni tipo di società.

Naturalmente non si tratta soltanto della difficoltà di mettere in forma, e quindi movimentare tecnicamente, principi e strutture ordinamentali corrispondenti ai più diversi e mutevoli interessi espressi da non meno diversi e mutevoli attori sociali. Si tratta anche della pretesa – vera e propria fatica di Sisifo – di modellare in modo ideologicamente plausibile e socialmente adeguato strategie di governabilità tali da garantire (quanto più a lungo possibile) la posizione egemonica rivendicata da gruppi di potere perennemente instabili, in quanto sempre e comunque numericamente minoritari e reciprocamente competitivi.

Il fatto empiricamente incontrovertibile che anche le leggi, così come gli esseri umani, sono – come diceva Tito Livio – mortali induce, quindi da sempre, ad interrogarsi sulla relativa (momentanea ed imprevedibile) durata storico-sociale delle oscillanti corrispondenze e/o asimmetrie – emergenza, maturità e decadenza – dei cicli di vita delle une e degli altri. Ma, soprattutto, induce ad operare continuamente “di conseguenza”, ordinando e/o prolungando artificialmente, ovvero ostacolando e reprimendo, per quanto possibile, il “rendimento” – i potenziali d’azione e di impatto – di tali precarie entità. Cosicché, ben si può dire che l’inesausto mutamento delle più diverse forme di interazione sociale e dei connessi “adeguamenti” o “correttivi” istituzionali costituiscono senz’altro, ad un tempo, il nodo di fondo e il criterio di misura di qualunque ipotesi di “costruzione sociale della realtà” attraverso il diritto (Bretonne, 1989).

* Relazione presentata al convegno internazionale “Tra interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio transdisciplinare”, Università di Messina, Messina 18-20, Maggio 2001.

** Vittorio Olgiati. Professore associato. Facoltà di Sociologia, Libera Università degli studi di Urbino. Via Saffi 15, 61029 Urbino, e-mail: olgiati@soc.uniurb.it

Data straordinaria rilevanza delle strategie costruzionistiche in atto per "gestire" il rapporto tra diritto e società in questo particolare momento storico – estremo stadio dell'Età Assiale della Modernità "razionalizzatrice" (eurocentrica e occidentale) (Wallerstein, 1996) – la discussione che segue si pone senz'altro nell'alveo delle più recenti analisi "longitudinali" dedicate allo studio della ascesa e declino di quella specifica conformazione del moderno diritto continentale che va sotto il nome di "codificazione".

Scopo della discussione non è quello di esaminare in dettaglio il sistema codicistico in quanto "regola del gioco" della società a dominanza borghese – tema da tempo oggetto di ampia e ben documentata osservazione scientifica (per tutti: Arnaud, 1973; Tarello, 1976; Caroni, 1998) – bensì di offrire qualche spunto per tornare a riflettere criticamente sul rapporto tra i caratteri costitutivi di quel tipo di diritto e l'effettivo ordinamento socio-tecnico della reale dinamica sociale.

Naturalmente, dovendo fare riferimento ad un modello normativo e ad un contesto sociale straordinariamente complessi, il discorso sarà circoscritto alla tematizzazione di una variabile, scelta per il suo immediato valore esplicativo: il principio di uguaglianza. Si avrà così modo di notare – sia pure di succinto – come le finzioni giuridiche che presuppongono la costruzione formale ed astratta di questo principio in tanto segnano il passaggio epocale dalla "età della codificazione" alla "età della decodificazione" (Irti, 1979), in quanto operano come un vorace e corrosivo "tarlo" – per riprendere la nota espressione di Gumplowicz – dell'intero progetto/ordinamento della società borghese (Gumplowicz, 1926).

2 Il Carattere "Inautentico" del Diritto Positivo

Prima di entrare nel merito dell'argomento proposto, è opportuno ricordare brevemente i tratti salienti del diritto moderno in relazione alle variabili spazio-temporali, umane ed ambientali.

Come è noto, nel caso dei diritti antichi, sia la questione del mutamento cronologico e topografico delle diverse forme di coordinamento e controllo politico-sociale, sia la questione della differenza qualitativa tanto dei soggetti quanto delle rispettive opportunità/condizioni di vita, trovavano soluzioni tecnicamente plausibili e socialmente adeguate nel rinvio logico e fattuale ad una superiore natura "delle cose" ed ai cicli perenni dell'Alma Mater. La *ratio juris* di questo particolare rinvio escludeva, quindi, che occorresse creare delle leggi *ex novo* e che – per dirla col Bentham – "lo stampo dell'autorità dia loro corso per iscritto". D'altra parte, ove tale criterio non fosse ritenuto confacente al mutare degli eventi, si faceva ricorso all'esperienza giuridica consolidata e affinata attraverso una puntuale revisione casuistica, condotta attraverso i secoli e per intere generazioni, e tale quindi da rendere superflue, inutili, se non del tutto dannose – come ebbe a dire Savigny citando Cicerone – la stesura e la

promulgazione di “sintesi meccaniche” di norme nella forma della codificazione (Bretone, 1989; Olgiati, 1998).

In modo del tutto opposto si presentano, viceversa, le medesime questioni nel caso del diritto moderno.

Infatti, il diritto moderno, cioè – come è ben noto – quel tipo di diritto alla cui produzione ed applicazione sovrintende, per definizione, direttamente lo Stato mediante atti di volontà sovrana, si contraddistingue dai sistemi giuridici pre-moderni proprio per la sua natura razionale-artificiale e quindi non “naturalistica”, ma costruttivistica. Di qui la duplice caratteristica (a) di essere posto mediante decisione da chi, in forza di circostanze fortuite, detiene al momento il potere e (b) di valere in forza di decisioni, altrettanto estemporanee, poste al fine di stabilizzare in modo controfattuale tanto l’inesorabile scorrere del tempo, quanto la irrepressibile dinamica sociale (Luhmann, 1977). La reiterazione di questa specifica “positività” ha consentito, a sua volta, di ridefinire – come è ugualmente ben noto – significati e prestazioni di qualunque variabile in ogni ambito sociale ed ambientale: al punto che persino lo spazio ed il tempo della stessa dinamica sociale, pur essendo pienamente riconosciuti e costruiti quali veri e propri limiti, o impedimenti reali, rispetto alla realizzazione di scopi sociali o personali, sono stati cionondimeno altrettanto pienamente sussunti, sia in teoria che in pratica, come vere e proprie risorse, strumentalmente utili per implementare grandiosi progetti di ingegneria sociale o assecondare il desiderio di potenza e dominio sulla natura e sulla società (Olgiati, 2002).

Naturalmente, per rendere operativo un siffatto artificio – per cercare di nascondere la precaria realtà di questo paradosso costruttivistico – è stato necessario produrre e applicare il diritto stesso come vero e proprio “fatto sociale inautentico”, cioè come espediente meramente tecnico, ideale, formale ed astratto. E ciò è avvenuto assemblando tale un quantità di finzioni giuridiche – tecniche, terminologiche, concettuali e teoretiche (si pensi, ad esempio, alla teorica del “contratto sociale”) – da indurre le menti più lucide e politicamente avvertite a riconoscere ben presto che “il soffio pestilenziale” – come ebbe a dire Bentham – che esse diffondevano sulla vita di relazione poteva costituire il punto di partenza per una radicale contestazione del sistema dominante, ove non se ne fosse neutralizzata la consapevolezza sociale con “invenzioni” dottrinarie ancor più estreme (Olgiati, 1997).

Date tutte queste componenti costitutive, è agevole comprendere quindi come il passaggio evolutivo del diritto positivo moderno dalla tecnica della mera legislazione alla tecnica della codificazione – avvenuto proprio ai tempi di Bentham e a seguito di rivolgimenti rivoluzionari epocali – rappresenta un momento davvero epocale per l’esperienza giuridica moderna. E ciò perché segnala non solo l’impiego sistematico di un nuovi artifici tecnico-giuridici, ma anche la emergenza storica di due conseguenti esigenze ideologico-politiche, entrambe problematiche perché, di fatto, controfattuali: da un lato la pretesa della vincente borghesia liberale di perseguire l’appagante illusione di un dominio eterno ed universale mediante la radicalizzazione della modellistica

decisionistica soprarichiamata; e, dall'altra parte, la pretesa dei giuristi borghesi di poter proprio in tal modo ridurre gli effetti indesiderati di quel "soffio pestilenziale", mediante "chiusura" sistemica del diritto stesso in quanto ordinamento autonomo e autoreferenziale (Luhmann, 1997; 1990). Dunque, positivizzazione del diritto positivo mediante codificazione, per affermare il principio di "distinzione" (separatezza) dell'ordinamento – dell'ordine ideale tecnicamente ordinato – rispetto alla caotica effervescenza naturale (disordine organico) della dinamica sociale reale (Viola, 1987). Ma anche, e soprattutto, codificazione come vera e propria scelta strategica per un progetto politico che aspirava ad una egemonia "irreversibile", ma al quale peraltro – essendo stato reciso il vincolo della legittimazione tradizionale – mancava la sicurezza di un solido appiglio di legittimità "costituzionale", salvo quello – hobbesiano/kantiano – della metafisica della paura (ancestrale) mediata dall'imperativo (categorico) dell'autoconservazione (Arnaud, 1973).

Naturalmente, il successo storico di questa "scommessa" evolutiva del moderno diritto positivo codificato nell'arco di circa un secolo, non può certo essere misconosciuto o sottovalutato. Certo è tuttavia che quanto più il finzionalismo giuridico è giunto infine, muovendo dall'individualismo "proprietario" (Barcellona, 1987), alla costruzione di uno Stato del tutto "immaginario" (Costa, 1986) tanto meno è stato in grado di far fronte, in teoria come in pratica, le mai sopite, ed anzi sempre più incalzanti "dure repliche della storia".

Per rendersene conto, è sufficiente assumere come referente uno dei luoghi più frequentati sia dalla apologetica che dalla critica al sistema codicistico: il principio di uguaglianza.

3 La Codificazione come "Motore Immobile" di una Ipotetica Società "Egualitaria"

Lo stile, la struttura e i fini della moderna codificazione borghese non vanno confusi con quelli propri delle codificazioni più antiche. Certamente è vero che in entrambi i modelli dominano esigenze sistematiche per garantirne la più estesa e coerente applicazione. Ma mentre i codici dell'antichità – da quello di Hammurabi a quello di Giustiniano – pur modificando volontaristicamente la esperienza giuridica dell'epoca, sono, in realtà, raccolte e sistematizzazioni di disparati materiali giuridici preesistenti, la codificazione moderna è un vero e proprio atto originario di nuova produzione giuridica ispirata da nuovi principi ordinamentali. Tanto è vero che se è indubbio che in entrambi i tipi si ritrova l'assoluto divieto di revisione del testo per assicurarne la più lunga e duratura osservanza, tuttavia è altrettanto indubbio che questo divieto trae motivo da presupposti del tutto diversi. Infatti, mentre la (pretesa) non mutabilità degli antichi codici rinviava comunque ad una ratio juris storicamente necessitata, la (pretesa) non mutabilità della codificazione moderna è un postulato interno alla logica costitutiva della stessa codificazione, vale a dire la possibilità (controfattuale) di poter tecnica-

mente dare garanzia giuridica della prevedibilità del comportamento particolare di individui singoli, suppostamente agenti in modo conforme a ragione e in quanto persone giuridiche astratte (Cerroni, 1972; Tarello, 1976). Inoltre tanto il divieto di revisione tecnica, quanto i principi della immutabilità e della certezza delle norme, poggiano a loro volta sul presupposto teorico – non solo scientificamente infondato, ma anche politicamente pretestuoso – secondo cui la vaghezza e la mutevolezza del diritto, specie se abbinate alla variabilità delle istanze macro-sociali (incognite del mercato, rivolgimenti istituzionali, ecc.) sono ben più che dannose e pericolose, giacchè “il discontinuo ed il mutevole, non soltanto alterano i calcoli e deludono le attese dei singoli, ma sono in contrasto con le leggi di natura, che hanno sancito, una volta per sempre, le prerogative dell’individuo” (ove per “legge di natura” si intende, evidentemente, la sicurezza circa “il diritto di proprietà, la libertà contrattuale, la successione per causa di morte” quali “istituti perenni, a cui i codici aggiungono la tutela del potere dello Stato, ma che non potrebbero nè sopprimere, nè modificare”) (Irti, 1979:7; corsivo mio).

Come si vede, la caratteristica precipua della moderna codificazione borghese non è solo quella di proporsi come un vero e proprio “motore immobile”, cioè come un semplice strumento-di-lavoro la cui “fissità” è tesa a garantire la certezza delle condizioni generali utili al libero perseguimento dei fini soggettivi. E’ anche quella di dare auto-evidenza materiale – eterna ed incontrovertibile – a postulati teorici privi di qualunque fondamento di verità scientifica.

Orbene: è proprio in virtù di queste fantasiose premesse teorico-pratiche – assunte come assiomi assoluti ed incontrovertibili – che si deve alla codificazione il “merito” di aver alimentato e quindi portato a compimento il progetto (individuale) della borghesia liberale come progetto (collettivo) della società europea e occidentale.

La sintesi comunicativa di tutto ciò è notoriamente racchiusa in una formula – Libertà, Uguaglianza, Fraternità – il cui corrispettivo tecnico-giuridico si riassume nella non meno nota formula “la Legge è uguale per tutti”, ove per uguaglianza (politica e normativa) si intende la garanzia tecnica della uniformità e della certezza del trattamento giuridico di fronte allo Stato, nel quadro – come si è visto – di una rappresentazione assolutamente ideologica sia dell’una che dell’altro.

Secondo una opinione diffusa, questa sintesi comunicativa è stata uno dei maggiori punti di forza del progetto borghese. Ma – come dimostra l’andamento storico – è stata anche il suo maggiore punto di debolezza. L’uguaglianza proclamata dalla codificazione non solo non ha escluso pratiche discriminatorie, ma si è persino configurata come vera e propria ingiustizia.

Chi sostiene dunque ancor oggi la validità di quel progetto e rivendica la importanza della codificazione stessa come suo asse fondamentale non può esimersi dal riconoscere la realtà delle finzioni tecnico-giuridiche e delle mistificazioni ideologiche che obiettivamente ne costituiscono il presupposto. Pertanto, sia che non si voglia accelerare ulteriormente la decadenza dell’impianto codicistico e la decomposizione di quel progetto, ovvero si intenda evitare la banalizzazione di ideali che, sotto altra veste,

potrebbero ancora essere considerati tutt'altro che superati, si tratta – in ogni caso – di porsi quantomeno la domanda: che ne è stato e che ne è oggi del trattamento giuridico delle irreprimibili diseguglianze sociali reali in un contesto condizionato da un processo di codificazione storicamente determinato come quello di tipo liberale-borghese ?

4 Il Principio di Uguaglianza come Finzione Giuridica

Per dare risposta alla domanda di cui sopra occorre innanzitutto aver ben chiara la distinzione tra codificazione e legificazione. Per motivi ideologici, è infatti invalso l'errore di confondere il processo di codificazione proprio del progetto politico-istituzionale liberale-borghese con il processo di positivizzazione del diritto mediante legificazione proprio della modernità occidentale e quindi intendere il primo come compiuta affermazione, lineare sviluppo ed irreversibile coronamento del secondo. Poichè inoltre questa mistificante linea interpretativa non solo ricorre con riguardo all'ascesa, ma persiste anche nella fase del declino del sistema codicistico, conviene qui soffermarsi un attimo e rievocare il passato.

Senza dubbio il processo di codificazione perseguito dopo la Rivoluzione Francese è un evento che storicamente segue il processo di legificazione avviato dall'Assolutismo. Tuttavia non vi è affatto una correlazione necessaria tra una legislazione prodotta dall'alto (anche eventualmente nella forma della codificazione *un tantum*, come suggerito dalle raccolte di fonti dell'antichità) e la affermazione di un processo sistematico di codificazione in quanto sistema di diritto positivo: quest'ultimo infatti presuppone un *quid pluris*: vale a dire un più elevato e particolare livello di differenziazione funzionale tra sotto-sistemi sociali, ivi incluso il diritto (Luhmann, 1977). Lo stesso dicasi, poi – *mutatis mutandis* – per la fase storica attuale. E qui, appunto, stanno i termini qualificanti e decisivi del problema. Facciamo dunque un raffronto esemplificativo.

Se ben si considera, tra la legificazione dello Stato Assoluto e la codificazione dello Stato liberale-borghese esistono non meno di tre differenze fondamentali. In primo luogo, una differenza di quadro politico-costituzionale e dottrinale, tale per cui mentre la legificazione assolutistica prendeva le mosse dalla teoria giusnaturalistica degli obblighi di ceto e quindi imponeva un ordinamento di doveri oggettivamente differenziati, la codificazione borghese ha preso le mosse dalla teoria giusnaturalistica dei diritti soggettivi e quindi ha imposto un ordinamento di facoltà nella forma di garanzie "allargate", cioè di diritti individuali. In secondo luogo, una differenza di finalità giuspolitiche, tale per cui mentre la legificazione assolutistica escludeva poteri concorrenti e mirava all'intervento diretto (assoluto) nei rapporti cetuali tra soggetti, intesi come enti naturali e concreti e quindi diseguali, la codificazione, viceversa, si è radicata attorno agli ideali dello Stato "guardiano notturno" e – come si è già osservato – della "libertà" dell'iniziativa privata dei singoli, intesi come persone astratte e quindi

razionalmente "eguagliabili". In terzo luogo, infine, una differenza di governabilità sociale, tale per cui mentre la legificazione assolutistica "registrava" le naturali disuguaglianze sociali e quindi propendeva tecnicamente per la segmentazione gradualistica delle norme, la codificazione borghese ha "dichiarato" la formale uguaglianza dei soggetti e quindi ha optato tecnicamente per la uniformità e la universalità delle norme (Tarello, 1976; Caroni, 1998).

Come si vede si tratta di differenze davvero notevoli, e tanto più rilevanti quanto più riguardano i punti nodali della "ri-costruzione sociale della realtà" imposta dalla borghesia. L'interrogativo di cui sopra circa il trattamento giuridico delle irreprimibili disuguaglianze sociali reali in un ordinamento codicistico liberale-borghese può pertanto essere più chiaramente riformulato così: come è stato possibile ipostatizzare la finzione di una società di uguali – e dunque espungere la realtà delle disuguaglianze reali – attraverso la schematizzazione sistematica della legislazione nella forma della codificazione?

La risposta è paradossalmente semplice, nel senso che la si può sintetizzare così: quella finzione – in sè stessa rischiosa e problematica per la stessa classe borghese – è stata resa possibile dal fatto che, non già una parte, ma l'intero universo di discorso giuridico e l'intero campo d'azione delle sue pratiche e dei suoi meccanismi è stato sottoposto ad una totale ristrutturazione tecnica interna, sistematicamente imperniata sulla accentuazione (artificiale) della differenziazione – la cosiddetta "autonomia relativa" – del sistema giuridico rispetto ad ogni altro sistema sociale (Poulantzas, 1975). In virtù di questa (illusionistica ed illusoria) separatezza, è stato pertanto possibile sviluppare (di fatto) tre distinti, ma complementari, processi: (1) dislocare la dinamica delle irreprimibili disuguaglianze sociali reali fuori dal sistema giuridico – logica ed effetto di espunzione; (2) fare astrazione delle stesse disuguaglianze dentro il sistema giuridico – logica ed effetto di oscuramento; e (3) praticare la riassegnazione di senso al tema delle disuguaglianze dentro e fuori il sistema giuridico – logica ed effetto di manipolazione. In breve, in questo modo si è potuto procedere "legittimamente" (ma controfattualmente) alla neutralizzazione politica e alla rimozione ideologico-culturale del più basilare principio vitale della realtà sociale, e cioè la sua irreprimibile complessità differenziale.

Sennonchè – come è del tutto ovvio – il problema sociale delle concrete disuguaglianze non è affatto venuto meno: espunto, occultato, rimosso... eppure, sempre vivo e presente! Ineludibile. Tant'è che oggi di quella titanica opera di ristrutturazione – tesa, si ripete, alla eternità ed alla universalità del progetto borghese – non rimangono che il mito ed alcuni grandiosi reperti architettonici, operanti quasi – si potrebbe dire – a scopo di rappresentazione scenica (Warat, 1988; Arnaud, 1990). Contrariamente a proclami e agli auspici ufficiali, la "profezia" infatti non si è auto-avverata, poichè – proprio a causa di quel problema – si è passati ad un'altra fase epocale: quella della decodificazione.

Come è avvenuto questo vero e proprio tracollo? Come si è configurato il trattamento delle disuguaglianze sociali reali nella "età della decodificazione"?

5 Il Declino della Codificazione come Progetto

Affinche' la neutralizzazione politica e la rimozione ideologico-culturale delle reali diseguaglianze sociali potesse essere giuridicamente "efficace", date le caratteristiche tecniche del modello codicistico, si è reso fin da subito necessario dotare la codificazione stessa di una duplice rete di protezione tecnico-giuridica. Da un lato si è minuziosamente definito, al suo interno, un vasto repertorio di fattispecie idealtipiche, in modo da dare l'impressione della completezza e della certezza e quindi escludere qualunque tipo di deroga, glossa o interpretazione più o meno analogica rispetto al testo. Dall'altro lato, si è lasciato alla legificazione il compito – aggiuntivo e collaterale – di normare solo e soltanto con leggi eccezionali – e non con leggi speciali – i casi concreti particolari non riconducibili alle fattispecie codificate (in base al principio secondo cui "l'eccezione non contraddice, ma al contrario conferma la regola").

Senonchè nè l'uno, nè l'altro espediente hanno avuto duraturo successo. Di contro a questa sorta di "gessatura" ordinamentale si è infatti parallelamente dispiegata tutta la forza creativa e innovatrice della dinamica sociale reale, mostrando nei fatti non solo l'impraticabilità di qualunque contenimento, ma anche il crescente disincanto per la intrinseca vanità dei capisaldi teorico-pratici imposti dal progetto borghese. Così, mentre la prassi giuridica si è vista costretta a ricorrere sempre più spesso a fonti diverse e persino superiori al codice (es.: la carta costituzionale) e ad avvalersi della produzione, sempre più generalizzata, di clausole e norme speciali, la dottrina si è, a sua volta, vista costretta a rinunciare addirittura all'idea di codice come "obiettivo" strumento di garanzia per la "libertà dei fini" dei singoli individui, e ad affermare, viceversa, che anche lo Stato, in quanto persona ficta et rapraesentata non solo persegue fini propri, ma "pre-determina" selettivamente (orienta e indirizza secondo il proprio "arbitrio") quelli dei singoli, reali, attori sociali. Insomma: il moderno diritto positivo codificato, pensato e creato come universale, astratto, immutabile e certo, si è anch'esso, via via, trasformato in diritto particolare, concreto, contingente, mutevole. A tal punto che – come bene ha mostrato Irti – quanto più la legislazione speciale, estendendosi, si è giuridicamente consolidata, tanto più lo stesso codice, espropriato della originaria validità generale, ha dovuto mutare addirittura la propria prestazione funzionale: e cioè valere come mero diritto residuale ad integrazione dei più diversi micro-sistemi di norme emergenti (Irti, 1979).

Insomma, nell'arco di circa un secolo si è passati dalla centralità univoca della (fittizia) fissità del codice alla (reale) "motorizzazione" (flessibile) dell'intero sistema giuridico, ovvero – il che è lo stesso – dalla de-codificazione dello stesso diritto codificato al particolarismo riformistico della iper-legificazione e al riconoscimento del pluralismo giuridico (Schmitt, 1972; Romano, 1918). Il che – conseguentemente – ha aperto spazi di manovra per la ripresa ordinamentale delle fieramente represse ma mai sopite esperienze del cosiddetto diritto "intuitivo e vivente" e persino occasioni per imporre decisionisticamente istanze giusnaturalistiche pre-moderne.

Ma non è tutto.

Benchè quanto si è appena detto sia fondamentale per capire la svolta epocale implicata da questo radicale capovolgimento di fronte – di questo progressivo svuotamento dell'originario progetto borghese – occorre tuttavia guardare ben oltre la mera dinamica tecnico-giuridica della ri-produzione normativa. Solo un esame parallelo e contestuale dell'altra faccia della medaglia della positivizzazione – e cioè la materialità dell'enforcement – può infatti fornire una visione davvero comprensiva del processo in esame, posto che – come giustamente ha osservato Varga – “according to the logic of forced path, deformation of the conditions deforms the result as well” (Varga, 1989).

Se dunque si esamina il contiguo terreno dell'enforcement materiale, non si può non notare come il percorso forzato verso la realizzazione “universale” degli (irrealistici) ideali borghesi mediante codificazione si è bensì sostanziato – come si è detto – nella astrazione delle disegualianze reali dentro il sistema, nella dislocazione delle stesse fuori dal sistema e nella riassegnazione di senso dentro e fuori di esso, ma al prezzo di una straordinaria perdita di capacità regolativa dell'intero universo di discorso tecnico-giuridico. Infatti, al conclamato – ma apparente – dominio del diritto ha in realtà corrisposto – come ha dovuto riconoscere lo stesso Weber – l'effettivo, incontenibile, dispiegamento della “irresistibile potenza” degli apparati del controllo tecnico-scientifico-amministrativo. Certamente il diritto, specie se ufficiale-formale, si è sempre avvalso di siffatti apparati strumentali. Nè - come la storia insegna – potrebbe essere altrimenti. Ma mai si è verificato in modo così sistematico ciò che è accaduto al diritto borghese: e cioè che ad apparati tecnico-scientifico-amministrativi orientati alla “razionalizzazione” venisse affidato il compito di inverare un sistema e un progetto giuridico-politico costruiti su di una tale quantità e varietà di finzioni, tutte e ciascuna così razionalmente “incredibili” sotto il profilo scientifico-manageriale, da pregiudicare la “credibilità” complessiva del diritto stesso.

Come è agevole comprendere, il riscontro è assolutamente decisivo. Esso merita perciò di essere precisato. Per il momento basti qui rimarcare con forza che non è nella combinazione discorsiva di quelle tre strategie soltanto – cioè nella mera semantica della comunicazione giuridica – ma è nel loro conseguente e ben più sostanziale radicamento nell'azione microfisica di tali apparati che va individuato ben oltre l'ascesa e il declino della codificazione borghese, addirittura – e questa è davvero la cosa più rilevante – la sussunzione e quindi la “perdita di senso” del moderno diritto positivo rispetto alla “razionale” capacità “normativa” – vincolante – del sapere/potere tecno-scientifico istituzionalizzato, e dunque il declassamento epocale del diritto stesso come meccanismo generalizzato di regolazione sociale anche per il futuro.

6 Dal Governo della Legge alla Governabilità Tecnico-Scientifico-Amministrativa

Come si è detto più sopra, la crisi del modello codicistico non deriva (soltanto) dal crescente “riformismo” legislativo – cioè da una logica autoriproduttiva interna al sistema giuridico – ma anche (e soprattutto) dal fatto che quanto più il progetto borghese

ha tentato di "neutralizzare" una volta per sempre la concreta dinamica sociale, tanto più ha dovuto gestire questa velleitaria pretesa ed i suoi inevitabili effetti sociali in termini fattuali, concreti ed operativi, attraverso apparati operanti secondo una propria razionalità strumentale.

Ora, se si esamina il trattamento forzato delle reali disegualianze sociali dentro e fuori l'ambito del diritto positivo codificato, ci si rende immediatamente conto che anche questi apparati sono stati sollecitati a promuovere logiche e competenze specifiche e a sviluppare processi di differenziazione funzionale sub-sistemica, dovendo costitutivamente combinare gli opposti, vale a dire, rendere operante un diritto-di-carta sempre più farraginoso sul corpo vivente e dinamico del più ampio sistema sociale. Di qui il crescente ricorso al sapere/potere tecnico-scientifico, data la maggiore rispondenza – prevedibilità, efficacia, ecc. – dei suoi metodi e dei suoi esiti concreti rispetto alle fallaci previsioni normative.

La risultante di questo complesso intreccio di variabili spiega quindi la affermazione di una ulteriore deformazione del progetto borghese: e cioè – come si accennato – il venir meno del (conclamato, ma impraticabile) Governo della Legge, a favore della (effettiva) Governabilità per mezzo degli apparati tecnico-scientifico-amministrativi.

Circa il nesso sapere/potere di questi apparati si può qui senz'altro rinviare il lettore alle ben note, acute analisi di Foucault, a cui va il merito di aver messo il luce le caratteristiche salienti di questo particolare passaggio evolutivo. Per quanto riguarda l'impatto socio-istituzionale della loro azione si possono qui evidenziare quantomeno i momenti di svolta più significativi. Innanzitutto, il fatto che alla definizione tipico-ideale di fattispecie giuridiche da parte del legislatore si è affiancata e poi ha prevalso la modulazione microfisica delle pratiche di controllo e di coordinamento dei soggetti reali, in quanto azione politica di ingegneria sociale non pseudo-scientifica e finzionale, ma rigorosamente "scientifico-manageriale". Cosa che, a sua volta, abbinando finzione e realtà, ha di fatto incrinato l'appealing ideale della ideologia dominante, ha svelato la realtà della "mano invisibile" ed ha creato "disincanto" in seno alla stessa classe borghese. In secondo luogo, il fatto che alla centralità universalistica e astratta della Legge invocata dai giuristi e alla Governabilità reale praticata dai "funzionari" si è contrapposta la rivendicazione della autonomia e della auto-regolazione della Società civile, quali esigenze di principio – di civiltà, non meno che di razionalità sostanziale – già proclamate sulla carta, ma poi non realizzate nei fatti. Da ciò hanno pertanto tratto alimento aspettative cognitivo/normative diffuse e rivendicazioni di diritti di status e entitlements non previsti ma consequenziali, ovvero non soddisfatti, ma astrattamente "promessi". In terzo luogo, infine, il fatto che alla applicazione formale del diritto da parte degli apparati tecnico-scientifico-amministrativi si è sovrapposta la pervasività informale della crescente "trasposizione dei fini" attivata dagli stessi apparati, in quanto meccanismo di condizionamento e di scambio nella lotta politica tra Stato politico e Società civile. Il che ha accresciuto a dismisura il potere dispositivo di questi apparati e, di conseguenza, anche la distanza tra l'uno e l'altra.

In sintesi, si può dunque dire che proprio in virtù dei potenziali (ipotetici) e dei limiti (reali) della codificazione, la Governabilità materiale degli apparati ha sempre prevalso sulla Sovranità formale della Legge, o - se si preferisce - che la sovranità dei cittadini, come cifra della uguaglianza politico-giuridica, è diventata bensì, sia pure formalmente, un diritto - un privilegio allargato - ma si è nel contempo immediatamente dissolta nelle pratiche e nei meccanismi microfisici del disciplinamento e del controllo tecnico-scientifico-amministrativo.

La teoria del cosiddetto "Stato-di-diritto", sviluppatasi - come è noto - nel momento della massima affermazione del progetto borghese è stata ed è - come è altrettanto noto - la più compiuta espressione apologetica di questo stato di fatto, ancora sorretto da un alone di consenso sociale in virtù dell'implicito rinvio alla tensione costitutiva tra "essere" e "dover essere" del diritto. Ma già con la "Dottrina pura del diritto" apparsa alla fine della Belle Epoque si è giunti infine al più estremo - tanto raffinato quanto effimero - modello di finzionalismo giuridico moderno - tutto impernito solo e soltanto sulla cortocircuitazione di un "dover essere" puramente ipotetico - e con ciò, non a caso, si è giunti anche alla fine della età a dominanza borghese.

Da questo momento in poi, infatti, lo Stato-ordinamento - l'insieme di tutti i suoi apparati e di tutte le sue logiche - ha addirittura "colonizzato" - come direbbe Teubner - la Società civile, provocando al proprio interno una triplice crisi - fiscale, gestionale e di legittimazione - tutt'ora in atto. Nel contempo e di conseguenza tutti i capisaldi teorico-pratici della codificazione sono stati abbandonati, per non dire, più esattamente, rinnegati. Come ha lucidamente riconosciuto Luhmann, funzione primaria del diritto positivo contemporaneo non è affatto quella di rendere univocamente certi, stabili e sicuri i rapporti sociali, bensì quella di generalizzare le aspettative, consentire la variabilità strutturale e favorire la selezione di alternative potenziali. E' del tutto irrilevante se sussistano o meno leggi "immutabili" o di rango superiore: la mutabilità del diritto è considerata un semplice fatto di routine. La legittimità del diritto non riposa su valori condivisi e tantomeno su principi universali e perenni, ma su punti di vista modificabili e sulla legittimazione politica procurata tramite procedimento (Luhmann, 1990). Come si vede, chi cercasse in questi nuovi criteri la affermazione normativa delle grandi "promesse della Modernità" - anche solo, ad esempio, il riconoscimento formale della eguaglianza - non potrebbe che rimanere sostanzialmente deluso (Habermas-Luhmann, 1973).

Insomma: è finita un'epoca. Ma già ne incomincia una nuova: quella del diritto positivo cosiddetto "sostenibile". Cosa questo aggettivo possa significare, non è affatto chiaro. Ma tant'è: anche in questo caso sarà poi il tempo storico della dinamica sociale reale a dettare - come sempre - la sua regola.

Referências Bibliográficas

- ARNAUD, A.J., *Analyse structurale du code civil français*, LGDJ, Paris, 1973.
- _____, *El derecho sin mascara. laboratorio de sociologia juridica*, San Sebastian, 1990.
- BARCELLONA, P., *L'individualismo proprietario*,, Torino, 1987.
- BENTHAM, J., *The works of Jeremy Bentham*, J.Bowring ed., Edimburgh, 1838-1843.
- BRETONE, M., *Le norme e il tempo tra tradizione classica e coscienza moderna, materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIX, n. 1, 1989.
- CARONI, P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano, 1998.
- CERRONI, U., *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962.
- COSTA, P., *Lo stato immaginario*, Giuffrè, Milano, 1986.
- GUMPOLOWICZ, L., "Ausgewählte Werke", vol. II, *Grundriss der sociologie*, Innsbruck, 1926.
- HABERMAS, J.; LUHMANN, N., *Teoria della società o tecnologia sociale?*, Etas Compass, Milano, 1973.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- LUHMANN, N., *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1997.
- _____, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- OLGIATI, V., "Iura Inania. Illusions and virtuality of legal fictions", paper presentato a *IISL-Onati Workshop The Hidden Structures of Law*, (in stampa), 1997.
- _____, "The paradigm shift of a key concept", *Norm Production in Contemporary Sociology of Law in Europe, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 41, 1998, Special Issue. 1998.
- _____, "Risk, Professions and the claim for human rights", in V. OLGIATI, L. ORZACK, M. SAKS, (eds.), *Professions, identity and order in comparative perspective*, Onati Papers, n. 4/5, IISL-Onati, 1998.
- _____, *Spazio e diritto. La dimensione spaziale del diritto e la costruzione giuridica dello spazio*, Ed. RAI-ERI, (in stampa), 2000.
- POULANTZAS, N., *Pouvoir politique et classes sociales de l'Etat capitaliste*, Maspero, Paris, 1975.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918.
- SCHMITT, C., *Le categorie del politico* (a cura di G. Miglio e P.Schiera), Il Mulino, Bologna, 1972.
- TARELLO, G., "Storia della cultura giuridica moderna", Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- VIOLA, F., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987.
- VARGA, C., "Liberty, equality and the conceptual minimum of legal mediation", in N. MACCORMICK and Z. BANKOWSKI (eds.), *Enlightenment, rights and revolution*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989.
- WALLERSTEIN, I., *Social science and contemporary society: The vanishing guarantees*

of rationality, international sociology, vol. 11, n.1, 1996.

WARAT, L.A., *Manifesto do surrealismo juridico*, Ed. Academica, Sao Paulo, 1988.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

La Desobediencia Civil, la Accion Revolucionaria y la Accion Comunicativa

Arturo Berumen Campos

"este espíritu experimenta que su supremo derecho es el supremo desafuero, que su victoria es más bien su propio declinar"

Hegel: Fenomenología

Sumario: Introducción. 1. La desobediencia civil entre la justicia y la seguridad jurídica. 2. La desobediencia civil entre la resistencia al tirano y el derecho revolucionario de las masas. 3. La desobediencia civil entre la acción revolucionaria y la acción comunicativa.

Resumen: El siguiente trabajo tiene como propósito comparar (diferencias y semejanzas) entre la desobediencia civil y la acción revolucionaria y a ambas con la acción comunicativa. El resultado de este análisis nos conduce a concluir que ambos tipos de oposición social no tan sólo no son incompatibles, sino que la primera puede transformarse en la segunda, en contextos de deterioro de las condiciones de estabilidad social. Se señala también que, para que la acción revolucionaria pueda ser capaz de crear nuevas instituciones debe mediar y ser mediada por la acción comunicativa.

Sumário: Introdução. 1. A desobediência civil entre a justiça e a segurança jurídica. 2. A desobediência civil entre a resistência ao tirano e o direito revolucionário das massas. 3. A desobediência civil entre a ação revolucionária e a ação comunicativa.

Resumo: O seguinte trabalho tem como propósito comparar (diferenças e semelhanças) entre a desobediência civil e a ação revolucionária e a ambas com a ação comunicativa. O resultado dessas análises nos conduz a concluir que os dois tipos de oposição social não somente são compatíveis, como pode haver a transformação do primeiro no segundo, em contextos de deterioração das condições de estabilidade social. Assinala-se também que, para que a ação revolucionária possa ser capaz de criar novas instituições deve mediar e ser mediada pela ação comunicativa.

Summary: Introduction. 1. Civil disobedience between justice and juridical security. 2. Civil disobedience between resisting the tyrant and the masses right to revolution. 3. Civil disobedience between revolutionary action and communicative action.

Abstract: The following work has the purpose of comparing (differences and similarities) civil disobedience and revolutionary action and then both of them with communicative action. The results of these analysis lead us to the conclusion that both kinds of social opposition are not compatible as well as the transformation of one into the other is possible, contexts in deterioration of the social stability conditions. It is also seen that for the revolutionary action to be capable of creating new intitutions, it must mediate and be mediated by the communicative action.

Introducción

La pertinencia de la desobediencia civil se hace patente, paradójicamente, en el momento en que aparece aplastada entre la violencia del terror atomizado y el terror institucionalizado. La desobediencia civil, ya sea como remedio no violento o como violencia mínima revolucionaria contra la injusticia, parece ser la única alternativa a la pura violencia del terrorismo o a la violencia máxima de la guerra, puesto que su finalidad es restaurar la justicia y la racionalidad comunicativa de los contendientes.

1 La Desobediencia Civil Entre la Justicia y la Seguridad Jurídica

Las características de la desobediencia civil revelan no tan sólo una contradicción, o una tensión, como se dice ahora, entre dos de los más tradicionales valores jurídicos: la justicia y la seguridad jurídica, sino también un intento dramático por superarla. La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica, es el ejemplo más dramático de, lo que Hegel llama, la verdadera tragedia del espíritu; la contradicción entre dos valores positivos, necesarios ambos para lograr la convivencia humana, es decir, el bien común, que es el tercer valor tradicional del derecho.

La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica es, por tanto, muy antigua. Se expresa ya, en la *Antígona* de Sófocles, en la que la justicia es el sentimiento de la fraternidad, y la seguridad jurídica es la justificación del poder. Ambos valores son necesarios para la estabilidad del Estado, pero pueden estar y, de hecho están en contradicción. Escoger cualquiera de ellos, desechando al otro, traería graves perjuicios a la comunidad. En esto consiste la verdadera tragedia, según Hegel, en que dos valores positivos se enfrentan irremediablemente, el uno al otro. Si se escoge la justicia y se desobedece la ley, la seguridad jurídica se viene abajo. Si se obedece la ley y se comenten injusticias, no puede haber bien común. En ambos casos, dice Hegel, "el cumplimiento de la una suscita el de la otra, y lo suscita como una esencia infringida y, ahora hostil, que clama venganza."¹

¹ Hegel, *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 2000, p. 277. La referencia completa es la siguiente: "La ley manifiesta para ella (para la autoconciencia ética) se halla enlazada en su esencia con la ley contrapuesta: la esencia es la unidad de ambas; pero la acción sólo lleva a cabo una de ellas en contra de la otra. Ahora bien, como se halla entrelazada con ésta en la esencia, el cumplimiento de la una suscita el de la otra, y lo suscita como una esencia infringida y ahora hostil, que clama venganza. Ante la acción sólo aparece a la luz uno de los lados de la decisión en general; pero la decisión es en sí lo negativo, u lo que se enfrenta otro, extraño para ella, que es el saber. Por tanto, la realidad mantiene oculto en sí el otro lado extraño al saber y no se muestra a la conciencia tal y como es en y para sí —ante el hijo no se muestra el padre en quien lo ha ultrajado y a quien mata—, no se muestra la madre en la reina a quien toma por esposa. Ante la autoconciencia ética acecha, de este modo, una potencia tenebrosa que sólo irrumpe una vez consumado el hecho y que sorprende in fraganti a la autoconciencia; pues el hecho consumado es la oposición superada del sí mismo que sabe y de la realidad que se enfrenta a él. Lo que obra no puede negar el crimen y su culpa: el hecho consiste en poner en

Así como están definidos abstractamente, los valores jurídicos de justicia y de seguridad son inconciliables. A pesar de ello, la teoría de la desobediencia civil trata, hasta donde sea posible, de conciliarlos. Este esfuerzo de conciliación se evidencia en las propias características de la desobediencia civil que le adscribe la teoría. El primer requisito que, según Rawls, debe cumplirse para que la desobediencia al derecho sea legítima moralmente, consiste en tratar de anular una norma (general o particular, en términos de Kelsen) notoriamente injusta. Aunque más adelante intentaremos aclarar el sentido de esta expresión "Notoriamente injusta", es claro que no cualquier injusticia o cualquier opinión de injusticia en las normas jurídicas, justifica la desobediencia civil a las normas jurídicas.

Por lo que se refiere a la seguridad jurídica, las otras tres características de la desobediencia civil tratan de minimizar su afectación. En primer lugar, la no violencia reduce la inseguridad jurídica a la afectación moral o psicológica; en segundo lugar, el agotamiento de los recursos legales para reparar la injusticia (una especie de principio de definitividad para la procedencia de la desobediencia civil), proporciona la oportunidad de resolver el conflicto dentro de la sistemática del propio sistema jurídico, al que pertenece la norma injusta, y, por último, la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil, además de su efecto moral sobre el público, mantiene aunque sea diluida, la certeza sobre la aplicación normativa.²

Concebida como un intento de conciliar la contradicción entre justicia y seguridad jurídica, la desobediencia civil es considerada por Hanna Arendt, como la última instancia para modificar o anular una norma jurídica, general o particular, de notoria injusticia.³ Su finalidad no es, pues desconocer todo un sistema jurídico, como lo podría ser la de una *desobediencia revolucionaria*, sino apelar al último fundamento de un sistema jurídico que, en opinión de la misma autora, es el sentimiento de justicia de la comunidad que lo sustenta.⁴

Sin embargo, como la eficacia de la desobediencia civil depende del apoyo creciente de la población, durante su implementación pueden, fácilmente, rebasarse los límites que la caracterizan y ocasionar problemas en la seguridad jurídica de una comunidad política, y, en consecuencia, disminuir su aceptación social, tal y como ha sucedido en los casos de protestas estudiantiles o electorales, en diversos países, y en el nuestro. Es importante, por ello, comparar la desobediencia civil de otras formas de oposición a un régimen político y jurídico, para ver en que medida se pueden distinguir de ellas.

movimiento lo inmóvil, en hacer que brote lo que de momento se halla encerrado solamente en la posibilidad, enlazando con ello lo inconsciente a lo consciente, lo que no es al ser. En esta verdad surge, pues, el hecho a la luz del sol: surge, como algo en que lo consciente se conjuga con lo inconsciente, lo propio con lo extraño, con la esencia desdoblada cuyo otro lado experimenta la conciencia, experimentándolo también como el lado suyo, pero como la potencia infringida por ella y convertida en su enemiga."

² Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, México, Cárdenas, 2003. p. 457.

³ Arendt, Hanna, "Desobediencia civil", en *Crisis de la república*, Madrid, Taurus, 1973, p. 107.

⁴ *Idem*, p. 84.

2 La Desobediencia Civil entre la Resistencia al Tirano y la Acción Revolucionaria de las Masas

Rawls considera que la desobediencia civil puede ser un recurso moralmente aceptable y razonablemente eficaz, en un régimen jurídico casi-justo.⁵ Lo cual parece significar, que no pueden justificarse, moralmente hablando, es manera de oponerse a un régimen abierta o totalmente injusto.

2.1 La resistencia al tirano

De hecho, en la historia de las ideas políticas se ha discutido la validez ética de la resistencia al tirano y, del derecho revolucionario de las masas, entre otras formas de oposición. La primera de ellas, es de raigambre cristiana. En la tradición tomista, el filósofo español Francisco Suárez, justificaba el derrocamiento e, incluso, la muerte del tirano, para restablecer el bien común, como fin normal del derecho.⁶ Claro está, que para que fuera legítimamente moral la resistencia al tirano, se requería que se presentaran ciertos requisitos: que el “bien común” se hubiera convertido en bien particular del gobernante o de sus allegados al poder; que no existiera ningún otro medio para hacer entrar en razón al gobernante transgresor y que no se siguiera un daño peor para la comunidad con la resistencia que con la opresión.

Se nota, en esta teoría, así como en la desobediencia civil, una preocupación o una tensión entre la justicia y la seguridad jurídica, pues sostiene que la resistencia al tirano es legítima sólo cuando no traiga consecuencias demasiado gravosas para la población. Sin embargo, su justificación última –la recuperación de la soberanía a manos del pueblo, por ausencia o por usurpación del rey- implicaba la posibilidad de su uso político e ideológico por los dirigentes de la Iglesia Católica. El mismo Suárez la formuló, para justificar la rebelión de los ingleses contra Enrique VIII que se había apartado del papado.

En México, fue utilizada para justificar la rebelión conservadora contra la reforma juarista y, la rebelión cristera contra el régimen posrevolucionario. No hay que olvidar, empero, que también dicho fundamento último, influyó, en alguna medida, en la rebelión de independencia, de muchas naciones latinoamericanas con respecto de España, entre ellas, nuestro país. Ha sido esta inversión, uno de los ejemplos más claros de la redeterminación ética de una ideología política.⁷

Desde una perspectiva marxista e, incluso, desde el punto de vista de la desobediencia civil, la teoría de la resistencia al tirano, no sería del todo justificable,

⁵ Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1985, p. 331.

⁶ Berumen, Arturo, *op.cit.*, p. 449.

⁷ Berumen, *op. cit.*, p. XX: “La idea completa es de Hegel: la idea de superar la ideología y conservar la moral. La famosa *aufheben*. La expresión (de redeterminación) es la mitad de Hegel y la mitad nuestra, al menos en su uso como superación y conservación”.

puesto que no remedia la injusticia, ya que suple a un tirano por otro peor y sólo ocasiona inestabilidad y daños sociales graves. No alcanza la justicia y perturba, gravemente, la seguridad jurídica.

2.2 La acción revolucionaria de las masas.

Por su parte, la acción revolucionaria de las masas, genuinamente marxista, es una teoría comparable y opuesto a la teoría de la desobediencia civil. Se pueden destacar, de este modo, sus semejanzas y sus diferencias.

Entre las semejanzas, podemos señalar que ambas, tanto la desobediencia civil como la acción revolucionaria de las masas, son un medio de lucha contra las injusticias. Sólo, que la teoría de la desobediencia civil, la considera como una lucha contra una norma injusta, perteneciente a un sistema, en general, casi justo, según Rawls,⁸ mientras que la desobediencia revolucionaria lucha contra todo un sistema jurídico injusto, de acuerdo a la opinión de Hanna Arendt.⁹

2.2.1 La norma notoriamente injusta

Ahora bien, lo que los revolucionarios y los desobedientes civiles entienden por norma injusta puede llegar a ser muy diferente, según el concepto que se tenga de justicia. En este sentido los paradigmas de ambos pueden encontrarse en Marx, y en Rawls, respectivamente.

Presuponiendo la distinción aristotélica entre justicia conmutativas y justicia distributiva, Marx considera, que el sistema capitalista no puede ser un sistema justo, puesto que, la necesidad de la plusvalía para la reproducción de la existencia del capital, no tan sólo impide la realización de la justicia conmutativa en las relaciones laborales, sino que incrementa los niveles de la injusticia distributiva, es decir, los niveles de desigualdad entre las clases sociales.¹⁰

Por esta razón, en definitiva, sólo transformando revolucionariamente todo el sistema capitalista, se puede estar en condiciones de alcanzar, no ya una justicia distributiva, basada en la proporcionalidad de los méritos o las culpas, sino una justicia redistributiva, basada en la desigualdad de necesidades de cada clase social. Lo cual no quiere decir que, en determinadas circunstancias y en determinadas épocas históricas, no se pueda luchar jurídica y políticamente con éxito, para reducir los márgenes de injusticia y de desigualdad, dentro del sistema capitalista.¹¹

⁸ Rawls, *op.cit.*, p. 331.

⁹ Arendt, *op.cit.*, p. 84.

¹⁰ Berumen, *op.cit.*, pp. 312-322.

¹¹ *Idem*, pp. 297-322.

En cambio, la justicia para Rawls, se compone de tres principios básicos: la igualdad de libertades, la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia.¹² El primer principio de la justicia, significa que todos los miembros y grupos de una sociedad bien ordenada, deben tener las mismas libertades compatibles con las libertades de los demás. Es el principio fundamental de la justicia. Su violación por una norma jurídica, general o particular, atenta contra el principio fundamental de justicia. Por ello, contra una norma o una institución que vulnere tal principio, es justificable moralmente la desobediencia civil.¹³ Ejemplo de ello, son las leyes que permiten la esclavitud, la discriminación racial, cultural, religiosa y sexual, entre otras. Fue, precisamente, contra este tipo de normas jurídicas injustas que se hicieron los movimientos de desobediencia civil en la India por Gandhi, y en los Estados Unidos, por la defensa de los derechos civiles de las minorías, con bastante éxito.¹⁴

Para Hanna Arendt, las normas jurídicas que atentan contra este principio de libertad igual, rompen el fundamento básico de cualquier sociedad: el consensus universalis, al excluir del mismo a los grupos o a los individuos discriminados.¹⁵ Cabría plantearse aquí, la cuestión de si la discriminación de las comunidades indígenas de nuestro país, durante tanto tiempo, no atenta contra este principio del consenso universal, o lo que es lo mismo, contra la libertad igual para todos los mexicanos y, en consecuencia, si se justificaría un movimiento indígena de desobediencia civil, en nuestro país.

Claro que, en nuestro país no existe, una norma jurídica general que, establezca una discriminación contra los indígenas sino que, ésta se da de ipso y subrepticamente. Por esta razón, tal vez, la desobediencia civil indígena, podría plantearse con el propósito de establecer una legislación, (o en normas jurídicas particulares) que prohibiera dicha discriminación fáctica, pues la función de una institución de esta naturaleza tendría que ser la inclusión de los indígenas en el "consensus universalis" de la nación mexicana.

Por lo que se refiere al segundo principio de la justicia en Rawls, la igualdad de oportunidades, su violación, también podría justificar moralmente a la desobediencia civil.¹⁶ Este principio establece que no se valen o no se deben permitir desigualdades arbitrarias, es decir, las desigualdades basadas en la desigualdad de oportunidades, o, en otras palabras, no son legítimas las desigualdades que se generan con base en privilegios, en favoritismos o en la parcialidad de los funcionarios del gobierno.¹⁷ O sea, *a contrario sensu*, sí se permiten o sí son válidas las desigualdades no arbitrarias, es

¹² Rawls, *op.cit.*, pp. 62-118.

¹³ *Idem*, p. 338.

¹⁴ Arendt, *op.cit.*, pp. 98, 99.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Rawls, *op.cit.*, p. 338.

¹⁷ Berumen, *op.cit.*, pp. 257-263.

decir, las que surgen de la proporcionalidad de los méritos o de las culpas, y no de los privilegios, favoritismo o parcialidades.¹⁸

En consecuencia, la desobediencia civil sólo se justifica contra leyes o decisiones jurídicas que, obstaculiza la igualdad de oportunidades, y por tanto, generan desigualdades no basadas en los propios méritos, sino en tales privilegios, favoritismos o parcialidades. Es posible que, por la violación de este principio de la igualdad de oportunidades, por las leyes o las decisiones electorales que favorezcan, parcialmente, a algún partido injustamente, se justifiquen los movimientos de desobediencia civil contra los fraudes electorales tan comunes en nuestro país, pues generan desigualdades políticas arbitrarias.

Por lo que se refiere al tercer principio de la justicia, el principio de la diferencia, es dudoso que proceda, moralmente, la desobediencia civil, pues las violaciones también son difíciles de reconocer.¹⁹ Este principio establece que las desigualdades también serán válidas si benefician o perjudican a todos, aunque los beneficien o los perjudiquen en distinto grado, presuponiendo, claro está, la igualdad de oportunidades.²⁰ Por ejemplo, se me ocurre que la ley que establece el reparto de utilidades, podría decirse que, respeta el principio de la diferencia, pues, aunque a los patrones les toque una mayor proporción del reparto, también los trabajadores se benefician del mismo, aunque sea en menor proporción.

Para Rawls, es difícil determinar cuando se viola este principio, porque depende de las concepciones teóricas y, de la información estadística que se tenga sobre cuestiones económicas y financieras. Sin embargo, nos parece que la violación a este principio es bastante clara, pues una norma jurídica o una institución económica o social que sólo beneficiará o perjudicará a un grupo social y no a los demás, en alguna medida o proporción, no cumpliría con la exigencia de que debe beneficiar o perjudicar a todos, aunque sea en diferente medida. Es claro, por ejemplo, que una ley fiscal que gravara a todos los grupos sociales, aunque fuera en distinta proporción, pero exentara al grupo de, digamos, inversionistas bursátiles, sería claramente injusta, por la violación del principio de la diferencia, y es posible que contra dicha ley procediera moralmente, la desobediencia civil.

Lo que realmente se dificultaría, es como justificar la diferencia en la proporción del beneficio o del perjuicio de una norma jurídica, o de una institución. Es decir, la dificultad reside en como determinar si existe o no existe la igualdad de oportunidades. No vemos otro criterio que los que proponen Aristóteles y Marx; según los méritos o según las necesidades, respectivamente. Los beneficios deben ser directamente proporcionales a los méritos y las culpas, e inversamente proporcionales a las necesidades. Aunque, cabría decir también que, tanto los beneficios como los perjuicios

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Rawls, *op.cit.*, p. 339.

²⁰ *Idem.*, p. 68.

deben corresponder de una manera inversamente proporcional a las necesidades, pero, para que en el futuro, lo sean directamente proporcional a los méritos.²¹ Cabría también preguntarse si procedería la desobediencia civil, si las normas y las instituciones jurídicas no tienden a generar igualdad de necesidades, por atentar contra el principio de la igualdad de oportunidades.

Como conclusión de la comparación de la desobediencia civil y, la desobediencia revolucionaria, con respecto de los principios de justicia, podemos decir, que no necesariamente se contradicen ambas, pues no vemos como no puedan aceptar los marxistas revolucionarios las acciones de la desobediencia civil por estos motivos, aunque sólo fuera para disminuir las injusticias de un sistema que ellos consideran “no justo” o, incluso, para preparar una revolución que cambie todo el sistema. Por su parte, los teóricos de la desobediencia civil también podrían aceptar la moralidad de una desobediencia civil generalizada, en el caso de que un sistema jurídico, que ellos consideran “casi justo”, deviniera en otro injusto, aunque los temores a la desestabilización social de Rawls, puedan estar justificados, parcialmente.²²

2.2.2 El agotamiento de los recursos legales

Para evitar o reducir al mínimo estos riesgos para la seguridad jurídica, para la procedencia moral de la desobediencia civil, no basta que se ejerza contra una norma o una institución jurídica notoriamente injusta, sino que además, se hayan agotado, infructuosamente, todos los recursos legales existentes para anular o contrarrestar los efectos injustos de la misma. Compararemos, ahora, la revolución y la desobediencia civil, a este respecto.

Los revolucionarios marxistas no consideran en general, que los derechos y los procedimientos legales puedan, en principio, hacer del sistema jurídico, un sistema justo. Pero no excluyen su utilización, cuando menos, para dos propósitos: utilizar el derecho a favor de los marginados y utilizar el derecho para develar las ideologías jurídicas que lo hacen aparecer como justo ante la conciencia moral de las minorías.²³

En este sentido son ilustrativos los intentos de Trotsky para despertar la conciencia revolucionaria de las masas, por medio de procedimientos jurídicos: en el juicio contra el Soviet de 1905; en las negociaciones de paz con Alemania en 1918 y en los juicios en que tuvo que intervenir, en Noruega, con motivo de los procesos de Moscú en 1936.²⁴

²¹ Berumen, *op.cit.*, p. 324.

²² Rawls, *op.cit.*, pp. 323, 340.

²³ Berumen, *op.cit.*, pp. 483-489.

²⁴ En su discurso de defensa, durante el juicio contra el Soviet de 1905, Trotsky, que era su presidente, entre otras cosas dijo: “El Soviet trató de organizar a las masas y de explicarles el significado de los acontecimientos. No estaba preparando una insurrección; estaba preparándose para una insurrección. Ciertamente era que las masas no tenían armas. Pero, independientemente de

En la motivación, que guía estos actos jurídicos coinciden ambos tipos de movimientos –la desobediencia civil y la acción revolucionaria–: la apelación a la conciencia de justicia de las mayorías. Tanto Hanna Arendt, con John Rawls, consideran a la desobediencia civil, no como un movimiento de la minoría contra la mayoría, si no como, un llamado a la mayoría para que reconsidere y se ponga en lugar de la minoría y, reflexionen sobre las razones que la impulsan a la desobediencia civil.²⁵ Por ello, se considera a la desobediencia civil como la verdadera y última instancia de un sistema jurídico, “casi justo”, para modificar una norma injusta notoriamente.²⁶

El agotamiento de los recursos legales, para remediar la injusticia (una especie de principio de definitividad de la justicia para que proceda la desobediencia civil) es, al parecer, la mejor tribuna para apelar a la conciencia de las mayorías. Es en los procesos jurídicos donde se puede argumentar éticamente contra la norma jurídica injusta y es, al mismo tiempo, una clara señal de que los desobedientes civiles no buscan alterar el orden o introducir la inestabilidad o la inseguridad jurídica.

Esto es así, según Rawls, no porque se pretenda deslegitimar al Estado ante las mayorías, sino, precisamente, al contrario, para hacer entender al Estado que adquirirá mayor legitimidad ante las mismas, si accede a la pretensión justa de la minoría apoyada o, cuando menos, no obstaculizada por las mayorías.²⁷ Precisamente, por el miedo a la deslegitimación, va a decir Habermas, el Estado accederá a las pretensiones de los desobedientes civiles.²⁸

cuán importantes puedan ser las armas, no es en ellas, señores jueces, donde reside el gran poder. ¡No! No es en la capacidad de las masas para matar a otros, sino en su gran disposición para morir, lo que asegura en última instancia la victoria del levantamiento popular.” (Deutscher, Isaac, Trotsky, *El profeta armado*, trad. José Luis González, Editorial Era, México, 1976, p. 161). En las conversaciones de la paz de Brest-Litovsk de 1918, Trotsky, Comisario de pueblo de relaciones exteriores de la Rusia Soviética, expresó: “Nos retiramos de la guerra. Lo anunciamos a todos los pueblos y gobiernos (...) Al mismo tiempo declaramos que las condiciones que nos han impuesto los gobiernos de Alemania y Austria-Hungría están en fundamental conflicto con el interés de todos los pueblos (...) Nos negamos a suscribir las condiciones que el imperialismo alemán y austrohúngaro escribe con la espada en la carne de naciones vivas. No podemos estampar la firma de la revolución rusa en un tratado de paz que acarrea opresión, aflicción y desgracia a millones de seres humanos.” (*Idem*, pp. 340, 341). Por último, en un juicio en Noruega, Trotsky, exilado político, expresó: “El asesinato de Kirov no ha quebrantado un solo instante el poder absoluto de la burocracia; le ha dado, por el contrario, la posibilidad ansiada de exterminar por centenares a los hombres que teme, de cubrir de barro a sus adversarios y de sembrar la desorientación en la conciencia de los trabajadores. Los resultados de la aventura de Nikolaiev han confirmado enteramente –¿podría ser de otra manera?– la vieja condenación marxista del terrorismo a la cual he permanecido fiel durante cuarenta años, y que no pienso revisar hoy.” (Trotsky, *Los crímenes de Stalin*, México, Juan Pablos Editor, 1973, p. 59).

²⁵ Rawls, *op.cit.*, p. 347.

²⁶ Rawls, *op.cit.*, p. 354, Arendt, *op.cit.*, p. 107.

²⁷ Rawls, *op.cit.*, p. 350.

²⁸ Habermas, “La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático”, en *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Ediciones, Barcelona, Península, 2000, p. 54.

Podríamos decir, que la desobediencia civil debe estar precedida de una acción comunicativa en el sentido de Habermas, por parte de los desobedientes, para lograr restablecer la misma acción comunicativa en el sistema jurídico, por parte del Estado.²⁹ Puede suceder también, que la acción de desobediencia civil y la acción comunicativa legal, se den simultáneamente e, incluso, ser la manera más conveniente de realizar ambas. Pues, si se espera el total agotamiento de los recursos legales para proceder a la desobediencia civil, para modificar las normas jurídicas injustas, puede obstaculizarse el propósito mismo del movimiento de desobediencia civil, mediante la utilización, por parte del gobierno, del pretexto de la “cosa juzgada”.

Además, la simultaneidad de la acción de desobediencia civil y de la acción comunicativa legal, puede servir para neutralizar a los sectores que presionan, directa o indirectamente, para que se mantenga la norma injusta por parte del órgano del estado ante el que, se han interpuesto los recursos legales correspondientes. El riesgo de esta estrategia si es excesiva, por ejemplo, si se llega a la violencia, puede ocasionar que la decisión tomada por los órganos del estado se encuentre deslegitimada, aunque sea favorable, por haberse deslegitimado el propio movimiento de desobediencia civil ante los ojos de la mayoría, debido a la violencia.

2.2.3 La no violencia

Precisamente, por el riesgo anterior, la no violencia es el tercer requisito indispensable para que la desobediencia civil sea legítima moralmente. Al parecer, es en este punto donde se separa más claramente, la desobediencia civil y la desobediencia revolucionaria. Sin embargo, tal diferencia es sólo relativa. Es cierto que, en el caso de la desobediencia civil de Gandhi, para liberar a la India, la violencia estuvo ausente por parte de su movimiento, pero no por parte del gobierno inglés.³⁰ En muchas ocasiones, la “violencia defensiva” contra los agentes del orden policiaco ha sido inevitable, como en las protestas contra la guerra de Vietnam, en Estados Unidos, y contra la carrera armamentista en Europa.³¹

Por el lado de la desobediencia revolucionaria, tampoco se vale cualquier tipo de violencia. Por ejemplo, tanto Marx como sus seguidores, estaban en contra del asesinato político y contra el terrorismo.³² Por su parte, Trotsky, tanto teórica como prácticamente, trató de minimizar la violencia, tanto en la revolución rusa como en la guerra civil que le siguió.³³

²⁹ A la argumentación ético-jurídica, libre de coacción, llevada a cabo en los procesos legales contra una norma injusta, podemos llamarla *acción comunicativa legal*.

³⁰ Rau, Heimo, *Gandhi*, p. 105.

³¹ Habermas, *op.cit.*, p. 52.

³² Arendt, “Sobre la violencia”, en *op.cit.* p. 119.

³³ Trotsky, *La era de la revolución permanente*, trad. Manuel Aguilar Mora, et. al. México, Juan Pablos Editor, 1973, p. 60: “Al dirigir esta fuerza elemental gigantesca, el Soviet se planteó la

Claro que, a pesar de este acercamiento, la diferencia entre ambas acciones – desobediencia civil y acción revolucionaria- todavía es muy importante; la no violencia en la desobediencia civil, que tiene como propósito no enajenarse las simpatías de la mayoría, mientras que la violencia mínima revolucionaria tiene como cometido someter a las minorías dominantes. Aún en este aspecto, se puede notar, la no incompatibilidad absoluta entre ambas, pues la no violencia contra las mayorías, puede transformarse en la violencia mínima de las mismas. Independientemente de ello, en ambos casos, la violencia no es legítima ni prudente ejercerla contra las mayorías, pues de su postura depende tanto la legitimidad como la eficacia del movimiento opositor, así como también de la represión gubernamental.

2.2.4 La aceptación del castigo

Por el lado de la legitimidad y de la eficacia de la desobediencia civil, la no violencia se vincula con la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil. A Gandhi, la aceptación del castigo (cárcel) lo hizo crecer moralmente y legitimó, en el mismo sentido, su movimiento de liberación.³⁴ Sin embargo, tal requisito no deja de ser problemático, pues parece implicar que los desobedientes civiles no deben defenderse jurídicamente o que el estado tenga derecho de considerar al “desobediente civil” como a un “desobediente criminal”.³⁵

Con respecto a lo primero, nos parece que el ejercicio del derecho de la defensa del desobediente civil no disminuye la fuerza de su testimonio moral, si el estado quiere tratarlo como a un desobediente criminal. Y, con respecto a la diferencia entre ambas desobediencias por parte del estado, se justifica porque la primera, es decir, la desobediencia civil, es pública, tiene propósitos colectivos, morales y justos, en tanto que la desobediencia criminal es oculta, egoísta e individualmente provechosa. Por esta razón, el estado no debe tratarlas igual, incluso si existió violencia de parte del primero. Según Habermas, Rawls y Dworkin, la desobediencia civil debe ser considerado como un atenuante de responsabilidad.³⁶

Por lo que se refiere a la acción revolucionaria, podría parecer, en principio, que rechazarían la exigencia de aceptar el castigo. Sin embargo, para un revolucionario marxista ruso, era un orgullo el número de años de prisión, de deportación o de destierro que había sufrido, pues demostraba a su partido, a sus simpatizantes y al pueblo la seriedad de su compromiso con su causa. Claro que tampoco eran mártires y utilizaban todos los medios legales para su defensa y como acción comunicativa de sus propósitos.

tarea inmediata de reducir a un mínimo la fricción interna, de prevenir excesos y limitar al menor número posible la cantidad inevitable de víctimas en la lucha.”

³⁴ Rau, *op.cit.*, pp. 106, 109.

³⁵ Arendt, *op.cit.*, p. 81; Habermas, *op. cit.*, p. 52.

³⁶ Habermas, *op.cit.*, p. 63; Rawls, *op. cit.*, p. 351.

Si comparamos la "desobediencia revolucionaria" con la "desobediencia criminal", podemos recordar que el estado no las trata igual. La utilización del perdón y de la amnistía para exonerar a los presos políticos revolucionarios es más común que para los presos comunes, en razón de sus propósitos de justicia social y política. Con mayor razón tendría que aceptarse una diferencia semejante en el tratamiento penal de la "desobediencia civil".

Podemos recapitular esta comparación entre la "desobediencia civil" y la "desobediencia revolucionaria" diciendo que sus diferencias, realmente, se refieren no a sí mismas, si no al orden jurídico al que se oponen: la desobediencia civil contra un estado más democrático y menos injusto y la desobediencia revolucionaria contra un estado tiránico y más injusto. Por ello mismo, la desobediencia civil puede transformarse, legítimamente, en desobediencia revolucionaria si se da una transformación del estado democrático en estado despótico o si aumentan substancialmente los grados de injusticia del sistema. Por lo que se refiere a sus semejanzas, las podemos resumir diciendo que ambos tipos de desobediencia se proponen la restauración de la acción comunicativa en la operación del sistema jurídico y político.

3 La Desobediencia Civil y la Acción Comunicativa

Para Hanna Arendt, la desobediencia civil tiene o debe tener como propósito, rescatar la posibilidad de actuar en público, de recuperar los espacios públicos que constituyen el poder del pueblo en su conjunto.³⁷ Para Habermas, la desobediencia civil tiende a devolver a la sociedad su capacidad para la acción comunicativa, constituyendo un poder comunicativo, a través de redes comunicativas de grupos autónomos y, de la influencia en la opinión pública para invertir los procesos sistémicos de comunicación que determinan la acción administrativa y política del estado.³⁸

La desobediencia civil, mediada por la acción comunicativa, se puede concebir como una alternativa, tanto a la colonización sistémica del mundo de la vida por el estado y el capital (Habermas) como a la violencia destructora del sistema, violencia que, en opinión de Hanna Arendt, es estéril para la creación de nuevas instituciones. La acción revolucionaria, por su parte, requiere, para superar tal esterilidad institucional, de la acción comunicativa, a la cual, puede no serle suficiente la desobediencia civil, para conservar su eficacia, sino que necesite de la acción revolucionaria de las masas.

³⁷ Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, México, FCE, p. 264.

³⁸ Habermas, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 462, 466, ss.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Derecho y Posmodernidad en América Latina Apuntes para un Ensayo

Oscar Correas*

Resumen: los juristas que hablan de la postmodernidad, la piensan como sucedáneo de una transformación social que, con esas premisas, es imposible. El artículo repasa la ideología de la postmodernidad jurídica, para concluir que las propuestas no son aplicables a América Latina, adonde se requiere pensar una democracia que no es fin en sí misma, sino instrumento de una transformación social que implica la redistribución de la riqueza.

Resumo: os juristas que falam da posmodernidade a entendem como sucedâneo de uma transformação social que, com essas premissas, torna-se impossível. O artigo repassa a ideologia da posmodernidade jurídica e concluir que as propostas não são aplicáveis à América Latina, onde se requer pensar uma democracia que não se constituem em fim em si mesma, mas em instrumento de uma transformação social com redistribuição de riqueza.

Abstract: the jurists that speak about postmodernity, they think about it as a substitute of a social transformation that, with those premises, is impossible. The article goes over the ideology of the legal postmodernity, to conclude that the propousals are not aplicable to Latin America, in where it is required to think that a democracy is not a purpose in itself, but an instrument of a social tranformation that implies the redistribution of wealth.

El tema de la posmodernidad se ha instalado, desde hace algún tiempo, en las preocupaciones de juristas de uno y otro lado del Atlántico. Sin embargo, me parece que no siempre unos y otros hablan de lo mismo, y, sobre todo, me parece que *no deberían* hacerlo. Principalmente, porque los colegas europeos entienden la posmodernidad como un sucedáneo de la transformación del capitalismo en algo “superior” – o muy parecido. Me resisto, primero a creer que América Latina pueda ingresar a la “posmodernidad” cuando nunca alcanzó la modernidad; y, segundo, a aceptar que nuestros países tienen alguna perspectiva que no sea la redistribución de la riqueza que, desde siempre, constituyó la propuesta de cualquier ideario socialista y libertario.

Me interesa, en primer lugar, enumerar los rasgos de la modernidad que me parece importante tener en cuenta, antes de hacer los traslados correspondientes. Me refiero a trasladar la ideología de la posmodernidad al análisis de nuestras sociedades.

* Centro de Investigaciones Interdisciplinarias, Universidad Nacional Autónoma de México, correas@servidor.unam.mx.

1 La Modernidad

La modernidad es, en primer lugar, un modo de producción y distribución del producto social; la modernidad coincide en tiempo y forma, con el capitalismo, la época moderna es la época de la sociedad burguesa. El hecho de que el comienzo de la modernidad pueda fecharse un par de siglos antes del triunfo del capital como relación social dominante, no implica que no pueda decirse que ese tiempo debe contabilizarse como parte de la época de dominación burguesa.

Por su parte, si la posmodernidad es la crítica de la modernidad, entonces sería la crítica de la sociedad capitalista. Y me parece que no siempre lo es. Y, si, además, la posmodernidad es la *superación* – en algún sentido pertinente –, de la modernidad, que debería ser el socialismo – o algo parecido.

Es decir, la modernidad es, en primer lugar, la época del modo de producción capitalista como dominante. En segundo lugar, por cierto que constituye, como se ha dicho, un *discurso*. Pero el fundamento no es el discurso, sino el modo de producción. Se trata de un discurso, pero de uno que celebra, y por ello sostiene, el modo capitalista de producir la vida social.

Este discurso tiene muchos tópicos, de los cuales me interesa destacar los siguientes: la idea del progreso, el derecho moderno, la ciencia y la ética productivista. Es decir, la modernidad es un modo de producción y distribución, y un discurso de varios tópicos.

1.1 Un modo de producción y de distribución

Sigue siendo cierto que la sociedad capitalista ha sido descrita con mayor exactitud por Marx y la economía clásica, que por cualquiera otra teoría. No es cierto que la teorías pos y anti marxianas han brindado mejores herramientas para comprender el mundo moderno. En todo caso, ninguna de las que valga la pena tratar de comprender, han podido dejar de lado, y menos desmentir, los nudos principales de la descripción que de la sociedad capitalista es la obra de Marx.

La sociedad capitalista así, por tanto la “modernidad”, es un sistema en el que, en primer lugar, se producen mercancías; en segundo lugar, se producen a través de un sistema de valorización cuyo secreto se encuentra en la relación salarial; en tercer lugar, el producto social se distribuye a través de un “mecanismo” social llamado *mercado*, que pone y requiere, la propiedad privada, tanto de los medios de producción como del producto. De modo que los productores directos sólo pueden acceder al volumen o fondo social de mercancías, a través del intercambio entre el salario obtenido al término del proceso de valorización y las mercancías que necesita; es decir, *en el mercado y conforme con sus leyes*. En cuarto lugar, el mecanismo de explotación consiste en la apropiación de la plusvalía generada por los trabajadores.

1.2 Un discurso

Este modo de producir y distribuir es aquello en que consiste la modernidad. Y el discurso de la modernidad es el que hace su apología. Aunque hay quienes, no tan críticos de ese discurso dicen que, además de esa apología, el discurso de la modernidad contiene también un proyecto emancipador que nunca ha sido concluido totalmente. Y porque no ha sido cumplido, se dice que la emancipación humana depende del acabamiento del proyecto descrito y prescrito en ese discurso. Parece ser que la democracia y los derechos humanos estarían íntimamente viculados con él. Y parece que buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo está comprometido con esa idea; la democracia y los derechos humanos, que constituirían ese proyecto inacabado de emancipación, son un fin en sí mismos, y no medios políticos para alguna otra cosa. Y como tales fines, la tarea consiste en protegerlos. Tal vez esta discusión podría dilucidarse estudiando los tópicos del discurso moderno.

2 Una Concepción del Mundo y de la Historia: El Progreso

Se ha hecho notar ya suficientemente que la idea del *progreso* es la más prístina ideología burguesa. Según esta ideología que no existía en el mundo antiguo para el cual el mundo y su tiempo eran circulares, la historia se mueve inexorablemente hacia la consecución de un mundo cada vez mejor, con un tiempo propio incluso.¹ Tributaria de la concepción escatológica cristiana, de un mundo que se mueve hacia la parusía, la ideología burguesa del progreso propone que ya ha sido alcanzada la forma social que permitirá el indefinido y sostenido crecimiento de la emancipación humana. El mercado es esa forma, si se atiende a los sacerdotes que celebran la palabra mercantil. Y, dicen, es claro que el mercado requiere la protección del estado democrático; no para que intervenga en su movimiento, sino para reprimir a quienes intenten estorbarlo. De modo que mercado y estado democrático son esas formas sociales que garantizan un acercamiento cotidianamente mayor a la felicidad de todos los hombres.

Esta ideología tiene otros motivos o tópicos fácilmente derivables de sus premisas fundamentales. Si el progreso es función del mercado, entonces hay que tener todas las mercancías posibles, sean o no necesarios para la vida humana, sean o no sus procesos de producción contaminantes, estén o no al alcance del salario actual -para eso hay crédito. La ideología del progreso es, a la postre, la ideología del consumo compulsivo, porque es la única manera que el capitalismo conoce para reproducirse: su propia ampliación; lo que en realidad es el progreso para este modo de producción, es su reproducción ampliada, constante, y constantemente acelerada; lo contrario es la crisis, que por cierto, la pagan los asalariados.

¹ Véase Capella, Juan Ramón, "El tiempo del progreso", in *Los ciudadanos ciervos*, Madrid, 1993.

De la mano de la ideología consumista, va la del “desarrollo”, que consiste en hacer que cada vez haya más fábricas para producir, cada vez, más mercancías, más asalariados que las compren, explotaciones agrarias y más capitalistas. Un país “desarrollado”, es aquel que tiene muchas fábricas y capacidad adquisitiva en sus trabajadores. Para ello son necesarios bancos, carreteras, diques, transportes rápidos y ordenados, educación -no mucha si es de cultura de lo que hablamos-, es decir lo denominado con la palabra “servicios”.

Y esa ideología, con sus corolarios, es la que se nos impone también a los países que, como los latinoamericanos, nunca llegarán a ser plenamente desarrollados, es decir, cumplidamente capitalistas.

3 El Derecho del Individuo Ciudadano

La sociedad moderna se caracteriza, desde el punto de vista político, por ejemplo, frente a la antigua, por un peculiar discurso jurídico que consiste en que el individuo se relaciona con sus conciudadanos a través del estado, es decir, de individuos que conforme con ese mismo discurso, detentan el monopolio de la violencia organizada. Éste individuo, convertido por eso en ciudadano, “posee” derechos -subjetivos- frente al estado, de modo que en caso de fracasar la relación social de intercambio por ejemplo, con el otro individuo, debe recurrir a ese mismo estado para que componga el entuerto y permita la circulación mercantil atascada. Éste es el discurso del *derecho subjetivo* del ciudadano separado de todos los demás, y enfrentado al estado como su único interlocutor válido, puesto que está prohibido hacerse justicia por propia mano.

Los derechos humanos, una de las cumbres de la modernidad, aparecen como el objeto propio de la ciudadanía concedida -o “reconocida”- a los miembros del estado. Pero precisamente por eso, porque los derechos humanos son aquello que los ciudadanos “tienen”, pero reconocido por el derecho, convierten a los hombres en rehenes del estado. Es decir, en adelante toda reclamación debe formularse ante los órganos estatales y solamente ante ellos. Con lo cual quedan mediadas las relaciones entre los miembros de la sociedad civil. Y entonces las clases explotadoras, verdaderos violadores de los derechos humanos, quedan protegidas, por el estado, de cualquier reclamación directa de parte de los otros miembros de la sociedad civil, ahora convertidos en *ciudadanos* equipados con “derechos” que sólo pueden esgrimir ante quienes no son sus verdaderos violadores.

Ésta es una trampa de la modernidad y del discurso de la democracia liberal, que se encuentra en el corazón de las ideas de soberanía y ciudadanía.

4 El Fetichismo Cientificista

La sociedad burguesa es la única que ha entregado totalmente la verdad a la comprobación empírica. Ni los griegos ni ninguna otra civilización llevaron tan lejos la idea de que el *único* pensamiento prestigioso es el que tiene su confirmación en la experiencia sensible. Y bien puede decirse que, sin esta ideología, la modernidad no hubiera sucedido. El capitalismo no hubiera crecido sin una ciencia cuya ideología la hace funcional a la producción de mercancías.

El primer elemento de esta ideología es, entonces, el de la comprobación empírica. El segundo, el poder de predicción. Queremos los conocimientos científicos *para predecir*. Queremos adelantarnos al mundo exterior con nuestra conciencia. Haciéndolo así, decimos que “dominamos” la naturaleza. Esta bien claro que aquí hay un supuesto, que los conocimientos comprobables empíricamente permiten predecir mejor que los no comprobables. Lo cual no es más confiable que cualquier otro supuesto.

Bien; pero ¿por qué hay que predecir lo que ha de pasar en el mundo exterior? Porque la predicción es lo que permite actuar *eficazmente*. Si. Pero, ¿por qué hay que actuar eficazmente? Porque, y ése es otro convencimiento acrítico, aceptamos que el hombre es un ser «naturalmente» impulsado a la acción eficaz. Pero ¿es eso cierto? ¿Qué quiere decir eficacia? ¿Qué clase de eficacia?

En la ideología científicista, el convencimiento de que la comprobación empírica contribuye a la eficacia en la predicción y en la acción consecuente, está ligado, en forma inmediata con la ideología del progreso. El progreso, que es la más burguesa de las ideas, por historia y por destino, supone que ésta, nuestra forma de relación eficaz con el mundo, es “mejor” que las otras, que hay o que hubo.

La acción eficaz -previa predicción científica- y el progreso, son los pivotes que sostienen la ideología científicista, que, bien vista, constituye una especie de fetichismo. El fetichismo consiste, aquí, en tomar una *idea* por una *verdad*. El método científico, de fenómeno concreto, históricamente determinado, es convertido en adquisición metahistórica de toda la humanidad. Es la verdad por fin hallada, es la naturaleza por fin violada en su secreto. El fetichismo consiste aquí en tomar un hecho histórico por una naturalidad al fin descubierta. Y, de esta manera, el progreso se convierte en el paradigma de lo “natural”. Lo otro es lo “antinatural”; lo mítico, lo primitivo, lo mágico, lo que se estudia con curiosidad de folklorista; lo otro aparece como lo brutal, simiesco, sucio, “irracional”, como la vida que lamentablemente está condenada a morir por oponerse al proceso natural de la historia humana.

La ideología del progreso no tiene ningún pariente más cercano que la ideología científicista; ni ésta tiene ninguna tentación más a la mano que la conquista disfrazada de acción civilizadora, si es que no, en lenguaje más actualizado, de “liberación”, pero a la fuerza.

Sin embargo, todo esto no es gratuito ¿Por qué la sociedad burguesa ha generado ese tipo de pensamiento y ese fetichismo tan particular que se cree ser

actitud racional desmitificadora? Porque la sociedad burguesa es una, cuya reproducción requiere la producción ampliada de mercancías, así como la sociedad antigua requiere la reproducción del productor como miembro de la polis. Y como es sabido, no hay valores de cambio sino montados sobre valores de uso. Es decir, la reproducción de la sociedad mercantilcapitalista requiere de la producción de *cosas*. La autovalorización, que es la *dynameis* del capital, requiere de la fabricación concreta de cosas concretas. La sociedad mercantil capitalista precisa, para su reproducción – y toda sociedad tiende a su autoconservación y no al cambio social – de la *eficacia fabril*. Es la única sociedad, históricamente conocida, cuya reproducción depende de la producción ampliada de cosas en proceso fabril. La nuestra es la civilización de la *eficacia*. Pero no de cualquier eficacia sino de la eficacia fabril. Y es esto lo que explica el fetichismo cientificista en que consiste esta parte del discurso que celebra la modernidad.

5 Una Ética Efficientista: el Trabajo y la Productividad

La sociedad burguesa es la única que ha impreso en su discurso, con letras de oro, el elogio al trabajo. Cuyo campeón es, por supuesto, el empresario. Están mal vistos los indios que producen sólo para consumir, los negros que cantan y bailan, siendo pobres, que lo son “por no trabajar”. Y, desde luego, los blancos que los imitan. Una sociedad que no conoce otra divisa que el progreso, esto es, la reproducción ampliada constante, y constantemente acelerada, no puede sino sublimar su origen, su esencia: el trabajo.

La ideología productivista tiene su contracara en una ética productivista. Lo “bueno” es producir y vender. Y para ello hay que trabajar mucho. Lo malo aparece en carteles publicitarios del primer mundo: un indígena durmiendo a la sombra de una palmera, o sentado mirando pasar la vida y los turistas ricos; o no mirando porque su cabeza está detrás de un gran sombrero mexicano.

Esta ideología tiene su cara más agresiva en quienes ven a los indígenas como latifundistas de tierras ociosas. O como propietarios que sólo producen para el autoconsumo y no para “el mercado”. Y así justifican al quitárselas: “es que no las hacen producir”.

6 La Modernidad, el Desarrollo y el Subdesarrollo

Bien. Ahora, ¿cuánto han “avanzado” los países latinoamericanos en la modernidad? ¿Existen estados modernos? ¿Existen mercados satisfactorios? ¿Existe industria moderna?

Uno de los estudiosos de la modernidad la describe así:

*“La modernidad, concebida esencialmente como liberación de los vínculos de dependencia personal, de las jerarquías y de los poderes absolutos, mediante la construcción de un ordenamiento fundamentado en la primacía de la ley, en la igualdad formal y en la generalización de las relaciones dinerarias de mercados, ha representado una etapa importante y decisiva en el proceso del desarrollo de las capacidades productivas y en la solución de los problemas dramáticos de la “penuria” de bienes esenciales (a partir de la producción de alimentos). Y es también, una etapa en las transformaciones de la coacción político personal (la “servidumbre”) en coacción económica basada en la necesidad de conseguir dinero para adquirir los bienes indispensables para sobrevivir”.*²

La cita anterior constituye, partiremos de ello, un buen resumen de la idea que cubre la palabra “modernidad”, en el léxico de la ciencia política contemporánea. Adviértase, por lo demás, que el párrafo transcrito se refiere principalmente al *discurso de la modernidad* y no al capitalismo como forma de producción, al cual hace referencia sólo respecto del mercado y las capacidades productivas que han suprimido la penuria alimentaria. La pregunta es si esta descripción cubre alguna parte, y cuál, de la realidad latinoamericana.

El texto citado habla de varias cosas:

6.1 Liberación de los vínculos de dependencia personal, de las jerarquías y de los poderes absolutos

Lo primero que debe comentarse es que este texto tiene en vista la sociedad europea, que es la que rompió con los lazos de dependencia personal en ocasión de su ingreso a la modernidad. Vale la pena preguntarse si la modernidad, en América Latina, puede verse como el rompimiento de tales vínculos. Vale la pena también preguntarse, para que lo contesten los historiadores, si tales vínculos existieron como en Europa. Es decir, si España y Portugal crearon, en América, una sociedad feudal.

Los vínculos personales, las jerarquías y los poderes absolutos, en el texto transcrito, son los precapitalistas y medioevales. Por “vínculos personales” se refiere al *vasallaje*, que consiste en el dominio que ejerce alguien denominado *señor* (*suzerain* por oposición a *souverain* en francés) sobre otro denominado *vasallo*. “Dominio” quiere decir, aquí, la determinación de la conducta del vasallo por la voluntad del señor o *suzerain*. La razón que explica el dominio, es, en primer lugar, la violencia, y, en segundo término, la imposibilidad de subsistir sin incorporarse en algún peldaño de la jerarquía. Pero esta imposibilidad estriba, otra vez, en la fuerza que es capaz de ejercer el señor, o *suzerain*, para evitar la apropiación de bienes por parte de quienes intenten hacerlo sin estar incluidos en el esquema.

² Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad*, Barcelona, Trotta, 1993, p. 122.

El uso del término "personal" no es suficientemente claro, si pensamos en que no hay vínculos "no personales", como si fueran entre "no personas". El vínculo contractual entre el patrón y el obrero, también es "personal". Quienes están acostumbrados a manejar este término "vínculo personal" no parecen advertir la dificultad que muestra su análisis.

Pero supondremos que quiere decir *dominio sobre otro de manera precapitalista*. Esto es, dominio como *determinación de conductas*, y precapitalista como no previsto en el ordenamiento jurídico moderno. Cabe, ahora, preguntarse si esta clase de relaciones sociales es inexistente en América Latina.

En primer lugar, ha sido denunciada reiteradamente la existencia de esclavos en Brasil. Habrá que averiguar cuál es la importancia, en términos de la producción de bienes y de producción de poder social, de estas relaciones precapitalistas. Porque bien podría decirse que es tan pequeño el monto de lo producido con ese sistema social, que no cabe dudar de la modernidad latinoamericana con motivo de la existencia de esos bolsones precapitalistas. Esto último parece definitivamente cierto, cuando menos en amplias áreas, que comprenden territorios que puede contener varias veces a varios países europeos. Por ejemplo en la llanura argentina, en el norte de México, en el sur del Brasil, territorios en los que no cabe duda del dominio de la producción capitalista, aún si a veces esta rodeado de bolsones de excluidos.

Sin embargo, esto último se refiere al capitalismo y no al discurso político de la modernidad, como hace el texto que comentamos. Si pensamos en las formas de dominación política en estos muy amplios territorios capitalistas, puede resultar que no se trata de la misma que observan los politólogos europeos en sus países.

Pero en segundo lugar, relaciones de dominio no previstas, e incluso *prohibidas* en el derecho burgués, no sólo existen en América Latina, sino que en algunos países *constituyen la base de una buena parte del dominio político de la burguesía*. Tocaré a investigadores instalados en otros países latinoamericanos dilucidar el peso económico y político de estas formas precapitalistas de ejercicio del poder. En México, muchos investigadores sociales han estudiado lo que llaman el "sistema político mexicano", y han dado cuenta de fenómenos *cuasi* feudales, resumidos en lo que, en la jerga política y popular, se llama "*caciquismo*". Este fenómeno, que tiene como personaje central al *cacique*,³ es muy difundido. Se trata de un miembro de la burguesía rural, comerciante, que controla la economía de la zona por el expediente del acaparamiento de los productos regionales. Frecuentemente su poder descansa en cuerpos armados a su servicio, denominados *guardias blancas*, encargados de silenciar las protestas y permitir el control de la producción. El poder es ejercido por un jefe, pero los lazos familiares, herencia mediante, garantizan el poder y el disfrute de bienes para los miembros de la familia ampliada.

³ La voz "cacique", en México, designa al caudillo de sectores rurales no siempre aislados, sin que tenga connotaciones étnicas o raciales. En otros países latinoamericanos, como Argentina y Uruguay, el cacique es el jefe indígena, personaje hoy casi completamente desaparecido allí.

Con frecuencia los caciques son denunciados como miembros de un partido, el Revolucionario Institucional (PRI), y como los verdaderos grandes electores de las autoridades de la región. La oposición al PRI ha estimado siempre que el poder de ese partido, en los medios rurales, aún concentran un 30% de la población, se asienta en el caciquismo. Esta realidad mexicana fue puesta dramáticamente a la vista del mundo por los insurgentes de Chiapas.

Pero en América Latina existen también otras formas de poder que no pueden ser equiparadas a las del primer mundo. Los sindicatos, con excepciones como la de Uruguay, tal vez la de Brasil con el PT de Lula – tratándose de este gigante, hablar de “excepción” puede ser equívoco –, en que subsisten direcciones de izquierda y por tanto de oposición, son instrumento de poder sobre los trabajadores. Los jerarcas, como todos sabemos, asientan su dominio en el control del dinero de los obreros y en los cuerpos armados a su servicio.

Pero además, existen en casi todos los países latinoamericanos otras formas no ortodoxas de ejercicio del poder sobre sectores populares urbanos. En algunos casos se trata, como en México, de un fenómeno similar al del caciquismo, tal vez sin las connotaciones familiares del mismo fenómeno rural. El de los vendedores ambulantes es un fenómeno de este tipo: movimientos populares que reclaman la utilización de amplios espacios urbanos, y que son controlados por el expediente de la incorporación de sus organizaciones a las del PRI.⁴ Fenómeno por otra parte tan anticapitalista como combatido por los comerciantes “legalmente instalados”. Cabe decir respecto de estas formas, que constituyen una parte importante del poder que se ejerce en las grandes ciudades latinoamericanas.

6.2 Construcción de un ordenamiento jurídico fundamentado en la primacía de la ley, la igualdad formal y la generalización del mercado

El discurso jurídico moderno no puede menos que proponer la primacía de la ley. El tópico consiste en que debe primar el *dictum* del estado, cuyo fin es el bien común, sobre el de cualquier individuo. Pero el estado es el propio discurso jurídico que *investe* la palabra de ciertos individuos con la calidad de La Ley; de lo que debe ser obedecido, porque tiende al bien común, por las buenas o por las malas. Es una consecuencia del discurso del derecho subjetivo: los individuos no tendrán relaciones entre sí, sino a través del estado; las únicas normas que deberán cumplirse son las producidas por los funcionarios autorizados; la ley por ellos generada “tiene primacía” sobre cualquier otro discurso prescriptivo.

⁴ En México, no han faltado voces en el sentido de que también el PRD (Partido de la Revolución Democrática, al cual algunos ven como la versión mexicana del PT brasileño) mantiene esta clase de vínculos “premodernos” con algunas organizaciones populares.

El discurso del derecho subjetivo supone, desde luego, la igualdad de todos los individuos, porque *todos* tienen obligación de recurrir al estado y posponer su ansiedad de justicia por mano propia.

Y la generalización del mercado, es el *efecto* del discurso del derecho subjetivo. En efecto, el individuo aislado, formalmente igual a todos los demás, es el protagonista del drama mercantil. No hay mercado sin ese individuo convertido, artificialmente, por obra del discurso jurídico, en *el solo*. Su relación económica, lo es con su camarada portador de mercancías; pero si fracasa esa relación, le queda solamente el camino del funcionario o juez que enderezará el entuerto. El hombre se ha escindido en *homo mercator* y ciudadano: dos funciones para un mismo cuerpo.

Por otra parte, la primacía de la ley supone que los funcionarios públicos también se dividen en dos: los que producen la ley y los que la aplican. El discurso permite creer, o, mejor, quiere hacer creer, que los segundos no son *creadores* de derecho, sino simples ejecutores. El discurso supone que todos, también los funcionarios, están sujetos a la ley. Pero se trata de un discurso tramposo; en realidad sucede que los poderosos consiguen hacer pasar su voluntad como La Ley, y consiguen hacer creer que luego se sujetan al derecho que ellos mismos han creado. Pero, sea como fuere, el discurso supone que el derecho está por encima de los hombres, incluso de los funcionarios encargados de producirlo.

¿Qué hay de esto en América Latina? No cabe duda de que todos los países latinoamericanos disponen de un ordenamiento jurídico fundamentado en la ideología de la primacía de la ley, la igualdad formal y la generalización del mercado. Pero también es cierto que casi en ningún país el orden jurídico cuenta con un grado aceptable de efectividad.

6.2.1 Primacía de la ley

Como vimos, “primacía de la ley” quiere decir que los funcionarios públicos producen conductas que corresponden a su interpretación de las normas. Pero, en primer lugar, cabe recordar el inusitado grado de corrupción de los políticos, como hecho que alimenta sospechas sobre la “primacía de la ley”. Aunque bien podría decirse, habida cuenta de los destapes de corrupción en las “grandes democracias”, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, Francia, además de los de la menos “moderna” España, en la que la “primacía de la ley” no se ve ofendida, según este tópico, por los delitos que cometen los funcionarios públicos. Aceptado esto, de todos modos en América Latina no se trata sólo de corrupción, sino lisa y llanamente de que los gobiernos no se atienen a la constitución ni a las formas mínimas de la convivencia republicana.⁵ Sólo con carácter de eufemismo, o con espíritu jocoso, pude hablarse en América Latina de “primacía de la ley”.

⁵ Véase al respecto el libro de Verbitsky, Horacio, *Robo para la corona*, Buenos Aires, Planeta, 1992.

Nótese, a título de observación al margen, que en el México de comienzos del siglo XXI, la triunfante ideología del “cambio” ha impuesto la idea de que “ahora sí se cumplirá la ley”. Y si bien poco a poco se fue comprobando que el gobierno de Fox no estaba en condiciones de cumplir semejante promesa, de todos modos, aún en la ideología “progresista” – me resisto a hablar de “izquierda”- se habla del derecho, de su cumplimiento, como panacea que producirá, por sí sola, la felicidad del pueblo. Posiblemente esa ideología explica el éxito de la otra – europeísimas, por supuesto- ideología del “garantismo”.

El hecho de que no pueda decirse que en América Latina impera la ley, ha dado lugar a esta lamentable ideología según la cual *debe* imperar la ley. ¿Cuál ley? ¿La moderna-capitalista?

6.2.2 La igualdad formal

Respecto de la igualdad formal, si se trata de igualdad conforme con el discurso del derecho, no hay dudas: hasta los indígenas son iguales frente a la ley -que es una forma de someterlos. Pero, de nuevo, si se trata de la efectividad del orden jurídico, los iguales indígenas, pero no sólo ellos, son cotidianamente explotados porque la igualdad existe sólo en el discurso. Ahora bien, la modernidad de la que habla el texto que comentamos, ¿consiste sólo en el discurso, o en alguna forma de efectividad del mismo? Para que exista modernidad ¿es necesario que el discurso jurídico sea efectivo, o basta con que esté pronunciado?

6.2.3 Generalización del dinero y el mercado

Respecto de la generalización del dinero y el mercado, si bien resulta claro que las normas mercantiles son efectivas en algún grado, también es cierto que existen bolsones nada despreciables de economías no mercantiles. Como resulta obvio, el fenómeno del caciquismo impone serias dudas sobre la fluidez de la circulación mercantil. Eso sin contar con importantes bolsones donde existe esclavismo, persistencia de economías indígenas, y trabajo servil. Y sin contar con las formas de “regreso” al trueque que han llegado a difundirse en Argentina, precisamente porque el capitalismo no funcionaba “como hubiera debido”, si el otrora país más europeizado hubiese, como soñaba, entrado plenamente en la modernidad.

6.3 Solución de la penuria alimentaria y supresión de la miseria

El autor que venimos comentando, dice también: “*Sin este proceso, como ha señalado Marx, sólo se habría generalizado la ‘miseria’, y el conflicto mortal por los bienes necesarios hubiera vuelto a surgir*”, p. 123.

Este párrafo se refiere, no al discurso moderno, sino a un fenómeno económico: el capitalismo ha solucionado el hambre en el mundo. Si la prueba de que el proceso existió consiste en que se acabó la miseria y los conflictos, por los bienes necesarios, es obvio que en América Latina no ha sucedido la *modernidad*. Puede ser que en Europa, Estados Unidos y Japón, la modernidad haya suprimido la desnutrición. Pero no en el resto del mundo. Y muy posiblemente, si Europa pagara al tercer mundo el valor real de las mercancías que obtiene de él, no podría mostrar el espectáculo de sociedades tan opulentas. Habría que ver, por ejemplo, cómo sería la economía europea si no hubiera conseguido, por las buenas y por las malas, según las circunstancias, que el petróleo del Golfo Pérsico fuese tan barato. O si sus empresas y bancos no hubieran conseguido comprar por migajas las empresas estatales latinoamericanas, para finalmente quebrarlas -piénsese en las epopeyas del capitalismo español en Argentina- luego de extraer hasta los últimos sabores del esfuerzo de los pueblos.

Por su parte, si la modernidad implica que el capitalismo ha solucionado la penuria alimentaria, decir que en América Latina existe modernidad no puede ser sino una forma de cinismo.

Si, como dice el autor de quien hemos tomado el concepto de "modernidad", la abstracción del derecho y del dinero y la actual diferenciación funcional de las funciones, pese a haber desempeñado un papel necesario en la creación de la riqueza, al suscitar una aceleración inaudita del desarrollo económico... (p. 123) entonces América Latina no ha tenido, ni tal creación de riqueza ni inaudita aceleración del desarrollo. No ha habido, por tanto, *modernidad*.

6.4 Transformación de la coacción político personal en coacción económica

La modernidad, según estos textos, incluye la desaparición de la coacción personal. "Político" personal, parece querer decir que la conducta del dominado es determinada por alguna forma de coacción directa ejercida por el explotador. Y parece que, en el capitalismo, no se requiere esa coacción "directa", porque el desprovisto de otra cosa que su fuerza de trabajo, no tiene más alternativa que ocurrir al capitalista para venderle su única mercancía. Y parece que este proceso se cumple sin necesidad de ejercer la violencia sobre el trabajador. Esto sería la transformación moderna, la "modernización"; no requiere ya coaccionar al obrero; éste se presenta por su voluntad en la puerta de la fábrica o el comercio.

Esto es sólo relativamente cierto en América Latina. En muchos países aún es un problema el de la tierra. El proceso capitalista mostrado por Marx, especialmente el de subsumción real, aún está sucediendo en muchos países. Es claro que este proceso es acompañado por un desempleo que supera en mucho el aceptable por la "modernidad" y, en las grandes ciudades, el espectáculo de las centenas de miles de solicitantes de empleo, parece ser el espectáculo de la coacción económica que reemplaza a la coacción político personal. Pero, ¿cuánto de ese fenómeno de "presentación voluntaria" a trabajar, no es sólo la segunda fase de un proceso premoderno de expulsión violenta de

campesinos? Porque cuando los europeos hablan de sustitución de una coacción por otra, hablan de algo que acaba de suceder, cuando menos en los países capitalistas actualmente más desarrollados, a mediados del siglo XIX. Pero la expulsión de campesinos en América Latina aún no ha terminado.

7 La Ideología del Progreso y el Desarrollo

Sea por la vía de transformación presidida por la producción capitalista y el mercado, sea por la de la construcción forzada del socialismo, de todos modos tenemos que plantearnos las posibilidades reales del *desarrollo*, entendido como aumento indefinido de la producción.

Marx, en *Crítica al programa de Gotha* mostraba el tributo pagado a su posición en la modernidad. Habló de depósitos estatales de los que surgiría la riqueza a manos llenas. Vistas así las cosas, el secreto consiste en aumentar la producción hasta que haya tantos satisfactores, que todos queden satisfechos. Y como se trata de dar a cada uno según su necesidad, ya no según su trabajo como en el periodo intermedio, y como las necesidades son culturales, y como en aquella sociedad futura la cultura sería muy amplia, las necesidades también y, por tanto, los satisfactores también. No hay rastros, en ese texto, de que Marx se planteara el límite de las posibilidades productivas del planeta; pero, en otros textos, mostró su confianza en las fuerzas productivas comunistas, que permiten creer que el límite real no estaba en su perspectiva. Por otra parte, en el siglo pasado no parece haber estado en el orden del día el suicidio ecológico que comete hoy la ideología productivista.

Para nosotros existen dos límites. Por una parte, el del planeta, que es un límite al parecer común a todos sus habitantes. Por otra parte, el límite tiene también la forma de la superexplotación del primer mundo sobre el tercero.

No podemos plantear el desarrollo a costa de recursos naturales no renovables, como el petróleo o la selva, por razones de supervivencia de la especie humana. Ése es un límite. Pero el más importante, es el que nos pone el primer mundo. La ideología neoliberal en los últimos años, se ha dirigido a hacernos creer que el capitalismo central está interesado en nuestro desarrollo, que nos apoyará con créditos e inversiones, siempre, claro, que “hagamos” – léase: “hagan los pobres” – sacrificios importantes para aumentar el ahorro interno.⁶ Este discurso ya ha mostrado, dramáticamente su perfil mentiroso. El capitalismo central se ha dirigido a América Latina, en los últimos veinte años, como lo había hecho en los otros doscientos anteriores: a la explotación. Se trató de fondos invertidos en la bolsa, de ganancias

⁶ El cinismo de los economistas burgueses se pone de manifiesto cuando definen el ahorro interno: diferencia entre producción y consumo; pero como los ricos nunca dejan de consumir, en realidad el “ahorro interno” se reduce a la falta de consumo de los pobres.

fáciles y riesgo escaso, nada productivo. Tan volátil como la primera señal de aparición de las mentiras neoliberales: en Argentina, tan pronto olfatearon el límite de un proyecto que no tenía por objetivo otra cosa que crear supermillonarios en poco tiempo, se alzaron con el muerto y el cajón, con el santo y la limosna, con las inversiones y las ganancias. ¿Resultado? Nuevos sacrificios para lo que ya los habían hecho.

Nuestra realidad es ésa: el límite nos muestra el único interés del primer mundo en América Latina: su explotación. Nada a esperar del desarrollo capitalista prometido por el Fondo Monetario Internacional. Es decir, nada a esperar de la ideología del progreso y el desarrollo indefinidos. Es mentira. No es cierto. No hay ningún futuro para nuestros pueblos en políticas que apuesten al desarrollo capitalista, basado en el productivismo y la mercantilización de toda forma de vida humana.

8 La Posmodernidad y el Derecho

Algunos autores europeos, y me refiero a juristas y destacados colegas de la Sociología Jurídica, han comenzado ya a anunciar la posmodernidad. Se habla de la "ciencia posmoderna";⁷ del criterio del "posmodernismo" para comprender el derecho;⁸ del "derecho en la transición posmoderna";⁹ de la "comunidad posmoderna y la democracia";¹⁰ del regreso posmoderno de las diferencias.¹¹

Entre otras cosas, como en el caso de Barcellona y Capella, la posmodernidad implicaría la reaparición de lo que la modernidad había necesitado suprimir: formas sociales, como la comunidad y las diferencias, ocultas por la igualación jurídica formal y la generalización del intercambio. La cuestión sería hacerles un lugar en una democracia demasiado comprometida con el capitalismo, y por tanto reacia a aceptarlas.

Hemos visto que en América Latina, precisamente esas formas sociales no fueron sepultadas. Ahora bien; los europeos no piensan que están proponiendo el "regreso" a partir de la nostalgia, cuando saludan la reaparición de la comunidad y las diferencias. ¿Podemos nosotros pensar en un salto de etapas que, como en el caso de la comuna rusa, permitiría el acceso directo a formas sociales superiores, a partir de las formas premodernas subsistentes? Habría que atreverse, para ello, a sostener que la comunidad indígena o las diferencias étnicas que reivindicamos, constituyen la fuente en la que abrevará una nueva sociedad latinoamericana.

¿O será el desarrollo de la modernidad y el capitalismo entre nosotros, lo que nos permitirá acceder a otras formas sociales, después de haber cumplido los procesos

⁷ Santos, Boaventura de Souza, *Introdução a uma ciência pós moderna*, Río de Janeiro, Graal, p. 176.

⁸ Arnaud, André Jean, "*Fondement de la culture juridique européenne*", apuntes para curso especializado, mimeo, 1992.

⁹ Santos, Boaventura de Sousa, "O estado e o direito na transição pós moderna: para um novo senso comum jurídico" en Bergalli, Roberto, *Sentido y razón del derecho*, Barcelona, Hacer, pp. 3. ss.

¹⁰ Precisamente Pietro Barcellona en el libro que hemos citado.

¹¹ Capella, Juan Ramón, "Una visita al concepto de soberanía", en *Crítica Jurídica* n. 12.

sucedidos en el primer mundo? No podrá negarse que buena parte de las concepciones y políticas de izquierda en América Latina estuvieron permeadas por esa idea. Por otra parte, ésta es la apuesta que dice jugar el neoliberalismo.

No parece que sea el desarrollo lo que apunte a nuestra «posmodernidad»; tampoco la confianza en las raíces preburguesas que no pudieron ser destruidas, que fue parte de la apuesta del populismo latinoamericano. Pareciera que es, primero, un problema de *concepción* de la sociedad, no que queremos, sino que podemos. Ni el desarrollo capitalista, ni el regreso preburgués. Una sociedad distinta, cuyo paradigma bien podría ser la sociedad cubana. Mal que les pese a todos los capitalistas del mundo, y peor aun que les pese a muchos demócratas de la modernidad, Cuba ha demostrado que es posible la pervivencia de la población en medio de una tremenda austeridad, incluso dándose el lujo de pertenecer a los diez primeros países en términos olímpicos, lo cual no se consigue con población subalimentada, y de pertenecer, en términos de salud y educación al primer mundo. Con la diferencia de que en el primer mundo la salud tampoco en todas partes es para todos. Vale la pena decir que en Cuba sí existe igualdad absoluta, no sólo formal, en términos de salud y educación. Aunque, por otra parte, también es cierto que escasean los chicles, y que mantienen presos, lo que nosotros llamaríamos, políticos sin titubear.

La super e irracional explotación de nuestros recursos naturales ya ha puesto un límite que será infranqueable: ya no llegaremos al desarrollo alcanzado por el primer mundo. El cual, por lo demás, se las verá en figurillas de ahora en adelante para continuar siendo el ejemplo de la civilización y el desarrollo. No será posible producir, jamás, todo lo que produce el primer mundo y mucho menos para todos. No habrá otra alternativa que la austeridad. Y eso implica pensar y *querer* – por eso es una cuestión ética –, una sociedad distinta que no pasa por la modernidad a la que nunca accedimos. Ello implicará la resistencia de quienes prefieren apostar a la modernidad, de quienes detentan lo suficiente como para aceptar que no se siga destruyendo el planeta, siempre que la reducción de los bienes posibles no implique renunciar a ninguno de los que ya tienen – que son todos, por lo demás. Y esta resistencia pone nuevamente la cuestión del derecho y la democracia.

9 Una Sociedad Éticamente Plausible y una Ética Socialmente Posible

El problema tiene contornos éticos, pero también sociológicos. Por una parte, necesitamos pensar en una sociedad en la que todos los habitantes tengan el mismo acceso a los bienes básicos para una vida buena. Esto es, desde el punto de vista de la moderna teoría de la democracia, el respeto a los derechos humanos. Claro que, en nuestra concepción, el primer derecho humano es una vida digna, muy por delante, por ejemplo, del derecho de las empresas de *media* que reivindican, con su derecho a la libertad de informar, el derecho a informar lo que ellos, los capitalistas, quieren a costa

de la mentira, y la difamación de los movimientos y luchadores sociales. (Sin por ello creer que Chaves fuera un eminente luchador social, los medios venezolanos mostraron al mundo qué saben hacer y de qué lado están).

Por otra parte, la ética que proponemos tiene que tener en cuenta las condiciones sociales y económicas existentes. Por ejemplo, es necesario pensar que, si postulamos como éticamente plausible una sociedad en que todos tengan lo mínimo, en América Latina, eso significa la redistribución de la riqueza, y la conciencia clara de que, una vez redistribuida, esa riqueza no alcanzará para mucho más que una sociedad tremendamente austera, como lo es, por ejemplo, la cubana. En otros términos, esto quiere decir que están fuera de la realidad, que se trata de éticas imposibles, ésas a las que nos vienen acostumbrando los juristas dedicados a promocionar el liberalismo como ética plausible; quiere decir que no son éticas socialmente posibles. Ellos parecen ignorar, aunque es increíble que no lo sepan, porque está en todos los periódicos, que nuestros países son pobres y lo poco que hay está mal repartido. Sin embargo sus propuestas son las de permitir que cada uno se desarrolle sin paternalismo estatal. Pero ¿cómo se consigue eso, si lo que la mayoría tiene es nada? Esas teorías éticas parecen ignorar que sus propuestas requieren, para ser plausibles, que todos dispongan de ciertos mínimos; pero para ello es necesario redistribuir, y aún contra la voluntad de quienes detentan la mayor parte del producto social. Pero de esto no dicen nada. Es como si plantearan un pacto de borrón y cuenta nueva, para una carrera en que todos los contendientes partan, ahora sí, al mismo tiempo; sólo que algunos lo harán con cinco siglos de ventaja... De ahí que la ética que planteemos tiene que tener asiento en la realidad; si no, será una muestra de cinismo.

9.1 Una sociedad éticamente plausible

Si alguna perspectiva nos queda por delante, de superación de esta cuasi modernidad, o modernidad inconclusa de América Latina, ha de ser una presidida por una ética plausible. Y, si en esta era, la justicia éticamente plausible, se identifica con la defensa y promoción de los derechos humanos, debemos discutir la función que éstos han de cumplir. Me refiero a la ideología según la cual, los derechos humanos son un fin en sí mismos.

Para algunos teóricos, los derechos humanos constituyen imperativos éticos absolutos. No están ordenados a ningún objetivo que no sean ellos mismos. Pero, en realidad, los derechos humanos no son otra cosa, que las aspiraciones a una vida buena, aspiración que sólo pueden tener los que no disponen ya de esa vida. Para los que tienen todo, o la mayor parte del producto social, los derechos humanos son la garantía de que no perderán en manos de los desposeídos, ninguno de los bienes de que disfrutaban. Por eso quieren verlos como absolutos. Desde el punto de vista contrario, los derechos humanos no pueden ser sino los medios para obtener una vida buena para todos. Si no se ordenan a ese objetivo, no tienen razón de ser, ni de ser defendidos.

El problema es cómo conseguimos una sociedad solidaria a través de la defensa de estas aspiraciones que vivimos como derechos.

9.2 Una ética socialmente posible

Por otra parte, es necesario plantear una ética, “posmoderna”, que permita avizorar una sociedad históricamente posible. Porque las éticas que nos recetan los modernos liberales, y que están en boga entre los juristas desprevenidos – y otros no tan desprevenidos –, resultan imposibles de cumplir, sobre todo en países pobres, pero también en países opulentos que no lo serían sin el traslado de valores desde el tercer mundo, del que son beneficiarios. Se trata de éticas impracticables, que suponen ilusorios auditorios ideales, o promociones de actitudes no paternalistas sin reparto previo de la riqueza, más sacadas de una imaginiería que no lee los periódicos, que de una observación del estado real de nuestros países.

En este orden de cosas, la ética “posmoderna”, en América Latina, tiene que contemplar, además de la redistribución de la riqueza, la clara conciencia de que, una vez distribuida, los bienes que a cada uno le toquen producirán una sociedad de fuertes carencias. La ética, por tanto, deberá promover las conductas propias de la austeridad más severa. Dicho de otro modo: si en los países más ricos de América Latina – digamos Argentina, Brasil y México –, se repartiera con un mínimo de criterio igualitario, la situación no sería mucho mejor que la que atraviesa la Cuba de principios de este siglo XXI.

9.3 Una transformación social históricamente factible

Ahora bien, todo lo anterior vale nada si la nueva sociedad no puede ser extraída de la actual. No hay posibilidades de crear nada, sino a partir de lo existente. En esto tenemos que seguir siendo griegos: la creación no es *ex nihilo*. Es decir, la ética “posmoderna”, en América Latina, será realista, o será cínica.

Esto pone en juego la consideración de la violencia como elemento de la transformación social. Durante años, luego de las derrotas de la izquierda guerrillera, y de las terribles masacres con que se lograron, estuvimos diciendo que la democracia, entendida como la no violencia, era el camino que había que recorrer. Pensamos que la democracia, aún la cretina, traería alguna mejoría social. Lo cual no ha ocurrido. Más bien sucedió lo contrario. Y la violencia volvió a aparecer, en Chiapas por ejemplo, para mostrar que el tema no puede darse por cerrado sin mayor análisis. O en Colombia, donde la violencia endémica ha generado una situación de “ingobernabilidad” – como les gusta decir para justificar masacres – que obliga a la generosidad de Estados Unidos a intervenir para salvaguardar la demo (pluto-clepto) cracia de ese país. Esta delicadísima cuestión, la violencia revolucionaria, está ya, nuevamente, en el orden del

día.

Por otra parte, la factibilidad histórica de cualquier cambio, no puede dejar de tener en cuenta los rumbos desfavorables – léase “globalización”– que ha tomado el principio de siglo.

10 La Democracia Posmoderna

Sin por ello creer demasiado en la democracia del primer mundo, -véase si no, a la plutocracia presidida por Bush, y antes por sus predecesores, y seguramente por sus sucesores-, de todos modos no podemos dejar de advertir que, la nuestra nunca dejó en los mejores casos, de caminar con muletas. Las terribles experiencias dictatoriales, por otra parte, nos hicieron aceptar que la democracia es lo primero. Que cualquier cambio debía suceder en el ambiente democrático.

Pero también es cierto que, desde mediados de los años noventa nos encontramos con gobiernos elegidos constitucionalmente, pero en todos los casos con sociedades cada vez más empobrecidas y menos modernas. El angustiante rostro de la violencia amenaza con asomarse por todos los rincones. El fracaso del neoliberalismo es seguro, y nadie lo duda después de la dramática experiencia argentina.¹² Y es frente a esto que precisamos de nuevos conceptos de democracia, posmoderna, pero a la latinoamericana.

Durante este tiempo nos acostumbramos a aceptar la idea de que la democracia es un conjunto de normas de procedimiento para producir el derecho de fondo. Podríamos decir que aceptamos, pero nos dejamos llevar, plenamente, por el tipo de Filosofía del Derecho que se ha leído en Bobbio, y convertida en política por el socialismo a la española. Pero, dados los fracasos de este modelo, la democracia tiene que dejar de ser pensada como un conjunto de normas que establecen cómo se dictan otras normas; tiene que comenzar a ser vista como un conjunto de normas para la producción y la redistribución de la riqueza, y el establecimiento de una sociedad austera que respete los límites de la naturaleza, a la vez que consagre la pervivencia de las formas sociales americanas no destruidas por la modernidad. Nos hemos dejado llevar demasiado tiempo por las convicciones estrechas del democratismo burgués. Lo que está claro es que la democracia sin la creación y distribución de la riqueza, y la planificación de la austeridad, es una inutilidad completa excepto para los explotadores de siempre. “Democracia” es una palabra cuyo significado debe incluir la redistribución de la riqueza. Lo otro, lo que ahora tenemos, no es “democracia”. No se trata de que la “democracia” sea el *instrumento* de una forma superior de sociedad: se trata de que

¹² En realidad, el neoliberalismo no fracasó. “Fracaso” significa no conseguir los fines buscados. Pero el neoliberalismo nunca buscó otra cosa que las hiperganancias de la burguesía más poderosa. Y eso sí lo consiguió. ¿“Fracaso”?

incluye esa forma superior o no es democracia.

Éste es el contexto, difícilmente posmoderno, en el que se desarrolla nuestra tarea en términos de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica. Desde la primera nos enfrentamos a la cuestión de la democracia redistribuidora, y desde la segunda a la observación de una transformación estatal que conduce en sentido contrario.

Nos enfrentamos a cambios sucedidos en el estado, pero que no son sino *modernización* en el más banal sentido capitalista. Autoritario en términos políticos, salvajemente explotador en términos económicos. ¿De qué consideración posmoderna del derecho podemos hablar nosotros sin hacer una vulgar apología de la sociedad injusta?

Tenemos que hablar de un derecho constitucional que ponga en acto una democracia distinta.

En primer lugar, tenemos que construir una democracia que consista en la producción de bienes mínimos para todos, esa tarea de la modernidad, cumplida, dicen, en el primer mundo, pero inconclusa en el nuestro. El derecho constitucional "posmoderno" debe poner en acto unas normas que permitan establecer el *qué*, y el *cuánto*, de la producción. El *qué* pues la escasa capacidad productiva no puede seguir al servicio del consumo de bienes superfluos. El *cuánto* porque existen dos límites: la capacidad productiva mínima de que disponemos y el del agotamiento de la naturaleza.

En segundo lugar, tenemos que construir una democracia que consista en la redistribución de la riqueza alcanzada hasta ahora. El derecho constitucional moderno sigue proponiendo un juego cuyas reglas son los derechos humanos, que ahora sí dice que va a respetar, es decir, la paz social por una parte, y por la otra la libertad de elegir y hacerse elegir para ocupar los máximos puestos de dirección social. Algo así como un nuevo pacto que permita iniciar una carrera en la que no valdrá la violación de los derechos de otros. Nada más que es una carrera donde algunos caballos parten dos leguas más adelante. En la que los derechos humanos de unos son a comer, y los de otros son a que no les quiten lo que les impide comer a los otros. Es un pacto, una carrera, con trampa.

En tercer lugar, tenemos que construir una democracia que consista en el respeto a las generaciones venideras, que deberán conformarse con el resto de la naturaleza que les deje la modernidad.

En cuarto lugar, tenemos que construir una democracia protegida por un derecho constitucional que prohíba a las clases privilegiadas oponerse a la producción racional, a la redistribución de la riqueza y al respeto a la naturaleza. Esto hay que decirlo, de una buena vez, y con la clara conciencia de que hablamos de una democracia que reprime a ciertos sectores sociales. O perdemos el miedo a hablar de la represión de los explotadores, o continuamos con el juego de la democracia que les permite ejercer el poder en su beneficio. O nos quedamos con la democracia instrumento, la de las reglas procesales, que aunque es sólo eso, instrumento, se nos presenta como "fin en sí mismo", o nos atrevemos a la democracia instrumento que no es fin en sí mismo sino instrumento, pero para la distribución justa de los bienes materiales y culturales.

Y eso, sigue siendo el socialismo.

En esto coincidimos los juristas “posmodernos” de uno y otro mundo: una concepción “posmoderna” del derecho es *crítica*. La *crítica del derecho moderno*, principalmente del derecho constitucional y su democracia, cosa que, por lo demás, hemos venido haciendo, tal vez con el paréntesis que nos ha impuesto la transición a la democracia, que en varios países nos hizo olvidar la crítica de esa misma democracia cuyos límites ya conocíamos. La lucha por el respeto a los derechos humanos mínimos fue – y sigue siendo, lamentablemente – de tal intensidad, que nos dejamos atrapar por la idea de lademocracia fin en sí mismo. Eso ya no es bastante, hoy, en América Latina.

Lo que no es muy seguro es si entendemos la crítica del derecho moderno del mismo modo. A título de hipótesis, y para la discusión, diremos que no es así.

Problematicidad de la “Ontología de lo Dado” en la Modernidad

Franco H. J. Catalani*

Sumario: ¿Cuál es el sentido de la “metodicidad” de un conocer?. Una primera aporía del método: El problema de la creación (creatividad, mutación, el azar, el riesgo). ¿Por qué el recurso a una referencia no subjetiva (“la verdad”)? ¿De dónde surge la aspiración a la seguridad total, a la certeza absoluta, si no alcanzable de hecho, deseable de derecho; si no como logro, como legitimación?

Sumário: Qual é o sentido do “método” de conhecer? Uma primeira aporia do método: O problema da criação (criatividade, mutação, o azar, o risco). Por que o recurso a uma referência não subjetiva (“a verdade”)? De onde surge a aspiração à segurança total, à certeza absoluta, vez que não é alcançável de fato, desejável de direito; se não como realizável, como legitimção ?

Summary: What is the meaning of the “knowing method”? A first method aporia: The problem of creation (creativity, mutation, bad luck, the risk). Why to use a non-subjective reference (“the truth”)? Where does the aspiration to total security, absolute certainty, since it is not really attainable, come from; rightfully wished for, if not achieved, then legitimized?

Aproximaciones sobre el Proceder y el Objeto

El presente trabajo responde a las premisas básicas de un ensayo. Pretende articular una serie de reflexiones en función de temas que tienen cierta relación o unidad, como también proponer perspectivas alternas en torno a algunas cuestiones epistemológicas.

El objetivo que guió la reflexión estuvo centrado en examinar las implicancias lógicas que se podían derivar de la ideas modernas de método científico y de verdad, en tanto era posible ver, en su formulación, cierta actitud fundante. Actitud que, se verá, deriva de una razonable aspiración del hombre a adquirir certezas sobre determinados temas, en el marco de ciertas circunstancias históricas.

En cuanto a los parámetros que se siguieron, de acuerdo a la extensión y profundidad del tratamiento de los temas, parece propio hablar aquí de proceder antes que de metodología. El resultado del mismo es este breve ensayo, cuyo aporte consiste más en señalar vacíos que en rellenarlos. Por ello fue que se ordenaron las relexiones en secciones que están tituladas por incógnitas y no por certezas.

* Abril de 2002, Madrid, España.

Permítasenos dos palabras respecto de la posición o disposición del actor-autor frente a aquello que observaba y construía en el decurso del proceso, es decir, el corte sincrónico de su actividad.

Un observador de la realidad percibe de inmediato que ésta es fluyente o, lo que es lo mismo, sujeta a cambio permanente. Podrá incluirse como tal -como observador- en ella o no, pero si lo hace, quedará desde entonces ingresado en esa realidad que observa, y por lo tanto se verá también a sí mismo, fluyente. Pero entonces necesitará, de una u otra forma, un anclaje, una referencia. No necesariamente salirse de, esa realidad sino más bien, co-localarse¹ en, un movimiento diferente. Tal actitud tiene que ver con una conciencia adoptada, más que con un concepto elaborado. Asimilo, sin identificar, ideología con posición, teoría con proyección y técnica con acción. Entiendo que, a su vez cada una, es tensión entre el término antecedente y el consecuente en una circularidad que no es viciosa en tanto y en cuanto permite a la realidad a la que se enfrenta, que ingrese en ella (transfigurada en ideología y teoría) y que vuelva a salir (transfigurada en acción) en un permanente diálogo entre "lo uno" (circularidad subjetiva) y "lo otro" (realidad objetiva), en recíproca co-construcción.

Y se vuelve aquí al principio, pero el observador ya no será entonces el mismo que antes de tal acción. La acción (cognoscente), en consecuencia, se presentará como "un circular (conocer) entre dos fluencias (subjetividad-realidad)" que es transformador, del observador, por un lado, en tanto adquiere un conocimiento, y de la realidad, por otro, en tanto aquél, como ser transformado, pertenece a ella. Dicho de otra manera, la acción, al transformar al sujeto, transforma la realidad en la que éste se inserta.

Exhibido así el instrumental, avoquémonos al análisis de lo que se conoce como "ontología de lo dado" con el objeto de ver de qué manera es posible caracterizar rasgos implícitos en esta particular forma de organizar la realidad.

I

Si se recorre históricamente el desarrollo de la filosofía a partir del siglo XVI en Europa Occidental, se puede apreciar un rasgo sobresaliente: El debate respecto de la posibilidad del hombre de conocer la realidad, y la forma en que eventualmente se da: Desglosando los términos de esta proposición, quedaría: a)- el supuesto incuestionado de la existencia de "una" realidad "verdadera", mutable o inmutable, pero existente y "una", en tanto sustancialmente diferente al hombre. O, por decirlo de otra manera, lo existente escindido en dos y sólo dos campos, lo humano y lo no humano. Por verdadera se entiende "dada de antemano frente al hombre y existiendo por sí misma, con independencia de aquél"; b) el supuesto, a veces cuestionado, de

¹ En sentido literal de ubicarse junto con: co-localar.

que el hombre puede tener, de alguna forma, contacto con ella; no de una manera orgánica ni exclusivamente instrumental, por cierto, sino por una vía distinta (conocer); c) la incógnita, extraordinariamente debatida, sobre la manera en que tal contacto se da (en los casos en que se acepta que se da): la actividad de conocer; d) el supuesto, a veces cuestionado, de que esa existencia extra-humana, puede ingresar “dentro de”, el hombre; (conocimiento); e) la incógnita, extraordinariamente debatida, en cuanto a la forma que es capaz de cobrar tal existencia forma dentro de la entidad hombre (o la manera en que lo no humano existe dentro de, en, lo humano): el conocimiento como resultado.

A su vez, si bien se mira, lo que se puede ver a lo largo del desarrollo histórico de la epistemología detrás de aquellas cinco ideas, es una actitud común, a saber: un afán por acceder a estadios más consolidados de seguridad, de certeza; la necesidad, ansiedad o deseo de seguridad del hombre en cuanto a esta especial relación con el universo. Así como se ve el esfuerzo, se ve también la frustración y el fracaso en lograrlo (partiendo de aquel principio de verdad) y las posteriores reacciones de desencanto. Ello trasluce además, una determinada actitud del sujeto frente a sí mismo, expresada en una déficit de autoconfianza, la cual podría denominarse como “subjetividad o sujeto exosignificado”. Con ello se pretende ilustrar la idea de que el individuo se concibe a sí mismo no a partir sí mismo, sino que busca una fuente de significación exterior para constituirse como sujeto. No sólo lo que no es subjetivo (es decir el mundo objetivo) le viene dado desde afuera, sino también lo que él es, su constitución como tal, el hombre lo presupone exterior a él. En ello se expresa también lo que se podría llamar “conjura de la voluntad”, es decir, la obsesión por descansar en la infalibilidad de un método o de una revelación, en el caso del medievo, que lograra neutralizar u ordenar el caos de la voluntad. Parecería el resultado de una actitud siempre atemorizada frente a la arbitrariedad² de la voluntad subjetiva,³ directamente asociada con el deseo.

² Entendida como falible, pero sobre todo, no sometida a norma o ley o criterio alguno, es decir, en el fondo, desprovista de unidad e integridad.

³ No es el lugar, ciertamente para hacer las consideraciones que siguen, sin embargo, estimo oportuno dejarlo sentado, al menos como nota. En ciertas manifestaciones artísticas y religiosas de la mayor trascendencia histórica parece haber una obsesión del hombre por conocer de antemano los resultados de su acción, o dicho de otra manera, un trauma por la actuación de su voluntad, por el juego de la dualidad voluntad-determinación, o libertad-necesidad. La intolerancia del criterio religioso para soportar el acto creador humano, el conflicto entre la voluntad humana y la divina, es el tema central del mito semita del Génesis, en el Antiguo Testamento, y trasunta toda esta colección legendaria hasta rematar en el asesinato del padre como expresión de la ley -dicho en clave Freudiana- en el nuevo testamento. Es significativo que la clave del “Nuevo Testamento”, no sea principalmente “la ley y los profetas”, sino un acto típicamente humano: “amaos unos a otros”. Se corre la fuente de significación subjetiva religiosa desde lo objetivo continente, la ley, a lo subjetivo trascendente, la acción. Es también la clave de interpretación, por ejemplo, del Confucianismo y del Islamismo que, al establecer un riguroso código de procedimiento de conductas, intentan conjurar la creación y la voluntad humanas. O también en el Estoicismo, de una evidente

Respecto de la idea enunciada en el punto "a", esta aspiración a la seguridad se manifiesta en la incuestionabilidad de la misma. Adelanto aquí, para aportar claridad a la hipótesis que se quiere sustentar, que no es esta idea (es decir, lo objetivo dado de antemano al hombre, existiendo por sí mismo y con independencia de aquél) la única posible respecto de la "realidad" (sea que su última esencia se reconozca ideal o sensible, mutable o inmutable). En efecto, una distinta propone que el hombre no sólo está "puesto" en ella, sino que también, de alguna manera, es actor de la misma, en el sentido de que la co-construye.

En el resto de las proposiciones desglosadas (b, c, d, e), aquella ansia de seguridad se expresa en que las actitudes que yacen en el fondo de las corrientes de pensamiento que van desde el escepticismo al dogmatismo, derivan del grado de seguridad que le reconocen al criterio de certeza. Es decir, es la misma actitud de fondo la que, por frustración o por consecución, da lugar a la formulación de uno u otro sistema de pensamiento. Se impone, sin embargo, hacer aquí una salvedad, al menos en cuanto a Vico, Kant, Nietzsche, Bergson, Heidegger y pensadores afines.⁴

Sexto Empírico lo ilustra de una manera sencilla y clara en el siguiente pasaje: "Los que buscan algo, probablemente llegan a descubrirlo, o declaran que no pueden descubrirlo y que es incomprendible, o continúan buscándolo. Por ello en las investigaciones filosóficas unos han pretendido haber hallado la verdad, otros han declarado que no es posible alcanzarla, y otros la buscan aún. Los llamados propiamente dogmáticos parecen haberla hallado, por ejemplo, Aristóteles, Epicuro, los estoicos y otros; los que han probado que es imposible alcanzarla son Clitómaco, Carneades y otros académicos; los que aún buscan son los escépticos. Por ello parece que hay tres filosofías principales: el dogmatismo, la academia y el escepticismo".⁵

Respecto de la primera cuestión (a), ni siquiera el escepticismo más radical alcanzó a rechazarla. En todo caso, lo más lejos que llegó fue a negar la posibilidad de conocer la objetividad en sí en forma "cierta" o "verdadera", fundándose en que no es posible ningún tipo de certeza a su respecto. En otras palabras, sólo el conocimiento "verdadero" puede ser digno de crédito, y dado que ninguno lo puede ser en plenitud, luego, no es posible un conocer verdadero. La incógnita se traslada entonces a qué se entiende por conocimiento "verdadero". Porque si algo es indudable es que el afán estuvo centrado en "Descubrir la verdad", y ello presenta al menos las siguientes connotaciones: primero, que ya no se aceptaba como verdad lo propuesto por el

similitud con el Hinduismo, que en su búsqueda del Nirvana, en tanto aniquilación del yo, busca huir del Karma del deseo. En la modernidad occidental este trauma existencial se expresa en las obras de Dante, de Montaigne, de Shakespeare, de Goethe, de Tolstoi.

⁴ Incluiría también, con ciertas reservas, a Marx.

⁵ *Sexto Empírico, bosquejos pirrónicos* (selección), de R. Verneaux, Textos de los grandes filósofos, Edad Antigua, Herder, Barcelona, 1982, pp. 105-107. Textos de Diccionario Herder de filosofía en CD-ROM. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.

sistema de conocimiento y simbolización anterior a la modernidad, es decir, en última instancia, la “infalibilidad” de la silla apostólica, o de las verdades del dogma. La infalibilidad se buscaba ahora en la construcción de un método de acceso a la realidad. En segundo lugar, que había una verdad que descubrir. Se buscaba “la verdad”, sea en la realidad o en el conocer. Porque ¿qué otra cosa se puede perseguir con un conocimiento sino descubrir la verdad de las cosas?, y ¿qué otra cosa puede generar tal conocer sino un conocimiento “verdadero”? Ahora bien, “descubrir la verdad” puede hacer referencia a dos cosas, al conocimiento verdadero o a la realidad verdadera. Es digno de notar que el predicado “verdadero”, aplicado a realidad difiere notablemente del mismo predicado aplicado a conocimiento. En el primer caso, significó como ya se esbozó, una entidad preexistente y auto-existente, con independencia del hombre, sea sensible o suprasensible, mutable o no. De hecho no otra cosa podría significar, dado que no admite contrastación con otra entidad distinta, de cuya equivalencia pueda resultar una conclusión respecto de su verdad o falsedad. En otras palabras, asumiendo esta posición, la realidad, cualquier cosa que por ella se entienda, no es ni verdadera ni falsa, simplemente, es. En tanto que respecto del conocimiento, lo que sea que por él se entendiera, cuando se le adosó el predicado verdadero, se quería decir con ello que tenía alguno o varios de los siguientes atributos: 1- que puede provocar “certeza”; 2- que se puede predicar su “necesidad”; 3- que se puede predicar su “universalidad”; (sumados 1; 2 y 3, en conclusión, que es capaz de conjurar el cambio y la imprevisión); 4- que se adecuaba, reflejamente, a la realidad. 5- que, asumido (el conocimiento) como criterio de acción, el efecto de ésta era el esperado previamente, es decir, “funciona”. Es de mencionar un atributo más, que si bien cumplía una función distinta y no ha sido suficientemente remarcado como tal, no por ello dejaba de tenerlo, a saber: la virtud legitimante, y hasta constitutiva, de cualquier indagación; se buscaba la verdad, en las cosas y en el conocer.

En lo que parecen estar de acuerdo la casi totalidad de los pensadores sobre el tema es que la verdad, cuando se aplica a enunciados, es una relación, sea entre las múltiples proposiciones de una teoría (la verdad como coherencia, ejemplo típico, la matemática, la geometría o la lógica), sea entre un enunciado (o cuerpo de teoría) y la porción de la realidad que éste pretende reflejar como si fuese un espejo. Subyace aquí un problema primario que no ha sido advertido bastante, al menos aplicado a este tema particular: dos términos de una relación cualquiera, sólo son conmensurables por referencia a un tercero que no se identifica con los otros dos (si no, no sería tercero), aunque pueda compartir algunos caracteres con ambos (si no, no podría relacionarlos). Ahora bien, si este tercer elemento no es ni sujeto ni objeto, ¿qué es?

La creencia en “una” verdad, generalmente asociada a la idea de inmutabilidad, cual predicado tanto del discurso como de la realidad, es el indicio de que el ser cognoscente necesita ese término medio entre el sujeto y el objeto y lo es también de que lo cree exterior, tanto a uno como a otro. Es el indicio, por fin, de que se niega a fundar una creencia a partir de sí mismo, y solicita en cambio una fuente exterior. De

aquí las extraordinarias consecuencias del desencanto provocado por Hume: que necesitemos fundar nuestras creencias en algo que no somos nosotros (leyes universales), en algo no-humano, no quiere decir que ese algo exista. Podría verse como una paradoja, pero resulta totalmente coherente que de ello derivara Hume su metodología empirista: se debe recurrir a la exterioridad, a la ex-periencia para arribar a un conocimiento fiable (si no infalible), y no, o al menos no sólo, a la in-terioridad, a la razón, a la duda.

Pero ¿de qué manera tender un puente entre sujeto y objeto?. Como se dijo, cualquier relación entre dos términos requiere el concurso de un tercero para ser tal. Un hombre y una mujer son iguales, en tanto personas, pero son distintos en tanto género. Un tigre es igual a una cebra, en tanto mamíferos, pero difieren si tenemos en cuenta de qué se alimenta cada uno. Es el mismo problema planteado en aritmética por la relación igualdad, o desigualdad y en geometría por la proporción.⁶ Dicho muy esquemáticamente, ese puente se llamó revelación, en el medioevo y razón-experiencia, en la modernidad.

Por ello, la falla por donde irremediablemente se filtraba todo el esfuerzo, la incógnita ácida que corroía toda indagación y alimentaba cada vez más el ansia de indagar -y más aún con cada fracaso- era el siguiente: ¿es posible que "la verdad", cualquier cosa que por ello se entienda, admita grados?, o más directamente ¿está la verdad sujeta a cambio?, ¿como es posible que algo que hoy sea verdadero, mañana deje de serlo?, la conclusión parece inevitable: en uno de los dos momentos no fue tal. A renglón seguido, la verdad es inmutable o no es tal, luego, la verdad es perseguible, pero no alcanzable.⁷ He aquí su virtud legitimante del conocer y su inmutabilidad, no sólo por no cambiante sino por no logrible plenamente, su inmaculada concepción, se diría en la cosmovisión anterior. De aquí también, la atribución de los conocidos caracteres a la verdad de un conocimiento: necesidad y universalidad. El conocimiento

⁶ El punto fue percibido y tratado por uno de los mayores pensadores de occidente: *"No es posible que dos términos formen por sí solos una hermosa composición sin un tercero, pues es necesario que entre ellos haya un vínculo que los aproxime. Ahora bien, de todos los vínculos el más bello es el que se da a sí mismo y a los términos que une, la unidad más completa. Y es naturalmente, la proporción (analogía)? la que realiza esto del modo más bello"*. Timeo, Platón. Nótese además que los griegos -que lograron una extraordinaria integridad de los distintos saberes que desarrollaron- por conducto de Pitágoras y de su discípulo Nicómaco de Gerasa (*Manual de armonía e Introducción a la aritmética*), llamaron razón a la relación entre dos términos y proporción (analogía), a la relación entre dos razones. De hecho, la palabra analogía une el prefijo ana- que denota elevación, con el sustantivo logos- que, como se sabe, connota los varios sentidos de la palabra razón, es decir que podría traducirse también como razón potenciada. El mismo concepto aplicaban por ejemplo a la justicia, como composición de intereses contrapuestos y a la política, como armonía de los poderes o voluntades en juego en una sociedad. "Armonía", es un vocablo que aplicaban (y aún hoy es aplicable), tanto a la sociedad, como a la arquitectura y a la música, y en todos los casos con el mismo exacto significado.

⁷ Decir que es alcanzable es lo mismo que decir que sólo existe como posibilidad y no como realidad. Esta formulación es casi una solución de compromiso para no afirmar que no existe.

que cambia, no puede ser verdadero en ambos momentos, o lo es en un caso o lo es en el otro. Para volver al principio, la verdad es "una", definitivamente definida, o no es.

A partir de lo dicho, entonces, resalta la extraordinaria franqueza de Hume, que según mi parecer es la confirmación moderna de la doctrina de Heráclito: si algo nos dice la realidad es que es cambio permanente, no hay en ella ningún carácter inmutable, universal o necesario. Si concebimos algo como eso, es gracias a nuestra fantasía, a nuestra memoria, o a nuestros hábitos de convivencia. Pero más aún sobresale el asombroso salto existencial de Kant: La proposición de Hume es verdadera (!), pero sólo parcialmente (!), ¡el hombre también es parte de esa realidad cambiante!, pero entonces, ¿a qué se debe que sintamos una diferencia como sujetos frente al mundo de los objetos, entre ser humano y realidad?, ¿de dónde proviene la raíz de esa escisión y el descomunal esfuerzo que hacemos por trascenderla, por conocer en forma verdadera?

Nótese que lo que negó Hume no fue la existencia de una objetividad, digamos existente por sí, sino la posibilidad humana de conocerla en forma verdadera.⁸

Encuentro importante, por otro lado, señalar que las proposiciones de Hume que sostenían que los caracteres de regularidad dados por el hombre a ciertos acontecimientos sólo existían en aquél pero no en estos,⁹ alientan una tenue reminiscencia al innatismo cartesiano, aunque pudiera parecer herética tal proposición. Una cosa es sostener que un conocimiento sólo es válido si proviene de las apreciaciones sensibles y otra distinta es decir que hay caracteres propios del hombre que éste proyecta en el mundo exterior. Porque cabría preguntarle a Hume, ¿acaso esas regularidades que el hombre proyecta hacia fuera sin que pertenezcan al mundo, de dónde las obtiene si no es de la observación de éste?, porque si no las obtiene de aquí,

⁸ Diría, por mi parte, y desde otra perspectiva, de expresar el cambio en términos de constancia, es decir, de no cambio.

⁹ Todo razonamiento sobre la experiencia, dice Hume, se basa en la suposición de que la naturaleza transcurre de un modo uniforme. Pero este supuesto no tiene ninguna base racional (no se funda en una demostración); se funda en una mera creencia, que se debe a la observación de una conjunción constante de los hechos en la experiencia. A la idea de "causa", que aplicamos a hechos de los que decimos "A es causa de B" no corresponde ninguna otra impresión sensible que la presencia contigua en el espacio y sucesiva en el tiempo de A (causa) y B (efecto). Pero, en realidad, a la idea de causa atribuimos otra característica que es la de conexión constante entre A y B. Esta idea no corresponde a ninguna impresión sensible, es sólo fruto de la asociación de ideas debida a la costumbre o hábito de observar que "siempre que A, entonces B", o bien de que "no se produce B, si no existe previamente A". Tenemos por costumbre asociar lo que hemos observado que se produce repetidamente, y traducimos la asociación como una conexión necesaria. A esta conexión necesaria debería corresponder alguna impresión externa o interna: externamente, no hay nada más que la conjunción de A y B; internamente, no hay nada más que la inclinación, que produce la costumbre, de pasar de un hecho a otro que normalmente le acompaña. La "necesidad" es meramente mental, no está en las cosas, ni en la naturaleza, "pertenece por entero al alma". Diccionario de filosofía en CD-ROM. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.

están en el hombre de alguna manera previa a su contacto con el mundo. Esta misma línea de pensamiento es luego desarrollada en todo su potencial por Kant,¹⁰ y se abusa de ella, en mi concepto, en Hegel.

De hecho, toda la producción filosófica moderna se halló medularmente imbuida de reflexiones sobre el tema: *"Desde cierto punto de vista, la filosofía moderna adulta se inaugura con dos tratados metodológicos, el Novum Organum, de Francis Bacon, y el Discurso del Método, de Descartes, primeras y memorables expresiones de las dos actitudes que, separadamente unas veces y otras mezcladas, asumirá el trabajo filosófico durante el siglo y que persistirán después"*.¹¹

Prácticamente hasta la actualidad, el conocimiento ha sido un problema central en la filosofía.

Mirando en perspectiva, parece natural que el cambio de paradigma cosmológico, el traslado del foco desde Dios al hombre, acarrearra como consecuencia

¹⁰ Hume centró su crítica en torno a la cuestión -metafísica por excelencia- de si podemos pensar alguna relación necesaria y universal entre los sucesos de la naturaleza, esto es, en torno a la noción de "causa". No podemos fundamentar su noción -argumenta- ni en la sola razón ni tampoco en la experiencia; se debe sólo a una especie de fe irracional basada en la costumbre. No es posible, en consecuencia, la metafísica. Pero es que tampoco habrá verdadera física - comenta Kant -, es decir, no podrá haber ninguna ciencia de la naturaleza o de la experiencia en general, si no es posible fundarla en un conocimiento causal. A la afirmación de Hume de que no es posible un conocimiento universal y necesario de las cosas, porque tal necesidad y universalidad no se hallan en la experiencia, Kant opone la suposición de que, no pudiendo venir de la experiencia esta necesidad y universalidad y siendo por lo demás condiciones necesarias de un verdadero conocimiento, han de ser un elemento a priori del mismo. Pero amplía el alcance de la afirmación de Hume: no sólo la idea de causalidad no proviene de la experiencia, sino que de ella no proviene ninguna de las nociones fundamentales de la metafísica, de igual forma que ninguna de las nociones fundamentales para entender la experiencia puede provenir de la misma experiencia; provienen del entendimiento sin más, de la misma estructura del conocer. Por esto dice Kant que debe a Hume "el haber salido ya hace muchos años del sueño dogmático". Kant determina que, para entender la experiencia (conocimiento a posteriori), es necesario tener conocimientos que no provengan de la experiencia (conocimiento a priori): "aunque todo nuestro conocimiento empiece con la experiencia, no por eso procede todo él de la experiencia". Sólo así puede tener el conocimiento empírico aquellas condiciones que exige el verdadero conocimiento (universalidad y necesidad) y que la sola experiencia no puede otorgar. Esto equivale a un cambio de método y a afirmar que no es el entendimiento el que se deja gobernar por los objetos, sino que son éstos los que se someten a las leyes del conocimiento impuestas por el entendimiento humano: un "giro copernicano", según suele decirse, un cambio de 180 grados, una perspectiva radicalmente nueva. Según Kant, este planteamiento sólo es parcialmente nuevo en la historia, porque un planteamiento similar se hizo en la matemática, en tiempos de Euclides, y en las ciencias de la naturaleza, en tiempos de Galileo. Las matemáticas griegas fundaban su certeza en la construcción de la figura que el geómetra concebía en su mente; la ciencia moderna funda su innovación en el hecho de que es ella la que interpela a la naturaleza mediante sus hipótesis. En uno y otro caso, "la razón sólo reconoce lo que ella misma produce según su proyecto". de Diccionario Herder de filosofía en CD-ROM. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.

¹¹ Romero, Francisco, "Historia de la filosofía moderna", F.C.E., Chile, 1994.

una concentración de éste sobre la forma en que se presenta frente, ingresa a, y hace ingresar en sí, al mundo. Consecuente con ello puede tomarse la actitud filosófica de Descartes. Para refundar la realidad, lo primero que hay que hacer es cuestionar lo que viene dado con anterioridad. Sin embargo el pensador francés, no llegó tan lejos, seguramente influido por su contexto sociohistórico, como para negar alguna confusa presencia anterior y exterior del mundo al ser humano, antes (a priori) y dentro, de éste. Digamos que, como compulsado por una duda de su propia duda, no llegó a renegar totalmente de la "paternidad" intelectual de su época, y reconoció cierta inmutabilidad presente en el hombre sin que éste la pudiera alcanzar con su voluntad, lo que denominó innatismo.

Su escepticismo respecto del sistema heredado de comprensión del mundo, no fue tan lejos como el de sus contemporáneos anglos quienes, quizá por la misma causa pero en otro contexto,¹² se determinaron a expulsar totalmente del universo humano tal posibilidad. Este es, finalmente, el punto de partida más extremo de las sendas que se abrían hacia una nueva concepción, dado que significó el desalojo del espíritu humano del último vestigio de la herencia anterior, en cuanto disponía una determinada relación entre el hombre y su contexto. Es interesante ver cómo, desde Descartes a Hume, el principal efecto de la reflexión filosófica consistió en deslegitimar el anterior sistema de comprensión del mundo. El escepticismo negó toda posibilidad de colonización de lo objetivo en lo subjetivo con su postulado de *tabula rasa*, con la negación de todo innatismo, pero no llegó a cuestionar, salvo excepciones, la existencia de "una" verdad. Si fue Descartes quien pudo haber dicho "ya no creo que lo objetivo sea conocible de la manera en que la sociedad del medioevo lo hacía", a Hume, entonces, podría atribuírsele algo como "No hay manera posible, si entendemos por conocimiento, establecer leyes generales y universales".¹³

Pero no es sino hasta Kant, que se comienza a delinear un nuevo sistema de comprensión, donde adquiere protagonismo activo el ser cognoscente. Se puede decir de éste que fue capaz de iniciar la construcción de ese nuevo sistema a partir de la

¹² Recordemos que por entonces Francia pertenecía a la ResPública Cristiana Católica Apostólica y Romana, en tanto que Inglaterra ya no, en los tiempos de Hume.

¹³ Lo que sostiene Hume definitivamente, frente a las pretensiones del racionalismo, es que el conocimiento de la naturaleza debe fundarse exclusivamente en las impresiones que de ella tenemos. De esta conclusión, en sentido estricto, se deriva el fenomenismo y el escepticismo: el hombre no puede conocer o saber nada del universo; sólo conoce sus propias impresiones e ideas y las relaciones que establece entre ellas por hábito, costumbre, principio de asociación o sentimiento de la mente. No hay impresión alguna que corresponda a "cuerpo" o a "objeto material", y mucho menos a "yo", "mundo", "causalidad", "sustancia"; todo lo que el hombre sabe, por discurso racional, acerca del universo se debe única y exclusivamente a la creencia, que es una especie de sentimiento no racional. Diccionario de filosofía en CD-ROM. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.

plataforma sentada por Hume,¹⁴ y que consistió en su famoso "giro copernicano".¹⁵ En este sentido, las reflexiones kantianas podrían reformularse de esta forma, más o menos: "es cierto que algunos caracteres que damos a nuestro conocimiento de las cosas no provienen de éstas, concretamente, por ejemplo, la relación de causalidad, pero ello no quiere decir que todo conocimiento quede invalidado, sino que éste es de una entidad por entero distinta a aquellos objetos respecto de los cuales se aplica. Dicho de otra manera, lo que Hume nos está diciendo es que la realidad 'conocimiento', es de una especie distinta que la realidad 'resto de las cosas, o mundo a conocer'". En indagar esa realidad "conocimiento" es que se centra su "Crítica de la Razón Pura".

Utilizando el símil de la cartografía se podría decir, por ejemplo, que Descartes sostenía que es posible hacer un mapa dado que conocemos algo del terreno antes de que lo recorramos, en cambio Hume diría que no hay mapa que sirva (conocimiento que pueda tildarse de verdadero), dado que hay cosas que están en el mapa sin que se hayan verificado en el terreno. En consecuencia, eso que está en el mapa pero no en el terreno, ¿de dónde surge?. Del hombre y su interacción social, diría Hume. Pero aún aquí podría sostenerse el mismo interrogante: en el hombre y su interacción social, ¿de dónde surge?.

Kant contestará a Hume que, aunque es cierto que los trazos del mapa no los hallo en el terreno ello no impide, de por sí, que pueda creer en él y utilizarlo para caminar. Dicho de otra manera, de un mapa sólo se espera que sea un mapa, no la montaña mineral o el lago que refleja, ni siquiera los pasos que se darán en el camino. Kant va más allá y tomando cabal conciencia de la distinción hecha por Hume pasa a

¹⁴ "Confieso con toda el alma que a la advertencia dada por David Hume es a lo que debo haber salido hace ya muchos años del sueño dogmático y el haber dado a mis investigaciones filosóficas en el campo de la especulación una dirección completamente nueva. [...] Me aseguré, pues, antes que todo, de si podía generalizarse la objeción de Hume, y no tardé en darme cuenta de que el concepto de enlace y de efecto no era ni con mucho el único de que se sirve el entendimiento en sus enlaces a priori de las cosas, y que de tal modo es así que la metafísica entera depende de nociones de este género. Traté de asegurarme de su número, y cuando lo conseguí, partiendo de un principio único, pasé a la deducción de estas nociones, cuando entonces me hube asegurado que éstas no son la experiencia, como había temido Hume, sino que provenían del entendimiento puro." *Prolegómenos a toda metafísica futura, Prefacio*, Buenos Aires, El Ateneo, 1950, pp. 581-582).

¹⁵ Se ha supuesto hasta ahora que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos. Sin embargo, todos los intentos realizados bajo tal supuesto con vistas a establecer a priori, mediante conceptos, algo sobre dichos objetos -algo que ampliara nuestro conocimiento- desembocaba en el fracaso. Intentemos, pues, por una vez, si no adelantaremos más en las tareas de la metafísica suponiendo que los objetos deben conformarse a nuestro conocimiento, cosa que concuerda ya mejor con la deseada posibilidad de un conocimiento a priori de dichos objetos, un conocimiento que pretende establecer algo sobre éstos antes de que nos sean dados. Ocurre aquí como con los primeros pensamientos de Copérnico. Éste, viendo que no conseguía explicar los movimientos celestes alrededor del espectador, probó si no obtendría mejores resultados haciendo girar el espectador y dejando las estrellas en reposo. *Crítica de la razón pura*, Prólogo de la segunda edición, Madrid, Alfaguara, 1988, 6ª ed., p. 20.

preguntarse ¿de dónde sacamos esos trazos si no es del terreno?, ¿cuál es el criterio de validación del conocimiento, si no es la fidelidad en el reflejo de la realidad; si no es la universalidad, o la necesidad?; ¿qué fundamento debemos tomar para creer en él, para darlo por cierto?. ¿Necesariamente habrá que recurrir a un criterio autónomo de validación?, ¿no se cae de esa manera en una fundamentación absolutista, en tanto se valida el conocimiento a través del ser cognoscente?¹⁶ ¿no se cae así en la arbitrariedad?. En segundo lugar, ¿es posible, y en su caso, de qué manera, acceder al conocimiento de algo nuevo sin la mediación de la experiencia? o, en palabras de Kant, ¿son posibles los juicios sintéticos a priori?. Kant contesta afirmativamente con su concepción de la filosofía o sujeto trascendental y da una primera explicación de un problema hasta entonces poco tematizado y menos resuelto: la creación intelectual. Así, pone de manifiesto que aún en un problema netamente matemático de lo más simple, o físico, se revelan juicios sintéticos a priori.¹⁷ Llevando más lejos el mismo razonamiento se puede decir que la estructura básica del silogismo, inductivo o deductivo, implica un juicio sintético a priori que, por lo mismo, contradice los tres principios básicos de la lógica Aristotélica. En efecto, si fuéramos cabalmente coherentes con ellos, jamás podríamos arribar a una conclusión. Aún cuando se diera por aceptada la certeza de las premisas A y B, en la conclusión C hay una intersección de la premisa A con la B, y en la

¹⁶ En esta fuga al infinito absolutista es en la que cae Hegel.

¹⁷ Se podría pensar, de entrada, que la proposición $7 + 5 = 12$ es una simple proposición analítica, que se sigue, de acuerdo con el principio de contradicción, del concepto de suma de siete y cinco. Pero, si se observa más de cerca, se advierte que el concepto de suma de siete y cinco no contiene otra cosa que la unión de ambos números en uno solo, con lo cual no se piensa en absoluto cuál sea ese número único que sintetiza los dos. El concepto de doce no está todavía pensado en modo alguno al pensar yo simplemente dicha unión de siete y cinco. Puedo analizar mi concepto de esa posible suma el tiempo que quiera, pero no encontraré en tal concepto el doce. Hay que ir más allá de esos conceptos y acudir a la intuición correspondiente a uno de los dos, los cinco dedos de nuestra mano, por ejemplo, o bien (como hace Segner en su Aritmética) cinco puntos, e ir añadiendo sucesivamente al concepto de siete las unidades del cinco dado en la intuición. En efecto, tomo primero el número 7 y, acudiendo a la intuición de los dedos de la mano para el concepto de 5, añado al número 7, una a una (según la imagen de la mano), las unidades que previamente he reunido para formar el número 5, y de esta forma veo surgir el número 12. Que 5 tenía que ser añadido a 7 lo he pensado ciertamente en el concepto de suma $= 7 + 5$, pero no que tal suma fuera igual a 12. Por consiguiente, la proposición aritmética es siempre sintética, cosa de la que nos percatamos con mayor claridad cuando tomamos números algo mayores, ya que entonces se pone claramente de manifiesto que, por muchas vueltas que demos a nuestros conceptos, jamás podríamos encontrar la suma mediante un simple análisis de los mismos, sin acudir a la intuición. La ciencia natural (física) contiene juicios sintéticos a priori como principios. Sólo voy a presentar un par de proposiciones como ejemplo. Sea ésta: "En todas las modificaciones del mundo corpóreo permanece invariable la cantidad de materia", o bien: "En toda transmisión de movimiento, acción y reacción serán siempre iguales". Queda claro en ambas proposiciones no sólo que su necesidad es a priori y, por consiguiente, su origen, sino también que son sintéticas. En efecto, en el concepto de materia no pienso la permanencia, sino sólo su presencia en el espacio que llena.[...] *Crítica de la razón pura, introducción*, V-VII, A9/B14-A16/B30, Edición de Pedro Ribas, Madrid, Alfaguara, 1988, pp. 51-61.

consecuente acción del intelecto que la identifica como C se manifiesta una contradicción con aquellos principios. Sólo se concibe C bajo la convicción momentánea de que A es a la vez -al menos parcialmente- A y B. O, lo que es lo mismo, que tanto A como B no son, en el caso, sólo A y sólo B.

Quizá tal grado de rigor sí sea aplicable al mundo objetivo, desde hace miles de años creemos sin la menor duda que dos cosas no pueden ocupar el mismo espacio en el mismo tiempo, pero no al mundo psíquico. Afortunadamente es así, de lo contrario no podríamos conocer algo por similitud-y-diferencia, es decir intelectualmente.

Dicho en otras palabras la forma lógica de formular algo, por diferenciación, sólo es posible si la pensamos ensamblada con otra no lógica, por con-fusión.¹⁸ Dentro de la unidad de la aprehensión hay una integración de la dualidad diferenciación-indiferenciación. Eso es lo que Szilasi llamará momento de trascendencia subjetiva,¹⁹ en una evidente convocatoria de Kant, la que implica necesariamente creación.

Se dirá entonces, en conclusión, que cualquier reflexión²⁰ subjetiva, incluyendo el conocimiento y el conocer, del mundo objetivo, integra una parte intelectual, analítica, discriminadora y diferenciadora, pero también una creadora, indiferenciadora, "intuitiva", la llama Bergson. Por aquí es que se introduce ese fantasma tan temido por los espíritus del medioevo y de los primeros siglos de la modernidad: el riesgo, el azar, el movimiento, el caos, la vida, en definitiva.

De hecho, el concepto mismo de verdad (cualquiera que se tome), implica un momento trascendental del sujeto, o un juicio sintético a priori del cual Hume, por ejemplo, ha de valerse cuando menos para negarlo.

Es muy probable que la razón funcione como lo sostuvo Aristóteles en sus tres principios de la lógica, pero no significa más que eso, es decir, todo lo que no es intelecto en el universo, es probable que no funcione así. Que algo sea analizable lógicamente no quiere decir que sea lógico. Sin embargo, esta particular relación, análisis-lógico-universo-no-lógico, parece de lo más atinada. Si no se diferenciaban de alguna manera esencial, la identidad entre ambos términos de la relación anularía uno y otro y el conocer no sería posible.²¹ Se podría decir que, así como "conocimiento", es una forma de existir lo objetivo en lo subjetivo, "acción", o mejor "conducta"²² (en

¹⁸ Otra vez la aritmética nos da un bellísimo ejemplo. El elemento que expresa esa unidad, logicidad/no-logicidad, se denomina modernamente con el sugestivo título de "número irracional", lo cual significa una contradicción en los términos. En efecto, si por algo se caracteriza un número, es por tener unidad, o por lo menos una regularidad que pueda ser tenida por tal (números periódicos). El concepto de unidad es absolutamente central a cualquier teoría aritmética. Pero el número irracional es en verdad, la negación del número así entendido, dado que, al tener infinitos decimales, carece de unidad, de regularidad alguna. Platón salvó en la nominación la insalvable contradicción en el fenómeno y llamó a estos números, sólo potencialmente conmensurables.

¹⁹ Szilasi, Wilhelm, "*¿Qué es la ciencia?*", México, 1970.

²⁰ Utilizo la palabra en un sentido no corriente, como acción y efecto de reflejar.

²¹ Es lo que ocurre, a mi entender, en el idealismo Hegeliano.

²² Es importante tener en cuenta aquí, que investigar (también científicamente), no es ni más ni menos que acción conducida hacia un fin, y metodología, los criterios que se adoptan para la conducción.

tanto acción conducida, y por lo tanto también, la particular conducta de “conocer”), es una forma de existir lo subjetivo en lo objetivo. Entre dos cosas dadas cualesquiera, les atribuyo identidad, las identifico y las distingo, por sus diferencias. Pero por otro lado, sólo me es posible diferenciarlas si en algún momento o respecto de alguna propiedad particular, las supongo idénticas. En el fondo de todo ello subyace la dualidad “unidad y conflicto de partes”,²³ creación, en suma.

Todo lleva a considerar que es aplicable a la dualidad sujeto-objeto, la misma actitud que adoptamos frente al silogismo y frente a la subjetividad (intelecto-intuición). Si decimos que dado A (sujeto) y B(objeto), como premisas, podemos deducir C (conocimiento), o D (conducta) como conclusiones, también podemos sostener que hay un momento de lo que podríamos llamar inter-sección entre el sujeto y el objeto o, lo que es lo mismo, en que ambos son una y la misma cosa, idéntica a sí misma. Momento que, por cierto, la conciencia es incapaz, o le resulta muy difícil de aprehender,²⁴ al menos conjuntamente con la diferenciación de A, B, C y D, dado que su lenguaje es justamente el inverso, es decir, traducir lo que le es dado, en módulos de identidad-diferencia o, dicho en otros términos, en logicidad.

Preguntémonos entonces si al conocer y a la acción les está vedado aprehender la forma íntima en que ambos se constituyen como formas de existencia. Aventuro a responder que sí les está vedado. Por definición, para lograrlo tendrían que dejar de ser lo que son, dado que lo constituyente no es aprehensible desde lo constituido. Sin embargo ello no quiere decir que no sea aprehensible por el sujeto, en razón de que éste no es sólo conocer ni sólo conducirse, aunque sí signifique que no lo es desde el intelecto. Quizá sea este interrogante y esta pseudo-respuesta, el umbral que el intelecto deba reconocer, prudentemente, como su propio umbral.²⁵

II

Si Descartes y Hume sentaron los cimientos -razón y percepción- de una nueva construcción de la relación del hombre con su medio, fue Kant el que afirmó la superficie sobre ellos: el hombre crea, al menos parcialmente, su conocimiento del mundo.²⁶ Por otro lado, mediando entre unos y otro, hizo su contribución, en primer

²³ Digamos de paso que, en esta unidad de tres o tríada los pitagóricos concebían la imagen primigenia esencial, el triángulo. Por otro lado, en ciertas cosmogonías orientales, este número (entendido como número filosófico, no como cifra. Ver Matila Ghika, *El Número de Oro. Los ritmos y los ritos*, Barcelona, Poseidón, 1978.) Tres es el símbolo de la creación primigenia, por asociación, entre otras cosas, con la procreación sexual.

²⁴ Es el concepto de intuición en Bergson.

²⁵ En apoyo de esta tesis se puede ver LAMO de ESPINOSA, Emilio, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Centro de investigaciones sociológicas, Siglo XXI, Madrid, España Editores S.A., octubre de 1990, pp. 173, 175.

²⁶ En apoyo de esta tesis se puede citar: El pensamiento sólo concebiría en verdad a sí mismo y lo que produce. El saber no es la reflexión de un objeto...A este respecto forman parte de la misma

término Pascal. En efecto, fue éste quien, tomando en consideración las conclusiones de Hume, desarrolló el concepto de probabilidad y dejó abiertas las sendas para otros recorridos de la mayor trascendencia: 1- el cálculo infinitesimal, concepto fundamental en el desarrollo de la física moderna logrado por conducto de Newton y de Leibniz; 2- la idea de la nada. Son en mi opinión, los hitos que marcan el *limes* de la transición entre la cosmovisión medieval y la moderna. El espíritu humano parece llegar al confín de su propio universo. El arte Barroco, su necesidad ansiosa de convencer al espectador (y al creador), es la consonancia artística del tono que vibraba en el espíritu filosófico.

Por ello prefiero ubicar al kantismo como la piedra angular, la bisagra entre la concepción medieval y la moderna, en tanto que a Descartes, a Hume, a Pascal, como profetas que allanaron el camino. Kant es el primero, que pone en duda aquella primera proposición (a) incuestionada por todos sus antecesores, medievales y modernos. En el hombre existe, en tanto realidad, la *posibilidad* de conocer, pero ese conocimiento como posibilidad real sólo se convierte en *realidad real*, con el concurso de una impresión, por llamarla de alguna manera, exterior. Al señalar que el hombre en parte crea lo que conoce, comienza a resquebrajarse la concepción de que la realidad "verdadera" se da de antemano e independientemente del ser humano.

El cambio es colosal, se abandona un determinismo a veces conciente, a veces inconsciente, pero siempre radicado en aquella vieja concepción de la verdad y se inicia un camino hacia una suerte de indeterminismo, o para decirlo más propiamente, a una cosmovisión cuya integridad consistía en una dualidad, una sumatoria, de determinismo e indeterminismo, de causalidad y azar, de reacciones fisicoquímicas y de creación.

Esta iluminación Kantiana, cifrada en la presunción de que tal vez no haya fuera del hombre "una" verdad, en el sentido que se le atribuye en esta monografía, produjo en lo inmediato un desencanto, un pánico por la pérdida de referencias, asentado sobre la conciencia, a la que había llegado Kant, de que posiblemente, en el fondo, no había reglas que seguir para transitar por este mundo; de que posiblemente el hombre no tuviera un padre²⁷ en quien solicitar instrucciones cuando se encontraba perdido; de que en los momentos de duda extrema no había más que recogerse sobre sí mismo y decidir, sin solicitar la ayuda de una fuente tan infalible como ilusoria; de que, en fin, no estaba todo dado de antemano de una vez y para siempre, fatalmente determinado, y lo único que había que hacer era dilucidarlo. Al parecer, después de todo, había que contar necesariamente con aquella voluntad subjetiva como partícipe necesaria, tanto de la confección del mapa como de la exploración del terreno.

De inmediato se hicieron sentir las primeras reacciones, dicho esto en su más propio sentido, dado que se presentan como formulaciones reflejas que, ante lo des-

escuela Descartes, Hume y Kant, Horkheimer, M., *Teoría crítica*. Tr. Del Solar B. J. J., Barcelona, Baral Editores, 1973.

²⁷ Simbolizado en un jerarca eclesiástico o en un código de procedimiento. Como se sabe, norma y padre, al menos en la formulación Freudiana, sostienen una relación esencial.

lumbrante de la nueva visión se retrajeron en un determinismo "aggiornado", tal como podría sostenerse de Hegel y de los positivistas del círculo de Viena.

Pero por otro lado, el "desencanto" kantiano tenía un importante lado positivo, que muy tortuosamente y no sin fuertes vetas reaccionarias alcanzaron a formular Marx²⁸ y Nietzsche, en tanto que es Heidegger quien recoge la posta y logra una formulación mucho más acabada.

Quizá estos señalamientos sean propicios para mostrar con qué fuerza se hizo presente el requerimiento de seguridad que se le exigía a ese proceso de recíproca incorporación entre hombre y mundo. Romper con un contexto que, con todas sus virtudes y defectos, servía para ubicarse a sí mismo como "ser en el mundo", desligarse de esa trama continente que había llegado a ser sofocante y frustrante, y arrojarle a esa intemperie intelectual y moral, implicaba como contrapartida un vértigo y una ansiedad de seguridad que se canalizó a través de la obsesión filosófica respecto del fenómeno del conocimiento, de cómo lograrlo de una manera confiable. No otro fue el sentido que se atribuyó y se buscó en la "infalibilidad", esta vez no de una autoridad personal, sino de un método, sea empírico o racional.

Los resultados no se hicieron esperar y la colonización del mundo "exterior", a través de la técnica, fue la mejor confirmación de que se podía finalmente descansar en la confianza en un método para conocerlo. A la vuelta de dos siglos, el método y su resultado, la verdad del conocimiento científico, eran re-valorados no tanto porque se adecuaban reflejamente a la realidad, sino porque ésta había podido ser radicalmente transformada. Siendo la física y la química, los conoceres que más inapelablemente devolvieron al hombre la seguridad que su ansiedad reclamaba, era lógico que les fuera reconocido un sitio de honor en su nueva cosmovisión. Por una curiosidad de la historia, estos haceres, que en la cosmovisión anterior constituían un conocer oculto y estigmatizado (la alquimia), pasaron a ser en el nuevo paradigma sus más dignos representantes.

La fascinación consecuente fue tal que el siglo XVIII se presentó con una fe ciega en las "luces de la razón", donde se consumó el paso de una actitud ansiosa a una actitud licenciosa, o de la falta de confianza al exceso de la misma. El siglo XIX pareció confirmar todas las expectativas, pero finalmente, el siglo veinte nos ha demostrado con el realismo más crudo, pero también con la prudencia de nuevas formulaciones filosóficas y teóricas, que se ha completado el ciclo que Arnold Joseph Toynbee denomina *Koros - Ubris - Ath*.²⁹

²⁸ Se impone una aclaración. Dado el reconocido "materialismo" marxista, se podría pensar que habría que excluirlo de plano de esta corriente. Sin embargo, por mi parte, no estoy tan convencido de su materialismo como sí de algunas incoherencias de su formulación. En efecto, si la historia está determinada por las relaciones de producción, si son éstas las que determinan la conciencia de clase y no a la inversa, ¿en qué se justifica la lucha política, si nada se puede hacer por mejor o por peor?

²⁹ Arnold Joseph Toynbee, *Estudio de la historia*, Volumen IV segunda parte, Emecé, Bs. As., 1955, p. 487.

Así, resaltemos para finalizar, a modo de esquema sucinto la serie de creencias que yacieron en el fondo del espíritu moderno, su ruptura y algunas de las posteriores reacciones.

a.

1. La creencia en una verdad asequible, divina o no, sensible o no, pero única, existente por sí, preeminente al hombre y legitimante de la actitud cognoscente: quien conoce, persigue el descubrimiento de "la verdad";
2. La creencia en un método, en un código de reglas para aprehenderla, para acceder a ella;
3. La creencia en una capacidad humana para acceder a ella (sea la razón o la percepción sensible);
4. La creencia en una suerte de escatología o progreso infinito.

b.

1. El desencanto de Hume y de Pascal: No se puede aspirar a una certeza, a lo más a una probabilidad. La formulación matemática de ella por Newton y Leibniz. La aproximación a lo infinito y la intuición de la nada. Primer cuestionamiento de "la verdad". La expresión artística en el Barroco;
2. El desencanto de Kant: la posibilidad de la inexistencia de tal "verdad" o, lo que es lo mismo, la posibilidad de que la "verdad" sea, al menos parcialmente, una creación humana (sujeto trascendental);
3. El desencanto del progreso *ad infinitum* que prometía la técnica a la política y a la economía: Las guerras mundiales y la crisis de 1930.³⁰

c. Algunas reacciones frente al desencanto. La reivindicación de lo absoluto:

1. La reacción espiritualista de Hegel;
2. La reacción positivista del círculo de Viena;
3. La reacción militarista de los totalitarismos;
4. La reacción determinista del liberalismo y neoliberalismo económicos.

³⁰ Quizá en este primer cuarto de siglo se haya asistido a la debacle de la modernidad, y los coletazos que vinieron después puedan verse como los paroxismos de un cosmos en estado terminal que se destruye a sí mismo. Otra vez, se pueden señalar hechos históricos de un sugerente simbolismo: el hundimiento del Titanic, esa colosal máquina de acero, y la explosión del Hindenburg. Nürenberg, Hiroshima y Nagasaki confirman definitivamente la tendencia, veinte años después.

Referencias Bibliograficas

- ARON, Raymond, "*Las etapas del pensamiento sociológico*", Bs. As., Ediciones Fausto, 1996.
- BERGSON, Henri, "*La evolución creadora*", Ed. Planeta Agostini, Barcelona, 1985.
- "Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia", en *Obras escogidas*, Aguilar, México 1963.
- Diccionario de filosofía en CD-ROM*. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.
- HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, Mexico, F.C.E., 1986.
- HORKHEIMER, M., *Teoría crítica*, Tr. Del Solar B. J. J., Baral Editores, Barcelona, 1973.
- KANT, I., "*Prolegómenos a toda metafísica futura*", El Ateneo, Buenos Aires, 1950.
- _____, "*Crítica de la razón pura*", Alfaguara, Madrid, 6ª ed, 1988.
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Centro de investigaciones sociológicas, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, octubre de 1990.
- MATILA, Ghika, "*El Número de oro. Los ritmos y los ritos*", Ed. Poseidón, Barcelona, España, 1978.
- ROMERO, Francisco, "*Historia de la filosofía moderna*", F.C.E., Chile, 1994.
- R. Verneaux, "Sexto Empírico, bosquejos pirrónicos (selección)", *Textos de los grandes filósofos*, Edad Antigua, Herder, Barcelona 1982. Textos de Diccionario Herder de filosofía en CD-ROM. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.
- SZILASI, Wilhelm, "*¿Qué es la ciencia?*", México, 1970.
- TOYNBEE, Arnold Joseph, "*Estudio de la historia*", Emecé, Bs. As., 1955, Volumen IV, segunda parte.

Ciência do Direito e Contemporaneidade

Plauto Faraco de Azevedo*

Resumo: O artigo confronta o paradigma prevalente da Ciência Jurídica com os desafios da contemporaneidade, indicando a necessidade de sua superação. Faz-se necessária uma visão integradora da realidade jurídica, capaz de abranger e compreender a complexidade da situação presente, explorando as possibilidades criativas do discurso jurídico.

Resumen: El artículo conforma el paradigma prevaleciente de Ciencia Jurídica, con los desafíos de la contemporaneidad, señalando la necesidad de su superación. Se hace necesario una visión integradora de la realidad jurídica, capaz de abrazar y comprender la complejidad de la situación presente, explotando las posibilidades creativas del discurso jurídico.

Abstract: The article confronts the prevalent paradigm of Juridical Science with the challenges of contemporaneity, indicating the need for exceeding it. It is necessary to have an integrating view of the juridical reality, capable of including and understanding the complexity of the present situation, exploring the creative possibilities of the juridical speech.

Ciência do Direito e Contemporaneidade

Vivemos em um mundo dilacerado pela desigualdade e pela injustiça, em que uma dentre cada quatro pessoas, no planeta, vive abaixo das condições mínimas indispensáveis à dignidade humana. A própria vida acha-se ameaçada pela visão mercantilista da existência e do processo produtivo. A ciência e, fundamentalmente, a tecnologia dela resultante ocasionam modificações bruscas, com reflexos ecológicos traumáticos. Dentre eles sobressaem as mudanças climáticas, elevação da temperatura conduzindo ao efeito estufa, derretimento das calotas polares, inundações, longas estiagens em vastas regiões, do que resultam diminuição drástica das colheitas e desertificação. A liberação de gases industriais em excesso leva à diminuição gradual da camada de ozônio. A ausência de um critério racional de justiça distributiva tem efeitos funestos, dentre os quais sobressaem a migração campo-cidade e o crescimento desordenado de megalópoles cercadas por subhabitações sem saneamento básico.

* Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain; ex-professor no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da UFRGS; Professor Titular do Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).

O uso abusivo de defensivos agrícolas tem como consequência a contaminação progressiva das águas dos rios e dos lençóis freáticos. Desastres ecológicos, de que Seveso (Itália), Bophal (Índia) Three Mile Island (Estados Unidos) e Chernobyl (Ucrânia) são, ao mesmo tempo, exemplos aterradores da devastação ocasionada pela cegueira da tecnociência, e sinais indicativos de uma eventual catástrofe de dimensões inimagináveis.

Por outra parte, a ciência arrogante de nosso tempo manipula as estruturas íntimas dos seres vivos, inclusive dos seres humanos, sem que se veja contrapartida ética para seus inventos e experiências. Percebe-se que os caminhos da biotecnologia culminarão, mais dia menos dia, na clonagem humana. Para estas e outras graves questões não há reflexão capaz de acompanhar a rapidez com que ocorrem, em que se ocultam interesses econômicos irresponsáveis. Fala-se no bem da humanidade, mas não se consegue encobrir o primado do econômico sobre o humano. Esgrimem-se argumentos em favor da produção de alimentos transgênicos, pretensamente direcionada a eliminar a fome no mundo.

Tudo se experimenta e se vende no mundo mercantilizado, sem atenção aos graves problemas que deveriam ser prioritários, como o controle populacional, a melhor distribuição da renda e dos alimentos existentes, o respeito ao Direito, sobretudo aos Direitos Fundamentais – sociais e econômicos –, sem cuja efetiva realização os direitos e liberdades individuais só podem ser exercidos precariamente pela grande maioria da população. Neste contexto, dominado pelo egoísmo e pelo descaso pelo próximo, o discurso jurídico exacerba suas potencialidades lógico-discursivas, atento aos aspectos formais e desatento aos aspectos materiais do direito. Boa parte do labor realizado pela Ciência do Direito mostra-se incapaz de encarar as necessidades pessoais e sociais mais prementes, esgotando-se na elaboração de distinções e subdistinções sutis, freqüentemente ultrapassadas, no culto dos conceitos pelos conceitos já percebido e condenado por Von Ihering no pandectismo novecentista.¹

Mais não é necessário ajuntar para que se perceba a importância do trabalho do jurista, que necessita, antes de tudo, recuperar o sentido do discurso jurídico. O primeiro passo consiste em dar-se conta de que a Dogmática Jurídica, embora não possa evitar as abstrações, não pode abstrair a realidade. Vale dizer, o trabalho do jurista, ou tem assento nos problemas e necessidades sociais, procurando encaminhar seu adequado equacionamento, ou é mera fala ideológica, falsificadora do contexto histórico, ainda que a falsificação, como ideologia que é, possa não ser consciente.

É a partir da apreensão bem refletida e sentida da moldura histórica – de seus problemas humanos concretos –, sobre que vai atuar o direito positivo, que deve ser elaborado o pensamento constitutivo da Ciência do Direito, historicamente denominada Dogmática Jurídica.

¹ Von Ihering, Rudolf, "En el cielo de los conceptos jurídicos", in *Bromas y veras en la jurisprudencia* (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*), Trad. por Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Europa-América, 1974.

É forçoso admitir-se que Dogmática Jurídica não é um bom termo, tendendo a obscurecer a natureza e o sentido de seu objeto, podendo conduzir à crença de que as instituições jurídicas constituem dogma e, portanto, não podem ser discutidas, valorizadas, modificadas, quando necessário.

Pode ela conduzir ao fortalecimento de uma tendência regressiva, vinculada ao passado, ao invés de cuidar das possibilidades prospectivas, inventivas, do discurso jurídico, de modo a adaptá-lo às cambiantes necessidades históricas. Mas, tem força histórica, é tradicional na literatura jurídica. Chamá-la Ciência do Direito, Ciência Jurídica Positiva ou Ciência Empírica do Direito Positivo,² não lhe retira, pela simples mudança de denominação, o caráter de estudo servil das instituições. É indispensável ter em mente que o seu estudo não se pode esgotar em “juízos de constatação a fim de apurar as determinações contidas no conjunto normativo”, mantendo-se a disciplina “alheia aos valores”.³ O ponto de vista analítico-descritivo, primordial no trabalho “dogmático” do direito positivo, – indispensável à compreensão, interpretação e aplicação do direito –, deve ser acompanhado de uma atitude crítico-valorativa, capaz de aquilatar o valor e o sentido das instituições, no contexto da ordem jurídica global, vista em conexão com os interesses humanos que lhe são subjacentes.

Para que a Ciência do Direito possa permitir ao Direito conservar-se, transformando-se, não pode ela fechar-se sobre si mesma, tratando tão-só do “puramente jurídico”, em nome de uma falsa cientificidade que, no fundo, o que quer é a conservação cega da ordem estabelecida. Esta “ciência”, assim construída, pretendendo ser asséptica, responde a interesses, que se ocultam por não ousarem identificar-se. Este modo de proceder cria um mundo à parte, o mundo dos juristas, que esquece a sábia advertência de Ihering, que, no século XIX, depois de ter trafegado pelo formalismo jurídico, o superou. Pôs-lhe, então, à mostra a inconsistência, proclamando a incontestável verdade de que “a vida não deve se dobrar aos princípios; são os princípios que devem modelar-se na vida”.⁴

No mesmo sentido, viria a proclamar o famoso juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Oliver Holmes, que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência”, visto que “a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática”.⁵ Vale dizer, a lógica jurídica não é a lógica matemática. Dela serve-se, mas a ultrapassa. O raciocínio jurídico importa, necessariamente, em valorações de fatos e de normas, conduzindo a escolhas ou delibe-

² Mata-Machado, Edgar de Godoi, *Elementos de teoria geral do direito*, 3.ed., Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 119.

³ Nader, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

⁴ Von Ihering, Rudolf, *L'esprit du droit romain...*, Trad. de Meulenaere, 3.ed., rev., cor., Paris, Lib.^a, Maresq, 1886, v. 4 par. 69, p. 311.

⁵ Holmes, Oliver Wendell, *The common law*, Boston, Little Brown, 1963, p. 5.

rações, como viria evidenciar Perelman, enquanto professor da Universidade Livre de Bruxelas, apoiado em textos de Aristóteles, que se achavam esquecidos. Perelman trouxe à luz o caráter retórico do raciocínio jurídico. Os raciocínios dialéticos ou retóricos “não se referem às demonstrações científicas mas às deliberações e às controvérsias”, tratando “dos meios de persuadir e de convencer por meio do discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as que nos são próprias por meio de argumentos mais ou menos fortes”.⁶ Também Luís Recaséns Siches desenvolveu atividade fecunda, como professor e pesquisador da Universidade Autônoma do México, sustentando que a lógica aplicável ao direito é “a lógica da ação humana ou lógica do razoável”, que é impregnada de valorações referentes às situações humanas reais. “O importante é a técnica de pensar sobre problemas, a qual se desenvolveu no seio da retórica, ou seja, a arte da persuasão”, que se aplica aos “debates e às deliberações, para averiguar qual, dentre várias opiniões diferentes, tem um peso maior de convencimento e conduz a um resultado mais plausível”.⁷ É que “a índole do direito positivo não consiste em um reino de idéias puras, válidas por si mesmas, com abstração de toda aplicação real às situações concretas da vida”. Sua validade “está necessariamente condicionada pelo contexto situacional, em que se produziram e para que se produziram”.⁸

Resulta claro, como já escrevi, ser arbitrário pedir aos juristas que abram mão de parte de suas faculdades racionais quando fazem Ciência do Direito, abstendo-se de realizar juízos de valor. Tal atitude importaria em estudar as leis, seus conceitos e princípios orientadores exclusivamente do ponto de vista lógico-formal. Tudo se limita nesta perspectiva, — que é a perspectiva positivista — à análise das estruturas do direito positivo desligadas do contexto social, das forças e interesses sociais que as determinam, bem como daquelas perceptíveis no momento de sua aplicação. Torna-se a aplicação do direito, em consequência, simplista, tolhida de aferir e antecipar seus efeitos sociais reais. Limita-se a atividade do jurista e do juiz, em especial, a um automatismo capaz de conduzir a decisões inesperadas ou indesejáveis.

Querendo-se estribar, por esta forma, a cientificidade do direito, desliga-se a Ciência Jurídica do contexto social de que resulta e a que se aplica, elaborando-se um discurso jurídico mais comprometido com sua lógica interna do que com os interesses humanos. É evidente que as valorações inerentes ao trato do direito positivo e à sua aplicação não se confundem com as indagações de raiz próprias à Filosofia do Direito. Trata-se, na Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, de valorizar o direito positivo para bem compreendê-lo e aplicá-lo. Trata-se de não fracionar o direito positivo, isolando-o dos valores que o informam.

⁶ Perelman, Chaim, *Logique juridique; nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 1-2.

⁷ Recaséns Siches, Luís, *Introducción al estudio del derecho*, 4.ed., México, Porrúa, 1977, pp. 251-252.

⁸ *Id.*, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2.ed., aum., México, Porrúa, 1973, pp. 274-275.

“Livre pensar é só pensar”, diz Millor Fernandes. O pensamento só não flui quando não se quer pensar, quando se quer mas se desconhece o assunto, ou quando se quer e se conhece o assunto, mas há impedimentos ou proibições artificiais a travá-lo. No caso, a trava advém da concepção positivista do direito, que é muito bem sintetizada por Ángel Latorre: “o positivismo representa uma atitude mental típica de ‘alheamento’ de um setor a respeito da realidade, neste caso o Direito, para o estudar à margem dos outros aspectos da mesma realidade em que se encontra imerso”. O positivista “entende que o direito pode ser estudado como algo separado da consideração global dos fenômenos sociais. Tal mentalidade não é exclusiva da ciência jurídica, pois aparece na maioria das ciências no mundo moderno e especialmente no século XIX, que é precisamente o momento culminante do positivismo jurídico”.⁹

Sucede que o século XIX passou, embora a ideologia neoliberal, que defende o Estado mínimo e o mercado máximo, pretenda fazê-lo voltar, em nome de uma “modernidade” muito velha e conhecida, que subrepticamente quer eliminar os Direitos Fundamentais Sociais, aí compreendido o Direito do Trabalho, para benefício dos ganhadores do cassino universal em que o mundo se converteu. Para isto, naturalmente, também há que difamar e apequenar o Poder Judiciário.

Vivemos no limiar do século XXI e os homens, em sua maioria injustiçados, clamam por justiça urgente, enquanto o planeta é agredido impiedosa e quotidianamente, em busca do lucro fácil.

Mais do que nunca, para compreender e aplicar o direito adequadamente, é necessário conhecer a ordem jurídica (conhecimento dogmático), interligando-a à matéria social, aos interesses em jogo, valorizando as leis e os fatos e buscando sempre antecipar os efeitos sociais decorrentes de sua aplicação. É por isso que escrevi que a aplicação do direito é o seu momento de verdade, querendo dizer que é aí que a lei sai do código e penetra na concretude dos fatos, mostrando, por seus efeitos, se é boa ou má, conveniente ou inconveniente, justa ou injusta.¹⁰

O que importa ao jurista, sobretudo ao juiz, que é a figura dominante da vida jurídica, é poder ser, tanto quanto possível, como dizia Aristóteles, a “justiça viva”.¹¹ Senão buscar encarnar a justiça, exercerá funções de juiz, mas não será juiz.¹²

Nesta linha de pensamento, situa-se Elías Díaz, observando que “não se entende plenamente o mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e separa da realidade, em que nasce e à que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e deve sempre possibilitar e favorecer a sua

⁹ Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, 6.ed., Barcelona, Ariel, 1974, p. 134.

¹⁰ Azevedo, Plauto Faraco de, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, Fabris, 1989, *passim*.

¹¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Nouv., Trad. avec introd., notes et index par J., Tricot, 2.ed., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1967.

¹² Azevedo, Plauto Faraco de, *Justiça distributiva e aplicação do direito*, Porto Alegre, Fabris, 1983.

própria crítica racional (Filosofia do Direito). Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência destas três perspectivas que cabe diferenciar ao falar do direito: perspectiva científico-normativa, sociológica e filosófica.¹³

A integração destas perspectivas só se realiza afastando-se a proibição advinda do positivismo jurídico, segundo a qual operam-se decisões definitivas e de consequências indelévels na compreensão e aplicação do direito. Sobretudo o juiz, para bem julgar, tem que uní-las. Não se trata de teorizar sobre a justiça ou sobre as relações do direito com a sociedade, uma vez que o juiz, ocupado que deve estar em dirimir os litígios com a maior brevidade possível, não tem tempo para isto. Mas sabem o jurista e o juiz, e o sente o povo, que “as soluções jurídicas em geral e as decisões judiciais em particular apenas se justificam na medida em que respondem aos reclamos da vida humana, em certo contexto cultural, em dado momento histórico”.¹⁴ A isto não se chega com hermetismo linguístico e artifícios lógicos, mas sim com uma compreensão dos fatos e das normas, em seus aspectos legais, valorativos e sociais, de modo a bem compreender os interesses sociais e pessoais em questão.

A Ciência do Direito, bem entendida, conduzirá à fidelidade ao direito, o que significa a fidelidade inteligente ao ordenamento jurídico. É a partir desta que o jurista pode abrir-se aos problemas jurídicos antigos enquadrando-os na moldura do presente. Assim, a Lei Complementar 242, de 09.01.1991 do município de Porto Alegre utiliza-se do direito real de uso para favorecer a regularização fundiária, dispondo sobre o contrato a ser pactuado entre os moradores de terreno da prefeitura e o governo municipal, assegurando a permanência dos moradores na posse, para uso habitacional, à condição que vivessem no local antes de 31.01.89 e não fossem possuidores de outra propriedade imobiliária, sendo a área adequada para habitação.

Como se vê, a questão está em redimensionar a Dogmática Jurídica, que não pode ser a Ciência Jurídica do tempo de Roma, nem a do século passado. Redimensionada, tem que assumir tarefas adequadas ao tempo presente. Neste, despontam problemas jurídicos novos, ligados à biotecnologia, assim como aparecem velhos problemas, como o crime, inerente à condição humana, mas hoje revestindo formas novas, dentre as quais se destaca a grande criminalidade econômica, organizada sob forma empresarial, transnacional, globalizada, a desafiar a argúcia dos juristas.

A Dogmática, bem concebida, há de entender que o processo tem que ser meio, e não fim, como freqüentemente têm sugerido procedimentalistas, que se crêem processualistas. Verdade é que quanto mais processo, no processo se discute, menos justiça se faz. Daí o ceticismo do homem comum que, vendo suas pretensões diluírem-se em filigranas processuais, que não entende e nem o interessam, projeta sobre juízes e tribunais seu sentimento de perplexidade. O culto do processo distanciado do real

¹³ Díaz, Elíaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1976, p. 54.

¹⁴ Azevedo, Plauto Faraco de, *Justiça distributiva e aplicação do direito*, p. 114.

municia os inimigos do Judiciário e da Democracia, que não se efetiva sem a existência de um Judiciário independente. Dentre os que não o desejam sobressaem, no momento, os neoliberais que querem as decisões judiciais a seu favor, ainda que flagrantemente inconstitucionais.

A Ciência do Direito necessita aventar soluções para os problemas decorrentes da fertilização *in vitro*, assim como é necessário pôr limites à clonagem de seres vivos e à manipulação genética das plantas, conduzindo aos alimentos transgênicos.

São alguns dos exemplos a desafiar a argúcia dos juristas comprometidos com o seu tempo, interessados na solidariedade humana e na continuação da vida. Para que a sua contribuição seja satisfatória, têm que abandonar as posições rigidamente jurídicas, abraçando a vida em sua plenitude, o que não se dá satisfatoriamente sem uma regulamentação legal em conformidade com os desafios do presente.

Cabe, no entanto, assinalar que, apesar do modelo teórico restritivo, positivista, a orientar, de modo dominante, a Ciência do Direito, parte desta e, sobretudo, a Jurisprudência têm encaminhado soluções sensíveis ao quadro histórico, no passado e, notadamente, no presente. Assim, por influência de doutrinadores nacionais, temos uma legislação ambiental, em geral, de muito boa qualidade. A deficiência que há, no setor, é antes administrativa. Temos um Código do Consumidor, que constitui um conjunto de normas excelentes, abrandando o individualismo jurídico. A atualização do Direito de Família deu-se, antes de ser legislada, pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência que se encontram, sob este aspecto, na dianteira relativamente à legislação e à doutrina francesas.

Na França, mesmo ao tempo da Escola da Exegese, os tribunais, a despeito do modelo teórico vigente, foram adaptando o Código de Napoleão às exigências sociais, daí decorrendo a Teoria do Abuso do Direito, de tão férteis conseqüências no Direito Civil. Também é obra da doutrina francesa, através do trabalho de Maurice Hauriou, a idéia de improbidade administrativa, hoje tão em voga e tão necessária, no contexto de corrupção pública, que, diariamente, vemos desfilar na imprensa. Também da doutrina e da jurisprudência francesas adveio a Teoria do Desvio de Poder (“*détournement du pouvoir*”), cuja relevância prática no Direito Administrativo é inconteste. No Brasil, nos primórdios da República, surgiu a teoria brasileira do “Habeas Corpus”, de que resultou o mandado de segurança, com assento constitucional desde 1934, conforme demonstrou o eminente historiador do Direito Brasileiro Lenine Nequete.¹⁵

Na Alemanha e na França estabeleceu-se, na doutrina e na jurisprudência, a idéia de um solidarismo social, graças à qual vieram à tona múltiplas decisões capazes de minorar o egoísmo individual, em favor de um convívio mais fraterno, por que já clamava François Géný, em 1899, em obra extraordinária.¹⁶

¹⁵ Nequete, Lenine, *O poder judiciário no Brasil a partir da Independência*, Porto Alegre, Sulina, 1973, T. 2, pp. 40-42.

¹⁶ Géný, François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Préf. De Raymond Saleilles, 2ª ed. Paris, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, 1954, *passim*.

Deve-se salientar que esta sadia diretriz jurisprudencial, atenta à justiça no caso concreto e, simultaneamente, de olhos voltados para a justiça social, está a sofrer agressivas investidas do neoliberalismo sem peias. É este, hoje, o grande inimigo do Direito e do Poder Judiciário, chegando mesmo, em momentos de ensandecido discurso, em falar na abolição da Justiça do Trabalho!

A crise profunda, econômica e moral, que esta ideologia traduz, está a reclamar uma reação da doutrina e da jurisprudência para salvaguardar as grandes conquistas da civilização, dentre as quais avulta a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Como já apontava Piero Calamandrei, em 1954, para que as liberdades políticas possam ser exercidas, precisam do amparo dos direitos sociais, cujo efetivo exercício é “indispensável para liberar os pobres da escravidão da necessidade e colocá-los em situação de poder-se valer efetivamente daquelas liberdades políticas em direito proclamadas iguais para todos”.¹⁷

¹⁷ Calamandrei, Piero, “L'avvenire dei diritti di libertà”, in Ruffini, Francesco, *Diritti di libertà*, 2. ed., Firenze, La Nuova Italia, 1946, pp. 5-16.

Algunos Retos para la Filosofía Jurídica en América Latina

Norman José Solórzano Alfaro

Resumen: En un contexto de “transición paradigmática” como el actual, el derecho y su imaginación enfrentan nuevos problemas. Estos son desafíos que le impone la conciencia de la diferencia, que se establece en el nivel de las *condiciones socio-históricas* de su producción y vigencia. Se trata, pues, en particular para la filosofía del derecho, del reto/apuesta por la reconstitución de la imaginación jurídica misma, para intentar superar los esquemas de la matriz cultural en que se ha desarrollado. Por tal motivo, esos desafíos provienen, principalmente, de las *visiones* del pluralismo jurídico, de interculturalidad, de equidad de género, del desarrollo etario, de la ecología, etc., y plantean tareas inminentes frente a los fenómenos de un mundo global-plural, del neo-imperialismo unilateralista, del rompimiento de las relaciones sociales en términos civiles/políticos, de la destrucción ecológica que nos enfrenta a los denominados *peligros ontológicos*, de las transformaciones libidinales, etc. En ese sentido, en el presente ensayo, se busca aportar algún insumo al proceso de elucidación de lo que podemos denominar el *contexto material de producción del derecho*, sobre todo de lo que podemos denominar las *condiciones epistemológicas* en que se realiza tal producción jurídica. Asimismo, de manera específica, a cuenta de aportar algunas consideraciones en torno a las relaciones entre *derecho y democracia*, se discuten dos aspectos apremiantes para la conciencia jurídica contemporánea: la *crítica de la Justicia* y los problemas de una (pretendida) *constitución global* en tiempos del neo-imperialismo global.

Resumo: Em um contexto de “transição paradigmática” como o atual, o direito e sua imaginação enfrentam novos problemas. Estes são desafios impostos pela consciência da diferença que se estabelece no contexto das *condições sócio-históricas* de sua produção e vigência. Trata-se, pois, em particular para a filosofia do direito, da aposta pela reconstituição da própria imaginação jurídica, para tentar superar os esquemas da matriz cultural em que foram desenvolvidos. Por tal motivo, esses desafios provém principalmente das *visões* do pluralismo jurídico, da interculturalidade, da equidade de gênero, do desenvolvimento etário, da ecologia, etc., e propõe tarefas urgentes frente aos fenômenos de um mundo global-plural, do neo-imperialismo unilateralista, do rompimento das relações sociais em termos civis/políticos, da destruição ecológica que nos enfrenta aos denominados *perigos ontológicos*, etc. Nesse sentido, no presente ensaio busca-se aportar algum insumo ao processo de elucidação do que podemos denominar *contexto material de produção do direito*, sobretudo o que podemos denominar de *condições epistemológicas* nas quais se realiza tal produção jurídica. De maneira específica, tendo em vista aportar algumas considerações em torno das relações entre *direito e democracia*, discutem-se dois aspectos para a consciência jurídica contemporânea: a *crítica da Justiça e os problemas de uma (pretensa) constituição global* dos tempos de neo-imperialismo global.

Abstract: In a context of “paradigmatic transition” as of today, the Law and its imagination face new problems. These are challenges imposed by consciously perceiving the difference that establishes itself in the social-historical contextual conditions of its production and validity. It is so, particularly to the Philosophy of Law, in the betting for the reconstitution of juridical imagination itself, to try and overcome the cultural matrix schemes in which they were developed. For this reason, these challenges come mainly from the visions of a juridical pluralism, from interculturality, from the

gender equity, age development, ecology, etc., and proposes urgent tasks to face the phenomena of a global-plural world, unilateralist neo-imperialism, of the breaking up of social relations in civil-political terms, of the ecological destruction that faces us in the called ontological dangers, etc. In this sense the present essay, seeks linking some input to the process of elucidating what we can call material context of Law production, above all what is called epistemologic conditions, in which such juridical production is made. In a very specific manner, having to make some considerations around the relationship between Law and Democracy, two aspects on this contemporaneous juridical conscience are discussed: Justice criticism and the problems of an alleged global constitution in the times of global neo-imperialism.

Palabras Liminares¹

Agradezco a la Maestría en Administración de Justicia la oportunidad de compartir estas reflexiones, que en el contexto académico en que nos encontramos se constituye en eje principal de su accionar. Asimismo, sirvan estas palabras iniciales para intentar enfocar y ubicar las palabras que compartiremos.

En primer lugar, el talante con el cual presentamos estas reflexiones es la de una genuina *ex-posición*, es decir, las cosas que se dirán quedan expuestas a la revisión, ampliación y corrección, por múltiples y diversas miradas, pues son asumidas como dichas desde una parcialidad y provisionalidad; lo anterior tanto como actitud pedagógica y metodológica cuanto como criterio epistemológico que apunta al desarrollo de la investigación y la transformación del conocimiento.

En segundo lugar, la pretensión, amén de enriquecernos con el intercambio recíproco, es la de participar en el libre juego de la imaginación de los espacios de nuestra realidad. Por eso, desde la precariedad que impone nuestra condición contingente, que es a su vez nuestra potencia y riqueza, solo pretendemos ofrecer un esquema, en fase interrogativa y heurística, sobre algunas líneas de reflexión, investigación y acción, respecto del derecho y su *imaginación*.²

En tercer lugar, si vamos a hablar de los retos para la Filosofía jurídica, éstos corren parejo y son correlativos a los retos mismos del derecho en América Latina; esto supone el postulado de que el objeto condiciona la mirada, pero, a la vez, en la medida

¹ Conferencia leída en el contexto de la Maestría en Administración de Justicia, de la Universidad Nacional, Heredia de Costa Rica, el 10 de abril de 2003.

² Partimos de la idea de que el derecho se ve potenciado, realizado y mantenido por una *imaginación jurídica*, entendida como la disposición crítico-constructiva de una reflexión permanente sobre lo jurídico. Asimismo, esta ideafigura de "*imaginación*" es tomada siguiendo la sugerencia de Mills, Charles Wright (1993), *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, y tiene una correspondencia con la "fantasía creadora" de Ooestano, Riccardo (1997), *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, pp. 451-456. En un sentido similar, para Morin, Edgar (1995), *Sociología*, Tecnos, Madrid, para quien "[l]a imaginaciones, para hablar en propiedad, el espíritu de hipótesis, en el sentido fuerte del término, que es el manantial de ideas, y no en el sentido débil, que es la desconfianza ante la idea", p. 62.

que la mirada construye y es constitutiva de ese objeto, no se puede hablar de uno o de otra con independencia o abstracción recíproca. Es decir, en las reflexiones siguientes no solo *no* tenemos escrúpulos disciplinarios, por lo cual hablaremos ora de la filosofía en cuanto mirada, ora del derecho en cuanto objeto mirado, sin reparar en distinciones escolásticas, que tienen su mayor virtud en sede analítica, pero que intentamos diferir a otros momentos, sino que tampoco tenemos una pretensión sistemática, por lo cual iremos intercalando elementos diversos (diagnosis, prospectiva, etc.) según las oportunidades que el desarrollo del discurso nos facilite.

Dicho esto, no se busque en estas palabras una conclusión, más que la que el alto en el camino nos ofrezca, momentánea y provisionalmente, como punto para nuevas caminadas... Siendo así, veamos que se ofrece.

Intuiciones de Partida

1. El viejo orden feudal, con su estructura estamental, aparecía basado (justificado como "*natural*") en las desigualdades que él mismo producía. De ahí que el gran reto o desafío de la modernidad, particularmente álgido y consciente para la Ilustración (para mencionar uno solo de los momentos), fuera el de enfrentar esa desigualdad (régimen de desigualdades) que se había institucionalizado y adquirido carta de naturaleza.

El ataque vino desde diversos frentes, por ejemplo: de la física, con la postulación del principio de causalidad, que supone la idea de igualdad " $\pm$ " (Galileo) y que diera paso a la doctrina leibniziana de la "causa eficiente"; posteriormente la ideación de un espacio homogéneo e isótropo, propicio para la mecánica newtoniana del movimiento inercial, rectilíneo y uniforme; de la metafísica con la ideación de un sistema de individualidades equivalentes y equidistantes (las mónadas de Leibniz), etc.

De ahí que la implicación para el derecho en aquel proceso de transformación paradigmática también estuviera marcada por el designio igualitarista; pero un igualitarismo que se establecía en el nivel de las condiciones formales de ese mismo derecho (lo que más tarde derivaría en el formalismo positivista). Mas el designio igualitarista de la modernidad, inmediatamente ensamblado con el individualismo y funcional a la lógica propietaria³ del orden que establecía su hegemonía deviene en *igualdad formal*, y ésta sólo puede ser predicada de un sujeto igualmente formalizado, de *sujetos abstractos*, sin necesidades, por ende, fuera de la contingencia. La vía para la "ficción del sujeto", de la persona jurídica, quedaba, así, realizada.

³ Véase Barcellona, Pietro (1996), *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid.

Que esto haya sido de esta manera, que la pretensión de igualdad solo alcanzara esas *condiciones formales*,⁴ aparece dispuesto por las exigencias de la burguesía y su modo de producción capitalista, que había encontrado en la libertad contractual el dispositivo idóneo no solo para el proceso de acumulación que impulsaba, sino para el diseño social al que aspiraba.

Esta libertad contractual es un producto de la ideología jurídica, que en la Baja Edad Media es generada por los ideólogos jurídicos de la burguesía (en el tanto la situación no cambia mucho en la modernidad occidental, también decimos que la ideología jurídica moderna occidental es ideología burguesa). También, su historia es la historia de la lucha de los comerciantes medievales por romper los límites del orden feudal: primero en un enfrentamiento con el derecho feudal que era contrario al comercio, por lo cual, cuando los comerciantes aumentaron en número y poder, sus ideólogos jurídicos tuvieron que buscar un espacio para el comercio en el derecho feudal; posteriormente, habida cuenta de la insuficiencia y hostilidad de ese derecho feudal a las actividades comerciales, lo cual beneficiaba a los detentadores del poder feudal, llega el momento de la ruptura y el intento de generar un derecho propio para los comerciantes, con sus leyes y tribunales específicos. Fue así como "*el proceso de la legislación burguesa vio la creación y la aplicación de normas legales específicas sobre los contratos, la propiedad, y los procedimientos judiciales; esas normas legales se dictaron conforme a un contexto de ideología jurídica que identificaba la libertad de acción de los empresarios con el derecho natural y con la razón natural*".⁵

En todo caso, es lo cierto que el derecho ya había probado reiteradamente (desde los romanos, pasando por el Sacro Imperio y hasta el absolutismo monárquico) ser un instrumento útil para la administración y el gobierno, para el control y la conformación social. Asimismo, el derecho había demostrado ser un potente generador de *ideología de aceptación*⁶ y conformación del sistema social⁷ a través de la producción de una ideología jurídica altamente sofisticada y con pretensiones de

⁴ Esta es la vía que ha llevado al derecho a abdicar y prescindir del "saber social" (cfr., Santos, Boaventura de Sousa (2000), *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Sao Pablo, Cortez, 2º ed.), derivando cada vez más en una actitud/tendencia de abstracción abstractizante (cfr., M. Miaille, *Une introduction critique au Droit*, Francois Maspero, París, 1982) o de una "abstracción generalizadora" (cfr. Barcellona, Pietro et al. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1988).

⁵ Cfr., Tigar, Michel E., Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, S. XXI, México, 1978, p. 19.

⁶ Véase Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2º ed, 1999.

⁷ No hablemos ahora del acumulado de saber social que el derecho (aquí, en sentido indiferenciado) había generado y ensayado en su larga tradición, pues este será uno de los lugares por los que, en la modernidad, habida una especie de *abdicación de saber*, el derecho tiende a perder pertinencia y se ve más amenazado a desvanecerse en la insignificancia.

universalidad y generalidad.⁸ Esta condición del derecho moderno burgués occidental es su gloria pero también su límite, paradoja que aparece claramente ilustrada en la historia del “paleopositivista principio de legalidad” (Ferrajoli), cuya suerte describe hoy la “crisis”, la “miseria” o el “malestar” del derecho, más propiamente el “malestar” de nuestros pueblos con este derecho burgués.

Téngase presente que el marco categorial de este derecho burgués constriñe los reclamos de las diversas luchas sociales por emancipación en un proceso de *homogeneización-superposición-transformación*, al punto que no solo termina por invisibilizar a los sujetos sociales que pugnan en esas luchas sociales, sino que tiende al desarraigo de la producción jurídica, en general, de su contexto de realidad. Por eso, por ejemplo, las reivindicaciones de las luchas obreras, una vez formalizadas jurídicamente, terminan por inscribirse en el dinamismo de la subordinación que establece la misma legalidad burguesa. En el mismo predicamento quedan atrapadas las reivindicaciones feministas, interraciales, interétnicas, etc., cuando exclusivamente se repara en el reconocimiento normativo formal (positivación) como meta y no como parte de un proceso, que requiere de muchos otros componentes y de una continua (y continuada) lucha para sostener tales derechos, habida cuenta de su reversibilidad histórica.

2. Actualmente, en un nuevo contexto de “transición paradigmática” (SANTOS, 2000), el derecho y su imaginación enfrentan nuevos problemas, pero esta vez son desafíos que le impone la conciencia de la diferencia, pero una diferencia que se establece en el nivel de las *condiciones socio-históricas* de su producción y vigencia. Se trata, en particular para la filosofía del derecho, del reto/apuesta por la reconstitución del pensamiento, de la imaginación jurídica misma, para intentar superar los esquemas de la matriz cultural que ha venido a ser hegemónica en los últimos dos siglos y poco más.⁹ Apuesta que solo se puede asumir desde una *visión compleja*, que permita

⁸ “A diferencia de los modos de pensamiento no occidentales, la burguesía de los primeros tiempos creía que el detalle minucioso de las formas de funcionamiento de la ley constituía la esencia de la equidad, la seguridad personal y la libertad. El deseo de que el derecho fuera predecible, y de que hubiera medios formales para asegurarlo, había sido un elemento del derecho romano desde el siglo II a. C., (...). Era el momento en que la hegemonía comercial de Roma quedaba asegurada, y el comercio del Imperio requería estabilidad.// La construcción de sistemas [de derecho: *njsa*] como mecanismo de protección se adecua bien al progreso de los intereses burgueses (...) [Empero: *njsa*] la construcción de sistemas de este tipo no resulta esencial para asegurar la libertad personal, salvo en la forma específica de la libertad que comprenden el derecho contractual y comercial burgués occidental y sus relaciones de propiedad” (cfr., Tigar y Levy, 1978, pp. 259-260).

⁹ El paradigma moderno de la teoría del derecho (siglos XIX-XX), que tiene en la versión kelseniana su máxima expresión, está basado, de conformidad con una racionalidad instrumental, sistemática y positivista, en la secuencia *Estado @ derecho* y en una consideración del derecho como *exclusivamente* de carácter *regulador* y que parece abdicar de (o, al menos, minimizar) su dimensión *emancipadora*.

evidenciar y someter a crítica las tendencias predominantes en la producción/conformación socio-histórica de la sociedad occidental moderna capitalista, y del derecho en particular como una de sus producciones más conspicuas.

Debemos hacer, en este punto, una *parada* y tomar las rutas de una *bifurcación*. La parada será en términos de fijar, estipulativamente, una distinción conceptual, y la bifurcación nos remitirá, por una vía, a un registro epistemológico, por la otra vía, a retomar el registro socio-histórico.

En la parada establecemos una distinción entre *desigualdad* y *diferencia*.

a. La *igualdad formal*, que está en la base de la *libertad contractual*, como *efecto indirecto* genera desigualdades (sociales, de género, ecológicas, etc.).¹⁰ Pero esa igualdad formal, que coagula en la libertad contractual, no es susceptible de enfrentar las desigualdades que genera como su efecto indirecto, por ende, tiende a invisibilizarlas y, cuando resultan intolerables, despliega un potencial de aniquilación de cualquier rastro de conciencia de tales desigualdades; evidentemente, se trata de la eliminación de cualquier sujeto que siendo consciente del régimen de desigualdades, intenta visibilizarlas y denunciar la ilegitimidad del sistema que las genera. Por consiguiente, a los movimientos de emancipación que reclaman ante la sumisión o subordinación establecida por ella misma y que tratan de enfrentar las desigualdades que produce, los ataca como *anti-* (anti-democráticos, anti-sociedad abierta, anti-derechos humanos, anti-libertad individual, etc.).

Al respecto son muy ilustrativas las palabras de la profesora Ana Rubio, cuando dice: "*La construcción del modelo social que nace de la Modernidad al fundamentarse en la figura del contrato no puede desvelar por su propia lógica situaciones de desigualdad, éstas deben ser previamente construidas en el [presupuesto: njsa] estado de naturaleza, en el que todos deben reconocerse como iguales para el establecimiento de objetivos comunes.*"¹¹ En todo caso, es lo cierto que esta apuesta por la libertad contractual como *fundamento* del modelo social, no es tanto un atributo de la modernidad cuanto del capitalismo burgués, que es un proceso diferente de, aunque imbricado con, aquel otro de la modernidad (cfr. SANTOS, 2000, p. 49).

¹⁰ Por supuesto que, desde la posición de la *filosofía de la realidad histórica* (véase Ellacuría, Ignacio,

Filosofía de la realidad histórica, San Salvador, UCA, 1990), no se trata de que la igualdad, como entidad metafísica o cosa por el estilo, opere esas desigualdades, sino que se trata siempre de la acción humana que se desarrolla conforme a tales ideas.

¹¹ Cfr., Rubio, Ana, "El contenido sexista de la cultura jurídico-política", *Mulher e subjetividade*, Universidad Federal de Alagoas, p. 83.

b. Por otra parte, con *diferencia* nos referimos más a la idea de *pluralidad/diversidad*, que genera los *espacios inter*.¹² Desde esta posición se pretende bloquear el absolutismo de aquella igualdad formal y se busca generar dispositivos capaces de enfrentar sus propios efectos indirectos. Es decir, con la idea de diferencia se elucida, en contextos reales (socio-históricos), las desigualdades generadas por la igualdad formal, pero también las desigualdades generadas por cualquiera otros mecanismos (constitutivos o regulativos), incluidos los que se produzcan en conformidad con esa pluralidad/diversidad; por tanto, la conciencia de esta diferencia impulsa la adopción de dispositivos de ajuste, de evaluación y corrección de las propias mediaciones socio-históricas en que coagula, las cuales no están exoneradas de ser *invertidas* y *revertidas*, motivo por el cual asume (para enfrentarlos) estos efectos indirectos como parte de su condición contingente (histórica).

En la bifurcación, sigamos primero un *registro epistemológico*: Las relaciones del derecho (ciencia, técnica, actividad) con otras ciencias han sido objeto de discusiones e investigaciones interdisciplinarias,¹³ las cuales han servido para elucidar

¹² Como se hace evidente, tampoco en este caso hacemos una "ontología de la diferencia", sino que nos atenemos al campo pragmático y al nivel de los juicios de existencia.

¹³ Por ejemplo: Las relaciones entre sociología y derecho, en la cual la primera suple la ausencia de saber social para el segundo, y éste se convierte en objeto de interés particular para la primera como prototipo del proceso (y producto) institucional (véanse Treves, Renato, *La Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, Ariel, 1988. Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983. Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Buenos Aires, Sur, 1974). Las relaciones entre psicología y derecho, particularmente en el ámbito de una especie de psicoanálisis de la ley, sobre las líneas abiertas por el psicoanálisis clásico (S. Freud), la escuela francesa (J. Lacan) y ese territorio de fronteras que era el mismo M. Foucault; así tenemos, por ejemplo, los trabajos de P. Legendre sobre el surgimiento del dogmatismo y el amor de la ley (véanse, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, Anagrama, 1979. "La crisis del juridismo" (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki) 1982, Legendre, Pierre *et al.*, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette; (1994), "Los Amos de la Ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial", MARÍ, Enrique *et al.*, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, Edicial, 2° ed.) y en América Latina los trabajos del grupo liderado por el propio Enrique Mari. Las relaciones entre economía y derecho, que ha sido territorio prolífico y esclarecedor respecto de las condiciones materiales en que se genera el derecho; entre éstas tenemos investigaciones como la de Tigar y Levy (1978), que hacen una historia económica del derecho hasta el siglo XVIII-XIX; o P. Barcellona (1996) y la discusión del individualismo propietario que encarna en la forma de la ley, general y abstracta, y en América latina trabajos como los de Novoa Monreal, sobre las limitaciones del derecho al cambio social por su deuda con el sistema capitalista. También hay investigaciones sobre derecho y medicina; derecho y género, con una valiosa carga de títulos al respecto en los que se desanuda la complicidad/funcionalidad entre derecho y patriarcado o dominación masculinista (en perspectiva alternativa, véase Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Ilanud, 1992. *Declaración Universal de Derechos Humanos: textos y comentarios inusuales*, San José, Ilanud, 2001) etc.

lo que podemos denominar el *contexto material de producción del derecho*; pero poco se ha hecho por indagar en lo que podemos denominar las *condiciones epistemológicas*¹⁴ de/para tal producción, que no se separan de aquél contexto, aunque si lo *colorean* y, a la vez, completan un esquema de comprensión más amplio y plural del fenómeno jurídico.¹⁵

Por nuestra parte, consideramos de gran relevancia, en términos de una reconstitución del pensamiento jurídico, intentar seguir las bifurcaciones de esa *historia epistemológica* (por lo mismo, una historia que busca elucidar el vínculo entre el pensamiento y sus contextos materiales) para captar (*contextualizar* e *historizar*)¹⁶ los *obstáculos epistemológicos*¹⁷ que hoy lastran la imaginación jurídica.¹⁸ En este sentido, el *terreno de fronteras* con las diversas disciplinas (desde la Física a la Sociología, de la Química a la Economía, de la Biología a la Psicología) aparece como un lugar idóneo donde se establecen, por tanto, se pueden elucidar, tales condiciones epistemológicas de producción del derecho, pero también de esas mismas disciplinas o ciencias (cfr. SANTOS, 2000, p. 169). Este es un efecto de la constitución de esos *espacios inter* que la Filosofía del derecho puede ocupar y, a la vez, está llamada a elucidar y facilitar; *espacios inter* que se imponen como necesarios en términos de generar en nuestro margen latinoamericano un pensamiento jurídico inédito, que no desconoce las tradiciones que le anteceden, pero que está dispuesto a superarlas creativamente, con vista en las condiciones reales (socio-históricas) que éste contexto presenta.¹⁹

¹⁴ En este punto seguimos las sugerencias de Serres, Michel, *Historia de las ciencias*, Madrid, Cátedra, 1991. Por lo demás, no se trata simplemente de un análisis de las ideas, sino de la condición intelectual que permite la producción y desarrollo de tales ideas (que pueden coagular pragmáticamente en normas, instituciones, productos tecnológicos, etc.). Ahora bien, si seguimos el postulado de la filosofía de la realidad histórica (Ellacuría, I-1990), que sintéticamente podemos enunciar en el aforismo *el útil precede el pensamiento, pero no se comprende sin éste*, cuando hablamos de la condición intelectual o epistemológica, estamos hablando de condiciones que son formales y materiales a la vez...

¹⁵ En este sentido, hay trabajos valiosísimos, pero aislados, tal es el caso de Miaile (1982) y Orestano (1997); el primero indaga sobre algunos obstáculos epistemológicos del derecho moderno, y el segundo traza en grandes líneas, quizá sin ser su propósito expreso, una especie de historia epistemológica del derecho romano y los estudios romanistas.

¹⁶ Al respecto véanse Ellacuría (I-1990); (II-1990), "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *Estudios Centroamericanos (ECA)*, n. 502, San Salvador. Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999. *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.

¹⁷ Véanse Bachelard, Gaston, *La formación del espíritu científico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1972. *Epistemología*, Barcelona, Anagrama, 1973.

¹⁸ Para intentar superar esta postración, desde la perspectiva de un *proceso de secularización* consecuente, consideramos que, entre otros, un sitio obligado para tal rastreo se encuentra en el ámbito de convergencia entre la reflexión teológica y el derecho, ya que éste último es -según parece- una especie de *heredero/análogo laico* de aquélla.

¹⁹ Si en el pasado y lejos de nuestro margen, al cual solo se le imponía el producto generado, se imaginó el derecho separado de sus condiciones de realización, nuestra apuesta es por un camino diverso, que en primer lugar elucide las condiciones de posibilidad de una determinada mediación (en

Como parte de este esfuerzo por discernir (en) estas condiciones epistemológicas, debemos revisar y cuestionar la racionalidad que ha informado las construcciones jurídicas modernas y el modo en que éstas son transformadas/vertidas tecnológicamente. Brevemente, podemos apuntar que se trata de una racionalidad técnico-instrumental, vinculada a los postulados de la ciencia empírica, al estilo como fuera analizada por Max Weber, y susceptible de ser vertida en tecnología de control social. Además, la crítica de la racionalidad que informa el discurso jurídico aparece impulsada por la crisis de la racionalidad moderna, como fenómeno cultural de nuestro momento histórico.

En esa línea, en virtud del predominio de esa racionalidad técnico-instrumental, el derecho occidental moderno aparece afecto a una reducción de tipo normativista y legalista, que recorta taxativamente el espectro de las fuentes, reduce el ámbito y alcances de la experiencia jurídica, empobreciendo gravemente la cultura jurídica, particularmente por un *déficit de saber social* (cfr. SANTOS, 2000, p. 165), instituye y coloca al Estado como árbitro absoluto de la legalidad vigente y otorga el protagonismo a legisladores y jueces. Todo esto en nombre de un proceso de racionalización del poder, que en la visión de Max Weber, sólo se da en la forma del Estado de derecho moderno por cuanto el poder que éste ejerce es “racional” o legal.²⁰

De esta forma, el derecho moderno “resultante del iluminismo político”²¹ que perseguía aquél ideal igualitario, tiene su máxima expresión en el *principio de legalidad* y su correlativo *principio de jurisdiccionalidad*, ejes vertebradores del Estado de derecho. Pero, en la medida que toda esta empresa ha quedado aprisionada “*en la lógica de postulados empíricos, no fue capaz de realizar la emancipación y la liberación del hombre (sic.)*” (cfr. WOLKMER, 1991, p. 32), sino que ha generado múltiples efectos indirectos, entre los cuales podemos mencionar algunos:

- a. La invisibilización de otros actores sociales (sindicatos, asambleas, movimientos sociales, corporaciones, comunas, grupos sociales de toda índole, etc.), y su exclusión como sujetos (operadores) del derecho, pues quedan reducidos a (presuntos) meros destinatarios pasivos de una legalidad dictada y ejercida por “*otros*” lejanos a sus universos de vida y experiencia.
- b. Una obsecuente impunidad con la invisibilización del “pacto sexual” (C. Pateman) que subyace y antecede al “pacto social”,²² con el consiguiente

este caso se trata de las instituciones jurídicas), y a partir de tales condiciones de posibilidad instituya unas normas, valores, instituciones, etc., que aparecerían en términos de *experiencia jurídica*...

²⁰ Cfr. Bergalli, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al Sistema de Justicia Criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994, p. 212.

²¹ Cfr., Wolkmer, Antonio Carlos, *El otro derecho*, “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, enero, n. 7, Bogotá, 1991, p. 32.

²² “El contrato sexual es (...) un contrato que precede al contrato social y fija las condiciones de la subordinación de las mujeres a través de la negación de su subjetividad” (cfr., Rubio, p. 85).

desconocimiento, entre otros aspectos, del papel y valor de la maternidad como generadora de diversos valores allende la reproducción de la especie y afirma la sumisión de las mujeres (y los varones) a patrones de *lo masculino* construido afín a las exigencias de la ley del contrato en cuanto ley del padre.²³

c. La producción de un sistema de exclusiones para los pueblos y sus culturas diversas a la predominante en las sociedades del capital, escondida bajo el ropaje de una declarada igualdad (formal) racial que genera, como efecto indirecto, la desigualdad cultural y el etnocentrismo.²⁴

En fin, para no extendernos demasiado en un borgiano *recuento de infamias*, veamos el *reverso* de esta historia, que se escribe en nuestros días. Y es así que topamos con el hecho de que nos encontramos en un momento de transformación, marcado por la crítica a esa racionalidad técnico-instrumental y la búsqueda de alternativas a todo el orden de instituciones, valores, mecanismos, acciones, etc., generados en el periodo histórico que denominamos modernidad, lo cual resulta de esta forma por cuanto, entre otros factores, “(p)arece claro (...) que la estructura normativa del moderno Derecho positivo estatal es ineficaz y ya no responde al universo complejo y dinámico de las actuales sociedades de masas, que pasan por nuevas formas de producción del capital, por profundas contradicciones sociales y por inestabilidades continuadas que reflejan crisis de legitimidad y crisis en la producción y en la aplicación de la justicia” (cfr. WOLKMER, 1991, p.32).

Al respecto, para enfrentar esta “caída de legitimación de la legalidad y del sistema jurídico” (cfr. BERGALLI, 1994, p. 220) se ofrecen diversas vías alternativas fundadas, principalmente, en la alteridad y la emancipación (cfr. WOLKMER, 1991, p. 33); entre ellas la propuesta del profesor Boaventura de Sousa SANTOS, quien habla de la constitución de un “nuevo sentido común jurídico” que resulta de la “recontextualización” del derecho y que tiene como resultado “el reconocimiento de espacios y tiempos como contextos de producción jurídica: *doméstico* (relaciones sociales entre los miembros de la familia), de *producción* (relaciones en el ámbito del/ en el trabajo), de *ciudadanía* (relaciones sociales en la esfera pública, entre los

²³ “La forma de eludir hacer evidente la desigualdad entre hombres y mujeres es reemplazar la figura del varón por la del padre. De este modo el padre, jefe y autoridad en la familia, puede representar en la hermandad de los iguales tanto sus intereses individuales como los intereses de todos los miembros de la unidad familiar: mujeres niños y sirvientes, sin levantar sospechas sobre el mantenimiento disfrazado del patriarcado” (cfr., Rubio, pp. 83-84).

²⁴ En las democracias occidentales y capitalistas, por ejemplo, en el siglo XX los afrodescendientes son incorporados socialmente, al *obtener* sus derechos ciudadanos. Su incorporación jurídica a la ciudadanía (que entre otros aspectos significa una ampliación de la oferta de mano de obra legal en/ para el mercado laboral) se hace sobre la base de una igualdad ontológica, que hace abstracción de las condiciones de opresión y exclusión social y de desprecio a sus culturas, lo cual les impone/exige una asimilación de los valores, instituciones, etc., de la cultura blanca, patriarcal y competitiva, instituida como el modelo civilizador con pretensiones de universalidad.

ciudadanos y el Estado) y *mundial* (relaciones económicas internacionales y entre Estados nacionales)” (cfr. BERGALLI, 1994, p. 221).

Para abundar al respecto, tomemos las palabras del profesor WOLKMER, quien dice: “La discusión y la articulación de un proyecto alternativo que conduzca a un ‘nuevo Derecho’ pasa, hoy en día, necesariamente por la redefinición de una racionalidad emancipadora, por el cuestionamiento de los valores y por la fundamentación de una ética política de la praxis comunitaria, por el redescubrimiento de un “nuevo sujeto histórico” y, finalmente, por el reconocimiento de los movimientos y de las prácticas sociales como fuentes generadoras del pluralismo jurídico” (1991, p. 33)

En lo que respecta a la *filosofía jurídica latinoamericana* esto se traduce también en un esfuerzo por la “desoccidentalización conceptual”, que es tarea para cualquier esfuerzo filosófico, del tipo que sea, en América Latina. Este momento deconstructivo crítico supone, “que la “filosofía latinoamericana” se “desfilosofa” en el sentido de liberarse de la concepción de filosofía acuñada por la tradición dominante occidental. Este momento es, ciertamente, esencial, porque marca la experiencia de la inflexión teórica que permite abrir el horizonte categorial heredado. Pero tiene que ser acompañado por un momento explícitamente constructivo que llamaremos el momento de la reubicación cultural, entendiendo por ello la apropiación de la diversidad cultural en sus diferentes tradiciones, voces y formas de articulación.”²⁵

Lo anterior nos permite retomar el *registro socio-histórico* previo. En esta vía de la bifurcación encontramos, entonces, que los desafíos para el derecho y su imaginación, por ende, también para la filosofía jurídica, son los desafíos que provienen, entre otros, de las visiones del pluralismo jurídico, de interculturalidad, de género, del desarrollo etario, de la ecología, etc., y que plantean tareas inminentes frente a los fenómenos de un mundo global-plural, del neo-imperialismo unilateralista, del rompimiento de las relaciones sociales en términos políticos (civilidad/politicidad), de la destrucción ecológica que nos enfrenta a los denominados “peligros ontológicos”, de las transformaciones libidinales, etc. Y las respuestas desde esos nuevos *espacios* emergen, por ejemplo:

a. Desde el pluralismo jurídico, a través de la crítica del monismo del centralismo estatal, que en un contexto de exclusión social, dominado por el conflicto de clases y grupos, por relaciones de fuerza y presión, sufrimientos e injusticias, “*justifica abandonar la hegemonía tradicional del monismo estatal y dislocarse hacia múltiples fuentes de producción normativa generadas por los movimientos populares y prácticas sociales liberadoras (...) [por ende, se: njsa] vuelve imperioso en la discusión y en la constitución de los ‘nuevos*

²⁵ Cfr., Fornet-Betancourt, Raúl, *Transformación intercultural de la filosofía*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 251.

Derechos' (...) asociarlos a las acciones transformadoras y creadoras de los movimientos sociales" (cfr. WOLKMER, 1991, p. 41).

b. Desde la interculturalidad, con el rompimiento de la homogeneidad cultural impuesta por el etnocentrismo cultural, que pasa por el rescate de la propia historia negada como *"tarea fundamental de la transformación intercultural (...)* [que: njsa] *indica no simplemente un rescate historiográfico sino también el reconocimiento de la polifonía con que se expresa América Latina (...). En una palabra, se trata de rehacer el mapa de nuestra filosofía como un mapa que ha sido dibujado, y es dibujado todavía hoy, por una pluralidad de sujetos que hablan su propia lengua. Cumpliendo esta tarea la 'filosofía latinoamericana' [por ende, la filosofía jurídica latinoamericana: njsa] se proyectará como una filosofía de contextura polifónica en la que las diversas voces de nuestro trenzado cultural no son 'reducidas', sino que encuentran en ella el espacio libre y abierto necesario para expresarse como tales y, por consiguiente, para comunicarse sus diferencias sobre la base del mutuo respeto"* (cfr. FORNET-BETANCOURT, 2001, pp. 251-252).

c. Desde la visión de género, mediante el desenmascaramiento de las argucias del patriarcado, lo cual hace posible imaginar que el derecho *"a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales"* (cfr. FACIO, 1992, p. 22). Pero para lograr esto debemos hacer el esfuerzo por *"cuestionarlo todo (...) lo culturalmente creado y como si fuera poco, tener que cuestionar también lo que se nos ha dicho son hechos 'naturales'. Pero tenemos que hacer ese esfuerzo si queremos entender lo que nos oprime. Además, es importante que entendamos que esto no es un problema abstracto que nada tiene que ver con nuestra cotidianidad. Todo lo contrario, está reflejado en todo el quehacer humano y sin duda en el Derecho en todas sus manifestaciones, tanto en el contenido mismo de las leyes y los principios que las informan, como en la estructura y funcionamiento de las oficinas que administran justicia y en nuestras actitudes y conocimientos respecto de ese Derecho"* (Ibid, pp. 85-86).

d. Desde el desarrollo etario, al poner en cuestión el adultocentrismo que desconoce como personas a niñas, niños y adolescentes.

e. Desde la ecología, por la inauguración de una visión holística sobre las condiciones de (la) vida contra las fragmentaciones del universo capitalista burgués, etc.

3. Siendo esto así, un paso en el proceso de transformación paradigmática es ese momento crítico-evaluativo de los procesos y productos de la modernidad. Ahora bien, para orientar nuestro enfoque hacia un campo específico, podemos señalar que en el caso del derecho ese momento crítico-evaluativo alcanza de forma inmediata los problemas de la Justicia; por ende, se trata, entre otros aspectos, de asumir la crítica de

los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad,²⁶ los cuales instituían un régimen o sistema de garantías para la libertad contractual, toda vez que se la consideraba esencial para asegurar la libertad personal (cfr. TIGAR y LEVY, 1978, pp. 259-260), aunque esto último no fuera más que la justificación ideológica de aquélla.

La crítica del principio de legalidad ha sido realizada, con bastante claridad por L. FERRAJOLI;²⁷ pero dicho autor, coherente con una posición declaradamente formalista positivista, no avanza su crítica al nivel en que se establece el vínculo entre dicha legalidad y la acción humana concreta, por eso todavía se le oculta (en su análisis) la “fuerza espiritual” que genera (y sostiene) dicho principio. Lo que en términos de P. Legendre sería el “amor de la ley”, el “dogmatismo” y, en definitiva el rigorismo legalista (Hinkelammert).²⁸ Esto sucede, a nuestro parecer, por determinar únicamente los aspectos formales del principio de legalidad;²⁹ pero, a la vez, no admitir como pertinente (en sus múltiples acepciones) un lugar distante (entendido no como trascendente, sino como un *lugar otro* desde donde se ve) para mirar como se instituye esta legalidad en rostro de *lo* intangible.

De una forma paradójica, al bloquear la consideración de las condiciones de posibilidad/factibilidad en la comprensión del fenómeno jurídico, en términos tanto teóricos como dogmáticos, se incurre en un procedimiento “teologizante”, toda vez que se deja abierta la posibilidad de que la legalidad así generada/puesta devenga incuestionable y absoluta, redundando en una forma de naturalización que nos deja anclados todavía en una especie de *ley natural secular*. Así, igual que los mandamientos se instituyeron en/como el rostro/voluntad de Dios, la legalidad (burguesa), que es legalidad del contrato, se instituye en/como rostro visible del Mercado invisible. Por eso se puede hablar de “crisis de la legalidad”, y no pasa gran cosa, mientras que el intangible Mercado no sea cuestionado.³⁰

²⁶ Estos principios fueron generados en un contexto dominado por la visión unitarista y homogenizadora del estado nacional, centralizado y burocratizado (lo racionalizado), y sobre la base de un universalismo [el universalismo abstracto de la ley “como acto normativo supremo e irresistible” (cfr., Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2^o ed., Madrid, Trotta, 1997) de aplicación y acatamiento general], que imponía el nuevo orden de relaciones (individualistas) y la hegemonía burguesa.

²⁷ Véanse de este autor, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

²⁸ Un esfuerzo por elucidar este rigorismo legalista en sintonía con la perspectiva aquí expuesta es el de Sanchez Rubio, David, “Despotismo de la ley, legitimidad y trabajo vivo”, *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, pp. 235-282. “Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica”, *Crítica Jurídica*, n. 17, Brasil, 2000, pp. 277-300.

²⁹ Ferrajoli, aunque está urgido por las exigencias de contextualización, no obstante, igual que Kelsen, desplaza la consideración de los aspectos socio-históricos al campo extrajurídico.

³⁰ Véase Hinkelammert, Franz J., *Democracia y totalitarismo*, San José, DEI, 1990. *El mapa del emperador*, San José, DEI, 1996.

Pues bien, si asumimos el reto de avanzar en este momento crítico-evaluativo, que está llamado a hacer una crítica radical, podremos encontrar insumos para el momento constructivo-proyectivo (propositivo) de forma de poder imaginar, por ejemplo, una *legalidad plural*, abierta a la interpelación y generadora de posibilidades alternativas para las diferencias de los sujetos a los cuales está llamada a servir. En palabras del profesor Boaventura de Sousa Santos, es la emergencia e instauración de “interlegalidades”. Se trataría, pues, de interlegalidades no arraigadas en el contrato, sino en la posibilidad de constitución de tramas sociales de solidaridad, convivencia pacífica, reconocimiento, satisfacción de necesidades humanas de sujetos humanos vivos, etc.

Por otra parte, si con la modernidad occidental burguesa la subjetividad que se visualiza/visibiliza en el derecho es la subjetividad abstracta, coagulada en la idea de “persona jurídica” (en última instancia, la que puede contratar),³¹ en esta transición paradigmática un reto para el mismo derecho está en orientarse hacia la disposición de condiciones (jurídicas) para la producción de plurales subjetividades concretas (como eje de la producción socio-histórica por la que apostamos) desde una visión de derechos humanos, emancipadora, ecuménica, participativa, pluralmente inclusiva, etc.

También, con vistas de la actividad efectiva de los Sistemas de Justicia, una de las tareas permanentes y significativas para la filosofía jurídica es el trabajo de elucidar las relaciones entre derecho y democracia (cfr. Ferrajoli, 1999; 2001), supuesto que no se quiera obviar el problema del fundamento de tales Sistemas de Justicia. Pero hablamos aquí no en términos de pretendidas (e infructuosas) derivaciones de fundamentos filosóficos u ontológicos, ni siquiera jurídicos, en los términos que las doctrinas tradicionales han pretendido, pues es lo cierto que ninguna filosofía ni ningún derecho fundamenta nada en la experiencia cotidiana (a no ser ente-lequias y juegos lógicos), sino que ellos son fundados en las tramas de relaciones de las particulares configuraciones socio-históricas que optan por organizarse conforme a derecho, como parecen ser las nuestras latinoamericanas, a pesar de sus falencias y rumbos fallidos.

³¹ Una inversión ideológica: “persona jurídica” no es el título o condición (previa) de quien contrata como medio para conseguir lo que le permite satisfacer sus necesidades humanas, sino que deviene “persona (con capacidad) jurídica” aquél que está legitimado para contratar. La discusión teórica sobre la capacidad de hecho y la capacidad jurídica es reveladora de esta inversión. Esto es lo que permite demorar o diferir la capacidad plena para niños, niñas y adolescentes, también la disminución o restricción para las personas con alguna discapacidad sico-física. Luego, se es persona (con capacidad) jurídica no por tener la condición de sujeto humano (como suele decirse), sino por tener la capacidad de contratar, por eso son personas jurídicas las empresas, pero no tienen ese estatuto, por ejemplo, los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, cuando se proponen mecanismos para constituir a las personas jóvenes en sujetos de crédito ¿será porque sólo cuando tengan acceso a ese crédito, podrán acceder a su condición de *personas*? La sospecha está más que justificada toda vez que en el contexto capitalista, la ampliación del crédito no está orientada, salvo tangencialmente, a otorgar un poder de compra para la satisfacción de necesidades cuanto a la necesidad del mercado financiero de ampliar su clientela.

Al respecto, varios son los retos que llaman a la acción reflexiva, pero solo mencionaremos dos en alguna de sus múltiples caras, a saber:

1. *La crítica de la Justicia*: Ha dicho el profesor Enrique Pedro Haba: “para los efectos de una mejor protección de los derechos humanos *no* es indiferente la manera cómo en la normativa jurídica de un país se hallen establecidas las formas de intervención del Poder Judicial y la propia estructura de este.”³² Si esto es así y, por otra parte, en perspectiva filosófico-política y ético-política, según las *teorías clásicas*³³ de la democracia, derechos humanos, en cuanto *horizonte utópico*³⁴ de los *procesos de lucha* por la emancipación, que plasman en *medios* (discursivos, expresivos, normativos, institucionales, etc.),³⁵ es el *núcleo axiológico* básico del *pacto democrático*; entonces, los Sistemas de Justicia cobran legitimidad democrática en la medida que protegen y facilitan condiciones para la realización de acciones conforme a derechos humanos. Ese vínculo entre derechos humanos y democracia, que es el vínculo entre las acciones conforme a derechos humanos y el orden socio-político que apuesta por la participación de todos y todas en la “elaboración de criterios que permitan juzgar las decisiones democráticas en cuanto a sus resultados” (cfr. Hinkelammert, 1990, p. 134), no puede ser obviado, en ningún caso, por los Sistemas de Justicia. Por consiguiente, los Sistemas de Justicia no se legitiman democráticamente por su pretendido apego a una ley que hace abstracción tanto de su origen cuanto de las condiciones de aplicación, sino en la medida que pongan esa ley en el juego de discernimiento de “elementos de juicio para determinar hasta qué grado las decisiones mayoritarias [presuntamente reflejadas en la ley] son efectivamente decisiones válidas o descartables” (cfr. HINKELAMMERT, 1990, p. 134) en función de la realización de acciones conforme a derechos humanos, para la satisfacción de necesidades humanas de sujetos vivos, la producción de un orden civil/político de solidaridades y reconocimientos recíprocos e inclusivos, etc. En todo caso, esta posición todavía es compatible con el positivismo como actitud metodológica³⁶ y con los postulados del garantismo jurídico (FERRAJOLI, 1995), pero rompe radicalmente con las formas del positivismo ideológico o el formalismo

³² Cfr., Haba, Enrique P., *Tratado básico de Derechos Humanos*, Vol. II, San José, Juricentro, 1986, p. 532. La cursiva es del original.

³³ Se trata de una consideración de la democracia *con contenido* o *material* (cfr. Hinkelammert, 1990, p. 134).

³⁴ Lo que puede ser pensado o imaginado (utopía), siempre deseado nunca realizado, y que atraviesa *transversalmente* las realizaciones o concreciones históricas específicas. Por eso mismo es, epistemológica y práxicamente hablando, principio de imposibilidad de la acción humana que le descubre sus posibilidades.

³⁵ En ese sentido véase Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, Herrera Flores, Joaquín ed., *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000, p. 78.

³⁶ Al respecto véase Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, pp. 75-76.

ético y, a la vez, completa y ubica (contextualiza e historiza) aquella metodología en el contexto de aplicación de la ley que interpreta. Finalmente, los Sistema de Justicia se deben constituir en una instancia crítica de la *ilegitimidad residual* o que como efecto indirecto genera la aplicación de la legalidad estatal, y, por otra parte, deben permearse de las interlegalidades que tienen como sus sujetos a *otros* diversos al estado, tales como los movimientos sociales, las comunidades indígenas, etc. Es decir, desde este discernimiento filosófico, los Sistemas de Justicia, en América Latina, para que cobren la pertinencia y legitimidad democrática deben estar atentos y ser un punto de *crítica*³⁷ de la legalidad dominante, en cuanto expresión de los intereses de clase y de grupos, así como no escamotear y robar el protagonismo a los otros actores sociales (movimientos sociales, ONG, comunidades indígenas, colectivos campesinos, grupos comunales, gremiales, etc.), sino ponerse en servicio de éstos, lo cual los constituiría en Justicia pluralista y democrática.

2. *Los problemas de una (fallida) constitución global en tiempos de un (pretendido) neo-imperialismo global:* En el mundo que está emergiendo en esta coyuntura histórica, como mundo global, los retos para el derecho y su imaginación, por ende, para la filosofía jurídica, son graves e inminentes, asimismo para los Sistemas de Justicia en particular. La estrategia con que desde los poderes instituidos (las burocracias públicas de los estados y las burocracias privadas de las grandes corporaciones transnacionales) se ha tratado de diseñar el nuevo modelo social ha pasado por varias etapas, todas con una misma finalidad: “el asalto al poder mundial” (Hinkelammert). Tal estrategia ha tenido diversos momentos y tácticas, que configuran otras tantas tendencias con pretensiones hegemónicas:

a. Primero fue la implantación de un neoliberalismo globalizador, que transformaría las relaciones económicas y pondría las bases de un “Nuevo orden mundial”. Más tarde, pero siempre en la senda de ese neoliberalismo globalizador, aparecen los intentos de generar una *constitución global*, que en palabras del profesor sevillano, Joaquín HERRERA FLORES, es un intento “que unifica (...) la flexibilidad del modelo anglosajón de constitución, en cuanto que no es un tratado sino una ronda de negociaciones, pero también introduce lo que es la normativa constitucional continental, cuyas normas todo país miembro tiene que aceptar en bloque (...). [En esto consiste: njsa]

³⁷ Esta crítica no es la crítica arrasadora, *exclusivamente* negativa, que clausura los campos y producciones que son objeto de su mirada, sino que se trata de una crítica superadora, abierta a la reconstrucción a partir de los elementos históricamente discernidos. En ese sentido, discierne y re-ubica la legalidad vigente en términos emancipadores, en lo que ella tenga de tal y resulte funcional a la protección del “más débil”, para utilizar la hermosa expresión del subtítulo en español del libro de Ferrajoli, 1999.

*la reserva normativa absoluta que tiene la OMC: o se acepta la normativa en bloque o no se puede ser miembro. Por tanto, estamos ante [la pretensión de establecer: njsa] una constitución global en la que (...) hay una violación de (...) la división de poderes, porque en la OMC se da la unificación de los tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial.”*³⁸ Como se ve, esta presunta constitución global tiene su fuente en la OMC, principalmente a través de la normativa global que ésta genera, tales como el Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)³⁹ primero, y posteriormente el intento de llegar a imponer el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Éste último fue un intento fallido, que vino a obstaculizar el camino previsto por los estrategias de esa globalización (G7), que en todo caso actuaban todavía desde la perspectiva de un (II) *multilateralismo restringido*, y en términos de las relaciones internacionales, establecía un equilibrio *inter pares* entre las potencias económicas que impulsaban y se beneficiaban de tal proceso globalizador. Hay que advertir que este intento de imponer esa (*su*) constitución global, por parte de los agentes de este multilateralismo restringido, se contrapone al *proceso de internacionalización* de los derechos humanos y de los instrumentos constitucionales garantistas de protección⁴⁰ (ejemplo, la Corte Penal Internacional), así como de otros instrumentos jurídicos internacionales establecidos en protección y desarrollo de los pueblos, la conservación ecológica, etc., en cuya gestación e implementación aparecen interesados e involucrados, particularmente, actores sociales de los pueblos pobres del Mundo, y que nosotros vinculamos, más bien, con la tendencia del (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural del que habláramos anteriormente (§ II; III.1).

b. Posteriormente, en el último escenario mundial, las relaciones internacionales parecen tener una inflexión y se enrumban hacia la adopción de un (III) *unilateralismo agresivo*, que fallido el intento de completar esa (*su*) constitución global, apuesta por la militarización de sus estrategias y por dar el último y definitivo asalto al poder mundial. En este último caso (III), la

³⁸ Más adelante concluye: “Por tanto, estamos ante un tema jurídica y políticamente muy importante, porque no solamente la OMC crea normas y las puede cambiar, sino que crea jurisprudencia y a través del órgano de solución de diferencias, permite la imposición de sanciones de un país a otro y ejecuta esas sentencias. Es decir, tenemos los tres poderes unificados en uno” (intervención del autor en el Encuentro de Trabajo, realizado en Sevilla, del 2 al 4 de diciembre de 2002, en el marco del *Proyecto sobre Propiedad Intelectual y Derecho de los Pueblos*).

³⁹ También conocido como Acuerdo TRIPS por sus siglas en inglés *Trade Related Intellectual Property Rights*).

⁴⁰ Lo que L. Ferrajoli denomina un “*constitucionalismo mundial*” (cfr., §8. “Por un constitucionalismo de derecho internacional”, 1999, pp. 152-158) y que, con las adecuaciones impuestas por el pluralismo interdisciplinario e intercultural, suscribimos plenamente.

tendencia predominante es la de los estrategas de la derecha estadounidense, que no admiten compartir el poder mundial con sus socios históricos del denominado G7 (ni con ningún otro), y que amparados en el diferencial en la potencia militar de los Estados Unidos respecto de sus socios y de cualquier otra estructura político-militar, pretenden imponer su hegemonía, actuando al margen de cualquier legalidad que no sea la propia e imponiéndola a todos los demás que pasarían de ser satélites a colonias de su “imperio”, como parece que gustan autodenominarse.⁴¹ Y en ese punto nos encontramos al día de hoy.

Sea como fuere, lo cierto es que esto supone un cambio en las formas tradicionales del derecho; mas este cambio es de signo contrario al prefigurado por el (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural y contrario a las exigencias de emancipación de las subjetividades que han ido emergiendo en el mundo y en nuestro margen latinoamericano (comunidades indígenas, movimientos sociales, ONG, etc.).⁴² Por tanto, se impone a la imaginación jurídica emancipadora buscar formas de someter a controles democráticos esos poderes globales de las burocracias privadas, particularmente representados por los cuerpos directivos de las grandes transnacionales y los organismos financieros y comerciales internacionales (OMC, FMI, BM, etc.), y, sobre todo, que enfrente la *lógica de muerte* que alienta la estrategia guerrerista de las estructuras de poder estadounidenses (sus burocracias públicas), que atentan contra los pueblos del mundo al tratar de imponer *su* legalidad absoluta, e incluso atentan contra su propio pueblo (restricciones de garantías civiles, régimen policial, estado de excepción, etc.), todo en nombre de constituir *su* sueño del “nuevo siglo americano”.

⁴¹ El desconocimiento de la legalidad internacional por las facciones portadoras de este unilateralismo militarizado afecta tanto a las estructuras e instrumentos producto de la acción de los órganos de la ONU, cuanto de la misma OMC y otros, pues EE.UU., por sí y ante sí, decide sanciones o privilegios económicos para otros estados y actores sociales, exige apertura de mercados pero se reserva el derecho “inobjetable” (para ellos) de mantener los mecanismos proteccionistas, etc. Para un más amplio análisis de esta tendencia véase SAXE Fernández, Eduardo, *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*, Costa Rica, EUNA, 1999. Documentos de estudio (*Nueva Época*), Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial, Universidad Nacional, Costa Rica, 2002, n. 15.

⁴² Para esquematizar lo dicho, vemos como frente a las tendencias globalistas del (II) *multilateralismo restringido* (G7) y del (III) *unilateralismo militarizado* (EE.UU.), ha emergido un *movimiento de movimientos* (Medici) que describe una tendencia del (I) pluralismo interdisciplinario e intercultural, de carácter democrático en sentido clásico-material, y por el que aquí apostamos, que pretende enfrentar de manera creativa y alternativa a aquellos otras tendencias. En los últimos episodios de este “asalto al poder mundial” (Hinkelammert), por parte de las fuerzas económicas y militares estadounidenses, este pluralismo interdisciplinario e intercultural se ha manifestado en las calles abiertamente en contra de las estrategias de guerra, tanto en lo económico como en lo militar, movimiento que se ha expresado en múltiples formas y lugares, desde Seattle y Davos hasta Porto Alegre y Manila, y cada día en múltiples ciudades del mundo entero...

Asimismo, para los Sistemas de Justicia nacionales significa un reto por atender a su *mandato protectorio* de los “más débiles” frente a esos poderes que se pretenden totales e imperiales, lo cual pasa por priorizar las exigencias por derechos humanos de estos sujetos vivos concretos frente a las legalidades coloniales que los poderes pretendidamente neo-imperialistas tratan de imponer al margen de las relaciones interestatales y de la diplomacia, si no por la vía de la imposición unilateral comercial por la vía de la imposición militar, y esta *no* en última instancia. En esto se juegan, en el nuevo espacio global, su legitimidad democrática y pervivencia, y los pueblos del mundo la posibilidad de constituir un *mundo posible* donde quepamos todos y todas.

Referencias Bibliográficas

- BACHELARD, Gaston, *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.
- _____, *Epistemología*, Anagrama, Barcelona, 1973.
- BARCELLONA Pietro *et al.*, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- _____, *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996.
- BERGALLI, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al Sistema de Justicia Criminal”, *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, N° 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México.
- BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Anagrama, Barcelona, 1999.
- _____, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000.
- ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, I - 1990.
- _____, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *Estudios Centroamericanos (ECA)*, n° 502, San Salvador, II - 1990.
- FACIO MONTEJO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José, 1992.
- _____, edta, *Declaración Universal de Derechos Humanos: textos y comentarios inusuales*, ILANUD, San José, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- _____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- _____, *et al*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2001.

- GEIGER, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- HABA, Enrique P., *Tratado básico de derechos humanos*, Vol. II, Juricentro, San José, 1986.
- HERRERA FLORES, Joaquín ed., *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclee de Brouwer, Bilbao.
- HINKELAMMERT, Franz J., *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, II - 1990.
- _____, *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996.
- LAUTMANN, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Buenos Aires, 1974.
- LEGENDRE, Pierre, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Anagrama, Barcelona, 1979.
- _____, "La crisis del juridismo" (entrevista y versión castellana de Enrique A. Kozicki), _____, et al., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- _____, "Los amos de la ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial", MARÍ, Enrique et al., *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Edicial, Buenos Aires, 1994.
- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au Droit*, Francois Maspero, París, 1982.
- MILLS, Charles Wright, *La imaginación sociológica*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.
- MORIN, Edgar, *Sociología*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1997.
- RUBIO, Ana, "El contenido sexista de la cultura jurídico-política", *Mulher e Subjetividade*, Universidad Federal de Alagoas.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, "Despotismo de la ley, legitimidad y trabajo vivo", *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999.
- _____, "Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica", *Crítica Jurídica*, N° 17, Brasil, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Cortez Editora, Sao Pablo, 2000.
- SAXE FERNÁNDEZ, Eduardo, *La nueva oligarquía latinoamericana: ideología y democracia*, EUNA, Costa Rica, 1999.
- _____, *Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial*, Documentos de estudio (Nueva Época), N° 15, Universidad Nacional, Costa Rica, 2002.
- SERRES, Michel, *Historia de las ciencias*, Cátedra, Madrid, 1991.
- TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, S. XXI, México, 1978.

TREVES, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas", *El otro derecho*, N° 7, enero, Bogotá, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

A Função da Crítica no Redimensionamento da Filosofia Jurídica Atual

Antonio Carlos Wolkmer*

Resumo: O autor, tendo presente o contexto social da globalização mundial e o cenário institucional latino-americano, destaca, na presente contemporaneidade do jurídico, as novas formas plurais e alternativas de legitimação do Direito. Tal intento, próprio de uma nova filosofia político-jurídica atual, implica em refletir e forjar um pensamento crítico emancipador, constituído a partir da práxis de sociedades emergentes, capaz de viabilizar novos conceitos, categorias, representações e instituições sociais.

Resumen: El autor, teniendo presente el contexto social de la globalización mundial y el escenario institucional latinoamericano, destaca, en la actual contemporaneidad de lo jurídico, las nuevas formas plurales y alternativas de legitimación del derecho. Tal intento, propio de una nueva filosofía político-jurídica actual, implica reflexionar y forjar un pensamiento crítico emancipador, constituido a partir de la praxis de sociedades emergentes, capaz de viabilizar nuevos conceptos, categorías, representaciones e instituciones sociales.

Abstract: The author, having a social context of the world globalization and the institutional latin-american scenario, pinpoints in the actual legal contemporaneity, the new plural forms and alternatives for legitimizing the Law. Such intent, as of a new actual political-legal philosophy, implies in reflecting upon and forging an emancipating and critical thinking, built from the emergent societies praxis, capable of making new concepts, categories, representations and social institutions feasible.

Introdução

Um dos maiores desafios das últimas décadas é como participar do contexto social da globalização mundial em desenvolvimento, mas sem deixar de estar integrado e atuar ativamente no plano cultural da legitimidade local. Trata-se de construir um projeto social e político emancipatório capaz de reordenar as relações tradicionais entre Estado e Sociedade Civil, entre o universalismo ético e o relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre as formas convencionais de legalidade e as experiências não-formais de jurisdição.

* O autor é Professor titular dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC (Brasil). Doutor em Filosofia do Direito e da Política. Sócio efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). Pesquisador do CNPq e da Fondazione Cassamarca (Treviso, Itália). Professor visitante de várias universidades brasileiras e da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha-Espanha).

Reinscrever novo modo de vida estimula a inserção cultural por outras modalidades de convivência, de relações sociais e regulamentações das práticas emergentes e instituintes. Em tal cenário, a ênfase não estará no Estado e no Mercado, mas agora na Sociedade Civil enquanto novo espaço público de efetivação da pluralidade democrática. Em sua capacidade geradora, a nova esfera pública proporciona, para os horizontes institucionais, novos valores culturais, novos procedimentos de prática política e de acesso à justiça, projetando novos atores sociais como fonte de legitimação do espaço social e da constituição emergente de direitos.

Assim, diante do surgimento de novas formas de dominação e exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo que afetaram substancialmente práticas sociais, formas de representação e de legitimação, impõem-se repensar o poder comunitário, o retorno dos sujeitos históricos e a produção alternativa de juridicidade a partir do viés da pluralidade de fontes. Certamente que a constituição de uma cultura jurídica pluralista fundada nos valores do poder comunitário está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimidade. O nível dessa eficácia passa pela legitimidade dos atores sociais envolvidos e de suas necessidades e reivindicações. Por conseguinte, é fundamental destacar, na presente contemporaneidade do Direito, as novas formas plurais e alternativas de legitimação do Direito.

Antes de mais nada, para se constituir uma cultura jurídica pluralista, alternativa e democrática faz-se necessário, primeiramente, refletir e forjar um pensamento crítico, construído a partir da práxis das sociedades emergentes, capaz de viabilizar novos conceitos, categorias, representações e instituições sociais.

1 O Pensamento Crítico como Base da Emancipação na Contextualidade Latino-Americana

Importa, agora, avançar na demarcação de um instrumental teórico apto a expressar e sustentar todo discurso acerca de uma prática pluralista e alternativa do Direito na perspectiva da América Latina.

Inicialmente, faz-se necessário assinalar os diversos sentidos desprendidos da expressão “crítica”, termo que não deixa de ser ambíguo e abrangente, pois representa inúmeros significados, sendo interpretado e utilizado de formas diversas no espaço e no tempo. De qualquer modo, a “crítica” emerge como elaboração instrumental dinâmica que transpõe os limites naturais das teorias tradicionais, não se atendo apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar, equidistantemente, os fenômenos sociais e reais.¹ Reconhece-se, ainda, que a “crítica” pode revelar, no esclarecimento de Paulo Freire,

¹ Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, “Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito” in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, ITE, n. 25, abr/jul, 1999, p. 102.

(...) aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, mas que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento 'crítico' seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria 'crítica' pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano.² Como processo histórico identificado ao utópico, ao radical e ao desmitificador, a "crítica" assume a "função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas".³ Uma posição "crítica" há que ser vista, por conseguinte, não só como uma avaliação crítica "de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência (...)".⁴

Entendido a crítica como instrumental pedagógico de ruptura e de libertação, a questão que se coloca a seguir é como viabilizá-la na inserção da trajetória da sociedade e da cultura latino-americanas. Ainda que engendrado historicamente por descontinuidades e fluxos deterministas alienígenas, pode-se acreditar na existência de um pensamento latino-americano.

Na verdade, o pensamento latino-americano contido, explícita ou implicitamente, na produção cultural de seus autores, escritores e filósofos, reforça a premissa do que o importante "(...) não é tentar afirmar tal pensamento como verdade ou como aquele mais adequado à região, mas ao contrário, um pensamento enquanto (...)")⁵ manifestação apta a instrumentalizar a força de sua crítica no sentido de contribuir na desconstrução das velhas práticas de saber e de poder dominantes.

Com efeito, a edificação de um pensamento crítico latino-americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas racionais de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade europeia ou norte-americana, mas um processo dialético de assimilação, trans-posição e reinvenção. Trata-se de ir efetivando, como diz o filósofo peruano Augusto Salazar Bondy, uma prática cultural crítica em que a realidade histórica irá se refazendo; é o trabalho de recriação na direção emergente para o novo projeto de emancipação, sintoma genuíno e autêntico de um pensamento crítico orientado politicamente para a desalienação e para a libertação.⁶

² Freire, Paulo, in: Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 3-4.

³ Habermas, Jürgen, in: Santiago, Gabriel L., *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*, Campinas, Alínea, 1988, p. 44.

⁴ Quinney, Richard in: Wolkmer, Antonio Carlos, "Ideologia, estado e direito", 3 ed, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2000, p. 5.

⁵ Santiago, Gabriel L., *op. cit.*, p. 27.

⁶ Salazar Bondy, Augusto, *Existe una filosofía de nuestra América?*, 8 ed, México, Siglo Veintiuno, 1982. Igualmente ZEA, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, 3 ed, México, Siglo Veintiuno, 1975. *El pensamiento latinoamericano*, 3 ed, Barcelona, Ariel, 1976, p. 526.

Como já se alertou em outro momento,⁷ uma teoria ou pensamento de perspectiva crítica opera na busca de libertar o homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado. A “crítica”, como saber e prática da libertação, tem que demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos históricos, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas, das dissimulações opressoras e das falácias ilusórias do mundo objetivo/real. O pensamento crítico tem a função de provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local ou global). Certamente, a “crítica” como dimensão epistemológica e ideológica tem um papel pedagógico altamente positivo, à medida que se torna instrumental operante adequado ao esclarecimento, resistência e emancipação, indo ao encontro e respondendo aos anseios, interesses e necessidades de todos aqueles que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão.

De igual modo, para se constituir uma nova cultura da alteridade e da pluralidade, através de certas categorias críticas emergentes na perspectiva latino-americana, seja como forma de destruição da dominação, seja como instrumento pedagógico da libertação, envolve duas condições essenciais:

1. Inspira-se na “práxis concreta” e na situação histórica das estruturas socioeconômicas da América Latina, até secularmente espoliadas, dependentes, marginalizadas e colonizadas;

2. As categorias teóricas e os processos de conhecimento são encontrados nas próprias culturas teológica, filosófica e socio-política latino-americana.⁸ Nesse aspecto, cabe apreender os substratos fomentadores de um pensamento com identidade própria e de vanguarda, advindos tanto da Teologia (Gustavo Gutiérrez, Hugo Assmann, Clodovis e Leonardo Boff) e da Filosofia (Enrique D. Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea, Alejandro Serrano Cadeira, Raul Fornet-Betancourt) quanto da Economia (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz J. Hinkelammert), da Geografia (Milton Santos), da Pedagogia (Paulo Freire), da Sociologia (Fals Borda), da Antropologia (Darcy Ribeiro), da Política (Jose Martí, José Carlos Mariátegui) e do Direito (Jesus A. de la Torre Rangel, David Sanchez Rubio).

⁷ Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, *Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito*, pp. 102-103. Igualmente constatar *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, pp. 9-11.

⁸ Extratos de idéias escolhidos de *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no direito*, pp. 268-269.

2A Crítica na Produção da Filosofia do Direito e da Política

Tendo-se em conta os conceitos de “crítica”, como expressão do conhecimento radical desmitificador e como transposição do instituído opressor, passa-se, agora, à clara conexão com o que seja política e direito como instrumentais da prática alternativa emancipadora. De concreto, o “critério” fundante de toda e qualquer filosofia crítica da política e do direito será expressar a defesa dos princípios básicos da vida humana digna, e da liberdade e da justiça.⁹

É nessa perspectiva que uma filosofia política crítica assume a responsabilidade por instrumentalizar a razão de ser e a justificativa de se lutar contra o que Enrique Dussel designa de “a não-verdade, a não-validez (deslegitimação), a não-eficácia da decisão, da norma, da lei, da ação, da instituição ou da ordem política vigente e injusta desde a perspectiva específica da vítima, do excluído”.¹⁰ Assim, a filosofia política crítica revela-se um diagnóstico correto e uma práxis transformadora das patologias do instituído e das diversas formas da “negatividade material” (miséria, marginalização, exclusão, negação da cidadania). O ponto de partida da filosofia política crítica é a “negatividade material”, fator determinante para que a ordem política vigente inviabilize a “reprodução da vida” e a “participação” legítima e democrática dos *“oprimidos do processo de globalização, das classes exploradas, das populações autóctones excluídas, dos marginalizados, dos imigrantes pobres e tantos outros grupos sociais vitimados (...)”*.¹¹ A política crítica deve, além de comprometer-se com os “atores sociais diferenciados e excluídos”, buscar “organizar os movimentos sociais necessários” e contribuir para edificar *“positivamente alternativas aos sistemas político, jurídico, econômico, ecológico e educativo vigentes (...)”*.¹² A verdadeira filosofia política crítica, que ultrapassa o niilismo e individualismo crítico pós-modernista, pauta no dizer de Dussel, por estratégias crítico-emancipadoras, desencadeando lutas em diferentes

*“frentes de libertação” (dos excluídos, pobres, raças discriminadas, sexos oprimidos, velhos descartados, crianças exploradas, povos ignorados, culturas aniquiladas, etnias depreciadas)” e afirmando o desenvolvimento da vida e da liberdade humanas em sua dimensão universal. Em suma, filosofia crítica da política deve atuar assumindo a responsabilidade pela dignidade do outro e contribuindo para implementar estruturas políticas justas e legítimas, mediante “novas normas, leis, ações e instituições políticas”.*¹³

⁹ Cf. Sanchez Rubio, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000, pp. 180-183.

¹⁰ Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2001, p. 54.

¹¹ Dussel, Enrique, *op.cit.*, pp. 58-59.

¹² Dussel, Enrique, *op.cit.*, p. 60.

¹³ Dussel, Enrique, *op.cit.*, p. 64.

De igual modo, como se pode projetar uma nova filosofia política, não menos relevante é estender a problematização a uma juridicidade crítica de perspectiva pluralista.

É, também, imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da “vida humana” com dignidade. Na óptica das premissas norteadoras da ética da alteridade, Enrique Dussel adverte a imperatividade da vida humana para a construção de uma realidade social justa, que venha a restaurar “(...) a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído”.¹⁴ Esta perspectiva da alteridade que prioriza o ser humano concreto manifesta-se na fundamentação crítica de uma outra juridicidade e na condição real de emergência de novos direitos essenciais. Desse modo, diante dos grandes paradigmas da tradição ocidental (ser, conhecer e comunicação)¹⁵ Dussel apresenta, na transposição da totalidade excludente e na dimensão, agora, da exterioridade libertadora, elementos críticos de uma ética centrada no “Outro”, base para repensar a questão da justiça e dos direitos humanos.

Assim, o conceito de libertação, extraído da ética da alteridade de Dussel, tem favorecido o surgimento de uma análise crítica da juridicidade formalista e opressora por parte de jusfilósofos como Jesus Antonio de la Torre Rangel (México) e David Sanchez Rubio (Espanha).

Há que se considerar, como assevera Jesus A. de la Torre Rangel que o direito tem sua raiz no ser humano. Sem dúvida, “é o Outro, desde a exterioridade, o que dará sempre a pauta de uma busca histórica da vigência real dos direitos humanos, da Justiça e do bem-comum”.¹⁶ Mais particularmente, no dizer de la Torre Rangel, a juridicidade moderna, por ser alienante, será transposta por um pensamento crítico-filosófico que leve em conta a (...) *luta do povo por justiça, quando o outro seja reconhecido como outro. O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir daí virá o reconhecimento pleno não já do desigual, mas do distinto portador da justiça enquanto outro. O Direito perderá sua generalidade, sua abstração e sua impersonalidade. É o rastro do outro como classe alienada que provoca a Justiça (...).*

Por essa razão, “(...) a busca da Justiça concreta rompe com todo um aparato jurídico que só existe para manter o lucro e o poder.”¹⁷

¹⁴ Dussel, Enrique, *Ética da libertação. Na idade da globalização e da exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000, p. 93.

¹⁵ Azevedo, Mônica Louise de, *Revista Argumenta*, “Direito humanos e filosofia da libertação”, 2001, Fundinopi, Jacarezinho, pp. 184-185.

¹⁶ Rangel, Jesus Antonio de la Torre, *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa/UAA, 2001, p. 100.

¹⁷ Rangel, Jesus Antonio de la Torre, *El derecho que nace del pueblo*, Aguascalientes, CIRA, 1986, p. 56.

Em outra juridicidade crítica que parte dos aportes de Dussel e Hinkelâmert, David Sanchez Rubio mostra, igualmente, que a libertação legitima-se como expressão da luta dos excluídos por seus direitos. Ao relacionar libertação com justiça e direitos humanos, o professor da Universidade de Sevilha, deixa claro que, “(...) *falar de libertação é apostar por uma determinada concepção de Justiça cuja opção são os pobres e que, no contexto atual, se manifesta (...) com as vítimas do sistema social capitalista*”.¹⁸ Isso explica a razão de o conceito de Justiça tornar-se tão importante na América Latina. Precisando ainda mais, pontualiza Sanchez Rubio que a Justiça reclamada pelos coletivos marginalizados e pelos pobres excluídos de seus direitos revela-se a fonte mais autêntica “(...) *de toda luta contra situações de exploração. O Direito à vida e o Direito à liberdade, entendidos em um sentido tanto individual como coletivo, moldam o espaço mínimo a partir do qual a dignidade humana é desenvolvida nos contextos de adversidade, miséria e dominação*”.¹⁹

Portanto, o pensamento crítico, forjado na denúncia e na luta dos próprios oprimidos contra as falsas legitimidades e as falácias opressoras do formalismo legalista da modernidade, serve de substrato para uma autêntica e genuína filosofia jurídica da alteridade. Reconhece Dean F. B. de Almeida que, ao contribuir para superar o formalismo juspositivista, a proposta da alteridade jurídica latino-americana “(...) representa uma nova postura prático-reflexiva (...) *rompendo com a hegemonia do pilar regulação e com o mito da modernidade norte-americana*”.²⁰

Nessas condições norteadas por uma filosofia jurídica crítico-emancipadora, as práticas plurais de juridicidade evadem-se do individualismo sistêmico de dominação para transformarem-se em instrumento responsável pela mudança social. Essa filosofia jurídica da alteridade, incorporando as necessidades fundamentais (liberdade, justiça, vida digna e direitos humanos) de novos atores históricos, possibilita a verdadeira descoberta de um sujeito social emergente, um direito que revela e legitima acima de tudo a dignidade do Outro, que o respeita e o protege. O direito voltado para a libertação deixa de legitimar e assegurar o interesse dos setores sociais dominantes “(...) *para transformar-se no instrumento vivo de humanização da sociedade latino-americana (...)*”.²¹

Em suma, a crítica permite uma tomada histórica para reconhecer uma nova cultura jurídica marcada pelo pluralismo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas por novos sujeitos sociais.

¹⁸ Sanchez Rubio, David. *Filosofía, derecho y liberación em América Latina*, p. 178.

¹⁹ *Idem*, pp. 157, 180.

²⁰ Almeida, Dean Fabio Bueno de, *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*, Curitiba, Mimeo, 2002, p. 24.

²¹ Almeida, Dean Fabio B. de, *op.cit.*, p. 25.

3 Formas Plurais e Emergentes de Legitimação do Direito

Na crise do projeto cultural da modernidade ocidental, constata-se a transposição de modelos de fundamentação e o desenvolvimento para novos parâmetros científicos de conhecimento. Os modelos de referência político e jurídico de corte racionalista, individualista e universal vêm sendo radicalmente debatidos no que tange aos seus conceitos, suas fontes e seus institutos frente à pluralidade de transformações técnico-científicas, das experiências de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Ora, as necessidades, os conflitos e os novos problemas postos pela sociedade no início do milênio geram também formas alternativas de legitimação de direitos que desafiam e põem em dificuldade a teoria clássica do Direito.²²

Assim, os pressupostos substantivos que constituem e sustentam novas formas de legitimação, quer da Justiça, quer do Direito, devem ser buscados na ação participativa de sujeitos sociais emergentes e na justa satisfação de suas necessidades fundamentais.

Primeiramente, importa considerar que no espaço da “pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação vinculadas a participação consciente e ativa de novos sujeitos sociais. É ver em cada essência humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária e emancipadora, abrindo mão do imobilismo passivo e do beneficiamento individualista comprometido”.²³

É desse modo que a retomada e a redimensionalidade do conceito histórico de “sujeito” está mais uma vez associado a uma tradição de utopias revolucionárias de lutas e resistências. Na presente contemporaneidade, num cenário de exclusões, opressões e carências, as práticas emancipadoras e insurgentes das novas identidades sociais (múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) revelam-se portadoras potenciais de novas e legítimas formas de fazer política, bem como fonte alternativa e plural de produção jurídica.²⁴

A ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais do clássico Direito Moderno favorecem “a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais”, exercidas dialogicamente e consensualizadas por sujeitos sociais que, apesar de, por vezes, oprimidos e “inseridos na condição de ‘ilegalidade’ para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação (...). Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão-somente às

²² Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos*, Mimeo, 2001, pp. 2-3.

²³ Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, “Direitos, poder local e novos sujeitos sociais”, in Rodrigues, H. W. (Org.), *O direito no terceiro milênio*, Canoas, Ulbra, 2000, p. 97.

²⁴ Wolkmer, “Direitos, poder...”, *op.cit.*, p. 104.

instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa.

As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida.²⁵

Posta a tematização dos sujeitos sociais, cabe considerar ainda a constituição das necessidades humanas e sua justa satisfação como critério para serem pensadas novas formas de legitimação no âmbito da juridicidade. A estrutura das necessidades humanas (existenciais, materiais e culturais) que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação.²⁶ O conjunto das necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização. Há que distinguir, portanto, na problematização das necessidades, suas implicações contingentes com exigências de legitimação.

Dessa forma, uma necessidade “*pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio*”.²⁷ Torna-se, deveras, condenável qualquer determinação arbitrária sobre a qualidade e a quantidade das necessidades, cabendo ao cidadão – comprometido com o procedimento justo – não só rechaçar a idéia de objetivações cotidianas interiorizadas por dominação, como, sobretudo, “praticar o reconhecimento de todas as necessidades, cuja satisfação não supõe o uso” e a exploração dos demais membros da comunidade.²⁸ É nessa perspectiva compartilhada que importa resgatar a presença plural dos novos sujeitos sociais que tornam-se fontes de legitimação de uma nova forma de efetivar a justiça e uma nova maneira de constituir direitos.²⁹

Assim, a razão de ser de uma juridicidade alternativa está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de se revelar como instrumental de construção de uma sociedade mais justa, edificada em valores nascidos de práticas sociais emancipadoras.

²⁵ Cf. Wolkmer, “Direitos, poder...”, *Idem*, pp. 104,105.

²⁶ Cf. Wolkmer, Antonio Carlos, “Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos”, in *Alter Ágora*, Florianópolis, CCJ/UFSC, n. 01, maio/1994, p. 43.

²⁷ Heller, Agnes, Feher, Ferenc, *Políticas de la postmodernidad*, Barcelona, Península, 1989, pp. 171, 172, Ver também Heller, Agnes, *Teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1978.

²⁸ Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Crítica, 1990, pp. 238, 239.

²⁹ Cf. Wolkmer, *Pluralismo jurídico – Fundamentos...*, *Idem*, pp. 245, 247.

Em síntese, os pressupostos de fundamentação da produção de novos direitos e de múltiplas experiências de jurisdição comunitária estão diretamente associados a força de legitimidade das subjetividades plurais recentes e ao nível da justa satisfação das necessidades da vida humana com dignidade.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de, *América Latina: filosofia jurídica da alteridade*, Curitiba, Mimeo, 2002.
- AZEVEDO, Mônica Louise de, "Direito humanos e filosofia da libertação", in *Revista Argumenta*, Jacarezinho, Fundinopi, 2001.
- DUSSEL, Enrique, *Ética da libertação. Na idade da globalização e da exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000.
- _____, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.
- FREIRE, Paulo, in WOLKMER, Antonio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- HABERMAS, Jürgen in SANTIAGO, Gabriel L., *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*, Campinas, Alínea, 1988.
- HELLER, Agnes, *Teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1978.
- _____, FEHÉR, Ferenc, *Políticas de la postmodernidad*, Barcelona, Península, 1989.
- _____, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Crítica, 1990.
- QUINNEY, Richard, in WOLKMER, Antonio Carlos, "Ideologia, estado e direito", 3 ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2000.
- RANGEL, Jesus Antonio de la Torre, *El derecho que nace del pueblo*, Aguascalientes, CIRA, 1986.
- _____, *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*, Mexico, Porrúa/UAA, 2001.
- SALAZAR BONDY, Augusto, *Existe una filosofía de nuestra América?*, 8 ed., México, Siglo Veintiuno, 1982.
- SANCHEZ RUBIO, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- WOLKMER, Antonio Carlos, "Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos", in *Alter Ágora*, Florianópolis, CCJ/UFSC, n. 01, maio/ 1994.
- _____, "Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito", in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, ITE, n. 25, abr/jul, 1999.
- _____, "Ideologia, estado e direito", 3 ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2000.
- _____, "Direitos, poder local e novos sujeitos sociais", in RODRIGUES, H. W. (Org.), *O direito no terceiro milênio*, Canoas, Ulbra, 2000.
- _____, *Pluralismo jurídico - Fundamentos de uma nova cultura no direito*, 3 ed., São Paulo, Alfa-Omega, 2001.

_____. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos*, mimeo, 2001.

ZEA, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, 3 ed., México, Siglo Veintiuno, 1975.

_____. *El pensamiento latinoamericano*, 3 ed., Barcelona, Ariel, 1976.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia, 2000.

Kant, Hegel y el Principio del Fin del Derecho Natural

Axel Eljatib*

Resumen: El presente ensayo se refiere al rol que Kant y Hegel han jugado en la historia del pensamiento iusfilosófico como verdadero puente de tránsito del paradigma iusnaturalista al iuspositivista, toda vez que pueden hallarse en sus sistemas filosóficos ideas nítidamente emparentadas con ambas posturas, sin perjuicio de la enorme coherencia interna de sus propios modelos. En este sentido, nos separamos de las interpretaciones dominantes que consideran a Kant un filósofo iusnaturalista, y a Hegel como un idealista, sin las importantes salvedades que corresponden. Observamos, en el caso de Kant, con su afán formalizante racionalista, que recorre desde la metafísica a la ética, la política y el derecho, una operación de vaciamiento de los contenidos sustanciales que deviene finalmente en la glorificación del Estado y, la exhortación a obedecer a la autoridad política. Pocos años más tarde, con Hegel, su compleja explicación lógico-ontológica del devenir de la historia universal, fundamenta un idealismo que obstaculiza toda crítica posible al estado de cosas existente, legitimando, entonces, la constitución político-jurídica en su realidad efectiva, positiva.

Resumo: O presente ensaio refere-se ao papel que estes filósofos tiveram na história do pensamento jusfilosófico atuando como verdadeira ponte de transito do paradigma jusnaturalista ao paradigma juspositivista. Kant e Hegel, torna-se possível encontrar em seus sistemas filosóficos idéias nitidamente próximas, sem prejuízo da enorme coerência interna de seus próprios modelos. Neste sentido, nos apartamos das interpretações dominantes. Kant, com seu afã formal racionalista que se afirma desde a metafísica até a ética, a política e o direito, realiza uma operação de esvaziamento dos conceitos substanciais que resulta finalmente na glorificação do Estado e na obediência à autoridade política. Poucos anos mais tarde, com Hegel e sua complexa explicação lógico-ontológica do devenir da história universal, fundamenta-se um idealismo que obstaculiza toda crítica possível ao estado de coisas existentes, legitimando, então, a constituição político-jurídica em sua realidade efetiva, positiva.

Abstract: This work deals with the role of philosophy in the history of legal and political thought, acting as a bridge between iuspositivism and iusnaturalism, because we consider these philosophers to be linked to both of these paradigms, notwithstanding the acknowledgement of the coherency of their systems. Consequently, we differ from the standard view which considers Kant simply as a iusnaturalist philosopher and Hegel as an idealist, a view which disregards the complexity of the subject at hand. We believe Kant and his formalizing rationalism - which spans everything from metaphysics and ethics to politics and law - deliberately removes all their substantial contents, concluding with a call to obey the Law and Authority. A few years later, Hegel provides us with a complex logical and ontological elucidation of world history, which legitimizes the status-quo of his present time, in order to eliminate any possibility of criticism of State and Law.

* Universidad de Buenos Aires. e-mail. aeljatib@mail.fsoc.uba.ar

Introducción

El presente ensayo, busca señalar el rol que Kant y Hegel han jugado en la historia del pensamiento iusfilosófico, en la etapa del tránsito del paradigma iusnaturalista al iuspositivista. Si entendemos que “iusnaturalismo” significa, en pocas palabras, la identificación entre derecho y justicia (*lex iniusta non est lex*), y por “iuspositivismo” la reducción del derecho a la ley positiva (*dura lex sed lex*), emanada del órgano político que monopoliza el uso de la fuerza y la producción normativa, con el fin de regular aquel uso de manera racional, podemos, entonces, hallar en estos autores ideas emparentadas con ambas posturas. La importancia histórica y filosófica del pensamiento de estos filósofos alemanes, justifica esta tarea.

Podemos decir que con Kant, la ética y el derecho se vacían de contenido, deviniendo a su propuesta ética, un formalismo que concluye, finalmente, en la glorificación del Estado y la exhortación a obedecer a la autoridad política y el derecho positivo: “Razonad todo lo que queráis y sobre lo queráis, pero ¡obedeced!”. En época de decadencia de la vieja concepción teológico-esencialista del Derecho y la Justicia, asistimos al ingreso del moderno Derecho Natural Racional, que asume la problemática de la fundamentación de otra manera, según una racionalidad de tipo “procedimental”, diría Habermas.¹

Pocos años más tarde, con Hegel, una compleja explicación lógico-ontológica del devenir de la historia universal culmina con la “inversión” idealista que neutraliza toda crítica posible al estado de cosas existente. Que legitima, por ende, la constitución político-jurídica en su realidad efectiva, *empírica*, gracias a la supuesta comprensión filosófica del universal (la idea) subyacente.

1 La Escuela del Derecho Natural

La “escuela del derecho natural” – en el sentido de Bobbio,² – jugó un rol muy importante en la historia de las ideas políticas y jurídicas,³ en la etapa de transición en que la burguesía ya se sentía suficientemente fuerte como para ocupar el lugar de la

¹ Cf. Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?”, en *Revista Doxa* n. 5, 1988.

² Ver de Bobbio, Norberto, “El Modelo Iusnaturalista”, en *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 73, ss.

³ Coincidimos con el autor citado, en que la historia de filosofía política de los siglos XVII y XVIII es en gran medida la historia del iusnaturalismo: “nadie puede hacer la historia de las ideas políticas de la época que media entre el Renacimiento y el Romanticismo sin tener en cuenta (...) los grandes tratados de derecho natural”. BOBBIO, Norberto, *op.cit.*, p. 92. Podemos agregar que en la historia de las ideas políticas y jurídicas de los siglos XIX y XX, no puede soslayarse al positivismo, en sus diversas manifestaciones – en la política, la epistemología, el derecho, la economía, la sociología, la filosofía, etc.

clase hegemónica de la nueva estructura de dominación que se estaba formando. Como ha dicho Eric Hobsbawm, quizás a la Revolución no la haya conducido un partido o movimiento en el sentido moderno, ni unos hombres que trataran de llevar a la práctica un programa sistemático, ni tampoco ha contado con líderes de la clase a los que nos han acostumbrado las revoluciones del siglo XX, pero, no obstante, “un sorprendente consenso de ideas entre un grupo social coherente, dio unidad efectiva al movimiento revolucionario. Este grupo era la *burguesía*; sus ideas eran las del liberalismo clásico, formulado por los *filósofos* y *economistas*, y propagado por la francmasonería y otras asociaciones. En este sentido, los filósofos pueden ser considerados en justicia los responsables de la revolución. Esta también hubiera estallado sin ellos, pero probablemente fueron ellos los que establecieron la diferencia entre una simple quiebra de un viejo régimen, y la efectiva y rápida sustitución por otro nuevo”.⁴

La metafísica y el pensamiento político modernos, proponen otra forma de pensar la convivencia social y el orden político, muy diferente de la manera antigua clásica y medieval. Someten al terrible tamiz de la crítica a la sociedad tradicional y su concepción del mundo, de la política, de la divinidad y del hombre. Primero con cierta cautela en el siglo XVII, luego con total descaro en el siglo XVIII, la burguesía en ascenso cumplió prolijamente con el programa que señalaron Marx y Engels. “Cada nueva clase que pasa a ocupar el puesto de la que dominó antes que ella, se ve obligada a sacar adelante los fines que persigue, a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad, es decir, expresando esto mismo en términos ideales, a imprimir a sus ideas la forma de lo general, a presentar estas ideas, como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta”.⁵

Obsesionados, por lograr el nivel de certeza y objetividad de las matemáticas, en particular la geometría, y pretendiendo explicar toda la realidad según su método, el racionalismo moderno fue avanzando y creciendo como una bola de nieve, hasta alcanzar niveles de abstracción impresionantes, – vgr. Leibniz o Spinoza. Como dijera Kant, el dominio de la metafísica fue en un comienzo *despótico*, “bajo la administración de los *dogmáticos*”.⁶ Él mismo fue un “dogmático” en su juventud, formado en la escuela de Leibniz y Wolff, hasta que leyó a Hume, y tomó contacto de esa manera con los *escépticos*. “especie de nómadas que repugnan a toda construcción duradera”.⁷ Sabemos que de ambas fuentes nació el criticismo Kantiano, allá por la década del 70.

⁴ Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución*, Buenos Aires, Crítica, 1997, pp. 66-67.

⁵ Marx, Carlos y ENGELS, Federico, *La ideología Alemana*, Buenos Aires, Editores Pueblos Unidos, 1985, p. 52.

⁶ Kant, Immanuel, “Prólogo” a *la crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1991, p. 5.

⁷ Kant, Immanuel, *op.cit.*, p. 5. A esta afirmación Kantiana no puede dejar de reconocerse cierta razón: recordemos la sentencia final de la *Investigación sobre el entendimiento humano*, 1748, lapidaria e inapelable: “Si procediéramos a revisar las bibliotecas convencidos de estos principios, ¡qué estragos no haríamos! Si cogemos cualquier volumen de teología o metafísica escolástica, por

Fue en este contexto donde surgió el iusnaturalismo. Bobbio, ha señalado que el principio de unificación de lo que puede denominarse la “escuela iusnaturalista”, que reúne autores de ideas sumamente dispares en cuestiones metafísicas e ideológicas, está ciertamente en “el modo de abordar el estudio del derecho y, en general de la ética o de la filosofía práctica”,⁸ en el método racional, que procura reducir al derecho y la moral a ciencia demostrativa.⁹ El famoso programa de una ética o política *more geométrico demonstrata*. Hobbes, por ejemplo, afirmó que “las peores calamidades que sufre la humanidad se eliminarían, si se conocieran las reglas de las acciones humanas con la misma certeza con que se conocen las de las dimensiones de las figuras geométricas”.

Las evidentes divergencias entre autores no eliminan, empero, el empeño común en “la construcción de una ética racional, definitivamente desprendida de la teología y capaz, por sí sola, de garantizar la universalidad de los principios de la conducta humana; y capaz de hacerlo, precisamente porque el fin se basaba en un análisis y una crítica racional de los fundamentos, mucho mejor que la teología”.¹⁰ Resulta manifiesto el intento común de todos ellos, por construir una “teoría racional del estado” y, asimismo, “una teoría del estado racional”.

Carlos Nino, por su parte, caracteriza la concepción iusnaturalista desde un punto de vista un poco más amplio que el de Bobbio, haciendo énfasis en su contenido. Afirma que, todo iusnaturalista sostendría las siguientes dos tesis: 1) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; y 2) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma, no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.¹¹

Evidentemente, la polémica entre iusnaturalismo e iuspositivismo gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Los distintos autores iusnaturalistas discrepan, sin embargo, acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el derecho natural, y acerca de cuáles son tales principios.

ejemplo, preguntemos: ¿Contiene algún razonamiento abstracto sobre la cantidad y el número? No. ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de cuestiones de hecho o existencia? No. Tírese entonces a las llamas, pues no puede contener más que sofistería e ilusión” (en HUME, David, Madrid: Alianza, 1999, p. 209). La actualidad de la frase es notable, pensemos en que podría haber sido escrita, casi sin modificaciones, por Rudolf Carnap.

⁸ Bobbio, Norberto, *op.cit.*, p. 75.

⁹ Por ende, se trataría de una ciencia puramente *a priori*, a diferencia del modelo aristotélico según el cual las “leyes naturales” son las comunes a todos los pueblos civilizados: “Justo natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o de otro” (*Ética Nicomaquea*, V, 7). Más claro lo habría expuesto Cicerón: “En cualquier materia el consenso de todos los pueblos ha de considerarse ley de la naturaleza. El consenso de todos los pueblos es la voz de la naturaleza” (citado por Bobbio, *op.cit.*, p. 87).

¹⁰ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹¹ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 27-28.

Nino, distingue tres clases de iusnaturalismo. El primero, de tipo *teológico*, cuyo mejor exponente es Santo Tomás de Aquino, para quien el derecho natural, es aquella parte de la ley eterna u orden ideal del universo que es cognoscible por el hombre, criatura racional dotada de una capacidad innata e intuitiva para acceder – parcialmente – al plan divino. En segundo lugar, iusnaturalismo *racionalista*, que no es otro que el que analiza Bobbio en su clásico ensayo. Aquí Nino, señala que, según esta concepción “el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios, sino de la naturaleza o estructura de la razón humana. Los juristas racionalistas, intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos”.¹² Finalmente, se refiere al iusnaturalismo *historicista*, de autores como Savigny o Puchta, que pretenden inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la Historia humana. Este historicismo cree, que el criterio para determinar lo bueno y lo malo lo constituye la dirección de la Historia. Pretende mostrar, que ciertas normas o valoraciones derivan de determinadas descripciones o predicciones acerca de la realidad, que lo que es debido se infiere de lo que es o será;¹³ – falacia enfáticamente denunciada por Kelsen.¹⁴

El historiador del derecho Bruno Aguilera Barchet, señala importantes analogías entre Savigny, sus discípulos y los racionalistas de los dos siglos anteriores, pues el estudio clasificatorio del derecho alemán histórico, – ubicado en la tradición romanística¹⁵ – del primero, devino finalmente un esfuerzo por construir un “sistema de la ciencia del derecho” (*System der Rechtswissenschaft*), asentando las bases de la dogmática jurídica que la Alemania moderna, luego del paso de Napoleón, requería. Su sucesor en la cátedra de Berlín, Georg Friedrich Puchta, (1798-1846), prosiguió la tarea racionalizadora del complejo derecho histórico alemán, al punto de culminar en una *Begriffsjurisprudenz*, antecedente principal del B.G.B. Como dijo el profesor Alfredo Di Pietro, debiendo los juristas alemanes estudiar el derecho romano, – que era su derecho positivo –, la *Pandectística*,¹⁶ se basó en los textos justinianeos, pero en su interpretación fue tributaria de todas las ideas de la *Aufklärung*. Evidentemente, la lectura y aplicación de las obras romanas, no se realizó desde ideas propiamente romanas.¹⁷

¹² Nino, Carlos S., *op.cit.*, p. 29

¹³ Cf. Nino, Carlos S., *op. cit.*, p. 29.

¹⁴ Véase “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, en *Qué es Justicia*, México, Planeta, 1993, pp. 64, ss.

¹⁵ Alemania, desde 1495 tomó al *Corpus Iuris* como su derecho positivo, situación que continuó hasta el año 1900 en que se sancionó el *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B), último de los grandes códigos europeos en entrar en vigor, casi un siglo después del Código Napoleón.

¹⁶ Denominación que surge de la sistemática seguida por Puchta y sus partidarios, similar a la del Digesto o Pandectas de la época justinianeas.

¹⁷ Cf. Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 34.

2 Kant: El Sistema Kantiano. La Filosofía Teorética

Aquí nos dedicaremos al análisis de la filosofía práctica Kantiana, la que será menester ubicar, en orden a su correcta comprensión, dentro del conjunto de su obra, pues es, sólo allí, donde alcanza pleno sentido.¹⁸

Según Kant, nuestra facultad de conocer se extiende a dos esferas, la de los conceptos de la naturaleza y la del concepto de libertad, y en ambas es legisladora *a priori*. De ahí, resulta la división de la filosofía en teórica y en práctica.¹⁹ Es necesario emprender la tarea del pensar filosófico en orden: primero se realiza la crítica, esto es, la indagación sobre la extensión y límites del conocimiento racional legítimo; luego, sobre esta base firme, se emprenderá la marcha hasta la construcción del sistema o metafísica. La primera crítica indica el único territorio posible del conocimiento teórico, estrictamente limitado a lo fenoménico, lo ubicable en coordenadas espacio-temporales.

De esta manera resuelve Kant, el intenso conflicto de la época entre empirismo (“escépticos”) y, racionalismo estricto (“dogmáticos”), digamos, entre un Locke o un Hume, por un lado, y un Spinoza o un Leibniz por el otro. “Todo nuestro conocimiento empieza por los sentidos, de aquí pasa al entendimiento y termina en la razón”,²⁰ dice, con resonancias lockeanas. La razón, en su pureza no conoce, pues, sus conceptos puros, son pura forma, son vacíos sin las intuiciones, las que asimismo, son “ciegas” sin la ayuda de aquellos.²¹ Lo no-fenoménico no es cognoscible, pero ello no implica que aquí se detenga el curso del pensamiento; sobre lo no-fenoménico, sin embargo, tiene pleno sentido hablar, pero de otra manera. De ello se harán cargo su FMC y la KpV, principalmente.

En el ámbito del conocimiento empírico, el mundo del Ser, el hombre no crea el contenido de sus propias representaciones, sino tan sólo recibe representaciones, — que sólo pueden ubicarse en el espacio y en el tiempo, cual “anteojos azules”. Desempeña un rol activo (“espontáneo”), sólo en la medida en que da forma al material sensible, por medio del entendimiento (*Verstand*), que realiza la tarea, el trabajo de sintetizar, la función de “ordenar diversas representaciones bajo una común”,²² de construir propiamente el objeto de conocimiento. Es importante destacar el uso de la palabra “función”, pues connota con precisión, lo que son propiamente los conceptos

¹⁸ Los textos a que haremos referencia son — en orden cronológico de aparición —: *La crítica de la razón pura* (1ª ed. 1781, en adelante KrV), *Ideas sobre una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (1784), *Qué es la ilustración* (1784), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*

(1785, en adelante FMC), *Crítica de la razón práctica* (1788, en adelante KpV), *Crítica del Juicio* (1790, en adelante KU), *Por la paz perpetua* (1795) y la *Metafísica de las costumbres* (1797, en adelante MC).

¹⁹ Kant, Immanuel, KU., Buenos Aires, Losada, 1993, p. 17.

²⁰ Kant, Immanuel, KrV., México, Porrúa, 1991, p. 168.

²¹ Kant, Immanuel, KrV., *op.cit.*, p. 58.

²² Kant, Immanuel, KrV., *op.cit.*, p. 65.

puros del entendimiento o categorías en Kant: no se trata de meros receptáculos o moldes, donde ingresarían las intuiciones, sino más bien, son diversas maneras de operar sobre las mismas; que se deduce a su vez de una clasificación de los juicios. “La relación entre los diversos tipos de juicios y las categorías, es la relación entre el juicio como algo ya hecho, ya construido o dado, y el juicio en su proceso (trascendental, no psicológico) de formación, mejor aun, la ley o función que fundamentalmente cada tipo de juicio (...) Las categorías hay que entenderlas como operaciones o (...), actos de nuestro entendimiento; funciones u operaciones del pensar puro”.²³

Ahora bien, reconoce sin embargo Kant, que hay algo en el ser humano que aspira al infinito, a “lo absolutamente incondicionado, es decir, lo incondicionado en todo sentido”.²⁴ El hombre encuentra “perenne insatisfacción en lo finito, aspira a lo absoluto, nos hace sentir la experiencia como algo relativo. Y, este es el tercer grado de ese proceso de la síntesis *a priori*, en que consiste la vida del pensamiento. A esto Kant, lo llama razón en sentido estricto, por encima del intelecto”²⁵ (*Verstand*). La tarea de la KrV, eran precisamente la de señalar los límites del conocimiento racional legítimo, por ende no niega las pretensiones de la razón, sino que sólo califica el status gnoseológico que corresponde a sus producciones. Entramos, ahora, en la evaluación de las llamadas ideas de la razón pura o, ideas trascendentales. En principio Kant, reafirma, que “todos los razonamientos que quieren conducirnos más allá del campo de la experiencia posible, son equivocados y carece de fundamento”, pero sin embargo, “la razón humana tiene una natural inclinación a salir de estos límites de la experiencia (...), las ideas trascendentales le son tan necesarias como las categorías al entendimiento”.²⁶

De esta manera, ingresamos en un aspecto de la filosofía Kantiana muy interesante, que quizás no haya recibido el debido reconocimiento. Se trata del tema del “uso regulativo” de la razón, al contrario de su “uso constitutivo”, sobre el cual Kant adelanta algo ya en su primera crítica, para luego volver al tema y desarrollarlo en la tercera y última, la KU de 1790. Tal uso tendrá implicaciones tanto para la filosofía teórica, como para las ciencias naturales, la estética, la filosofía política, jurídica y de la historia. En base a tal concepto, el neoKantiano Hans Vaihinger, ha ideado su *Philosophie des Als Ob* (Filosofía del Como Si), o teoría de las ficciones,²⁷ cuyos

²³ CARPIO, Adolfo P., *Principios de filosofía*, Buenos Aires, Glauco, 1 ed. 1974, p. 244.

²⁴ Kant, Immanuel, KrV, *op.cit.*, p. 178.

²⁵ Lamanna, Paolo, *Historia de la filosofía III. De Descartes a Kant*, Buenos Aires, Hachette, 1964, p. 404.

²⁶ Kant, Immanuel, KrV, *op.cit.*, p. 288.

²⁷ Se trata de Hans Vaihinger (1852-1933), quien fundara en 1897 los *Kant-studien*, y en 1905 la *Kant-Gesellschaft*. Publicó en 1911 su *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* (La filosofía del como si. Sistema de las ficciones teóricas, prácticas y religiosas de la humanidad, a base de un positivismo idealista). Junto a otros filósofos, fundó en 1919 la revista *Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als Ob Betrachtung* (Anales de filosofía. Con especial consideración del examen del problema del como si).

valiosos aportes han sido retomados por otros neoKantianos, como el caso del eminente jurista Hans Kelsen,²⁸ y en nuestro país, por Enrique Marí.²⁹

Kant, llama "constitutivos" a los conceptos puros del entendimiento, por cuanto constituyen (fundan, establecen) el objeto del conocimiento; la función de las categorías es, por ende, la de hacer de lo dado algo constituido (dispuesto, ordenado) en objeto de conocimiento en virtud de lo que en él es puesto.³⁰ En cambio, las ideas son "regulativas", pues, no constituyen el objeto por funcionar en el vacío, pero son directrices gracias a las cuales podrá proseguirse hasta lo infinito la investigación. Como dice Ferrater Mora, las categorías se hallan situadas entre las intuiciones y las ideas; las primeras le son necesarias al conocimiento, pues son su condición; las segundas no facilitan el conocimiento, debido a que no son leyes de la realidad, pero permiten que el conocimiento pueda plantearse sus problemas, y solucionarlos dentro del marco trazado por el uso regulativo.

Sostiene Kant:

*"Las ideas trascendentales no tienen nunca uso constitutivo que suministre conceptos de ciertos objetos, y (...), en el caso de que así se entienda, son simplemente conceptos sofisticos (dialécticos). Pero en desquite, tienen un uso regulador excelente e indispensable y necesario: el de dirigir el entendimiento hacia un cierto fin, que hace converger las líneas directivas que siguen todas sus reglas a un punto que, por no ser más que una idea (focus imaginarius), es decir, un punto de donde los conceptos del entendimiento no parten realmente, puesto que se halla colocado fuera de los límites de experiencia posible, sin embargo, sirve para procurarles la más absoluta unidad con la más absoluta extensión".*³¹

La cita nos exime de ulterior explicación. La razón (*die Vernunft*), pretende lo sistemático del conocimiento, su encadenamiento en virtud de un principio, unidad racional que supone siempre una idea, que dé forma a un todo de conocimiento y que precede al conocimiento determinado de las partes. Contiene las condiciones para determinar *a priori* a cada parte su lugar, y su relación con las demás. Kant dice en la KrV, que si la razón es la "facultad de derivar lo particular de lo general", o bien lo general es "cierto y dado en sí mismo", lo cual se denomina uso apodíctico de la razón, o bien lo general no es admitido más que de una manera problemática, y entonces es simplemente una idea. Lo particular sabemos que es cierto, pero lo universal dentro del cual quedaría subsumido no está dado, pues su existencia es "problemática" (es decir,

²⁸ Ver Kelsen, Hans, 1919. "Sobre la Teoría de las ficciones jurídicas con especial referencia a la filosofía del 'como si' de Vaihinger", en la recientemente fundada revista *Annalen der Philosophie* (artículo reproducido en revista *Crítica Jurídica* n. 18, Junio de 2001); ver también, del mismo autor, "La función de la constitución", en MARÍ, Enrique (coord.), *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987.

²⁹ Véase Marí, Enrique, *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.

³⁰ Cf. Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1986, véase la voz "Constitución, constituido".

³¹ Kant, Immanuel, KrV, *op.cit.*, p. 288, 289.

al menos posible).³² Este uso hipotético de la razón no es constitutivo, sino regulativo,³³ nos sirve de “medida”, con el fin de otorgar “unidad sistemática” a los conocimientos del entendimiento. La unidad sistemática, como simple idea, “no es más que una unidad proyectada,³⁴ que se la mirará no como dada, sino como problemática (...)”.³⁵

3 La Facultad Intermedia: el Juicio

De esta manera, entramos directamente en la KU. Kant, llama Juicio a la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si el universal está dado, se tratará del Juicio “determinante”, que ya fue sujeto a análisis previamente en la KrV. Las leyes generales de la naturaleza las posee el entendimiento, y son constitutivas o determinantes de todo objeto natural en cuanto tal. Es inevitable la subsunción de todo fenómeno en alguna de las doce categorías con que el entendimiento cuenta. Sin ella, no hay nada, sino caos. Pero si lo dado es sólo lo particular y de lo que se trata es de “encontrar” lo universal, el juicio es reflexionante. Su función, en lugar de constitutiva, es heurística y regulativa. Aquí opera una suerte de vuelta del sujeto sobre sí mismo (re-flexión), con ocasión de la presencia del objeto. Las máximas de la *Urteilkraft* (facultad de juzgar), nos ofrecen una manera de “apreciar” (*beurteilen*), o considerar – no “conocer” – los fenómenos, en los casos en que la explicación mecanicista resulta insuficiente. En el Juicio en sentido estricto, hay autonomía, y espontaneidad en el libre juego (*Spiel*) de las facultades del conocimiento, – juego “idóneo para proporcionar el enlace de las jurisdicciones del concepto de naturaleza con el de libertad”.³⁶ En cambio, en el juicio determinante hay heteronomía, pues las leyes del entendimiento son insoslayables, en tanto condición de posibilidad de toda experiencia posible.

El tratamiento Kantiano del Juicio “reflexionante” o facultad de juicio en sentido estricto, servirá para la resolución de al menos tres problemas, a saber: – 1°) el de la heterogeneidad de las leyes empíricas de la naturaleza; 2°) el del abismo aparentemente

³² Recuérdese la tabla de los juicios, que los “problemáticos” – del tipo: “Quizás llueva” – dan la pauta de la categoría de “posibilidad/imposibilidad”, a diferencia de los apodícticos – que implican necesidad – y los asertóricos – que implican existencia.

³³ Kant, Immanuel, KrV, *op. cit.*, p. 290.

³⁴ Es manifiesta la similitud de este pasaje de la KrV con los comentarios del filósofo Hans Georg Gadamer, para quien es una constante en toda interpretación lo que él denomina “anticipo de completación”, por el cual es indispensable una previa anticipación del sentido del conjunto, para entender a las partes. Tal anticipación de sentido, que denominada “proyecto” o “prejuicio”, se hace comprensión explícita cuando las partes que se definen desde el todo definen a su vez ese todo. Ver “Sobre el círculo de la comprensión”, en *Verdad y Método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1998, pp. 63, ss.

³⁵ Kant, Immanuel, KrV, *op.cit.*, p. 290.

³⁶ Kant, Immanuel, KU, *op.cit.*, p. 41.

insalvable entre el mundo del ser y el del deber, toda vez que el hombre estaría justamente situado en ese espacio vacío; 3°) el problema del juicio estético.

Podemos agregar, que, de forma más o menos implícita, la facultad de juzgar sirve además, de sustento epistemológico de las lecturas filosóficas de la historia, que hacía ya unos años nuestro autor venía realizando, en las cuales apela a criterios o pautas interpretativas que evidentemente implican un universal “débil”. Con tal propuesta, el filósofo no renuncia, empero, a la pretensión de universalidad, pues se trata de interpretaciones que exigen “el asentimiento de todos”,³⁷ el “aplauso” generalizado. De la misma manera que los juicios estéticos, las mismas cuentan con una “necesidad ejemplar”;³⁸ la “necesidad de la aprobación de todos, es un juicio considerado como un ejemplo de una regla universal que no se puede dar. Como un juicio estético, no es un juicio objetivo ni de conocimiento, esta necesidad no puede deducirse de conceptos determinados, y por ende no es apodíctico”³⁹ (el destacado me pertenece). Esta forma de concebir el juicio reflexionante puede ser de suma utilidad para la ética, para la filosofía de la historia y para la política.⁴⁰

³⁷ Kant, Immanuel, KU, *op.cit.*, p. 80, apart. 19.

³⁸ El juicio estético contaría, según KANT, con un principio subjetivo con pretensión de universalidad, pues supone un “sentido común” estético - producto del libre juego de la imaginación y el entendimiento, del que resulta un determinado placer - pasible de ser sentido por todos; no es un sentimiento privado, si así lo fuese caeríamos en el escepticismo. “Se trata de un estado de espíritu necesario común a todos”. (Carpio, *op.cit.*, 2ª ed. 1995, p. 302).

³⁹ Kant, Immanuel, KU, *op.cit.*, p. 79.

⁴⁰ Es interesante destacar que lo que la razón en la KrV y la facultad de juzgar en la KU postulan, según el uso “regulativo” de las mismas, no es una conjetura en el sentido de Popper, sino simplemente una pauta de lectura. Observamos que Kant habla de “uso regulativo” de la razón con dos matices distintos: 1°) cuando en la KrV explica las ideas trascendentales, las califica, no sólo de “no falsables” – en el sentido del famoso epistemólogo –, sino de deliberadamente falsas, pues no tienen un objeto al que aplicarse. Se hallan orientadas hacia una totalidad que es humanamente imposible alcanzar; 2°) en la KU, el uso regulativo de la facultad de juzgar nos permite proponer respuestas a importantes interrogantes – sobre el enlace entre la dos primeras críticas, sobre la teleología en la naturaleza, sobre lecturas posibles de la historia de la humanidad, etc. –, que no pretenden ser ni demostraciones ni conocimiento en sentido estricto – por ende tampoco ellas serían “falsables” – pero de las cuales nunca afirmaría Kant, sin más, que son sencillamente “falsas”. Ni en 1) ni en 2) hay propiamente “hipótesis científicas”, en sentido de la epistemología moderna, pues éstas deben ser “falsables”, es decir, universales de los que puedan deducirse enunciados observacionales singulares empíricamente verificables en su verdad o falsedad; en caso de ser éstos falsos, la impugnación de falsedad volvería sobre la misma hipótesis, de acuerdo a principios elementales de la lógica clásica – regla del *modus tollens*. Si todo este procedimiento no fuese posible, no se estaría haciendo ciencia, sino pseudociencia o metafísica. Justamente, a esta clase de hipótesis “no falsables” se refería NEWTON en el famoso pasaje en que sentencia: “*hipotesis non fingo*”, pues el famoso físico llamaba de esa manera a las explicaciones que no fueron previamente deducidas de los fenómenos, siguiendo el método *inductivo*: “En esta filosofía [la *philosophia naturalis*] las proposiciones particulares son inferidas de los fenómenos y luego hechas generales por inducción” (Cf. Ferrater Mora, José, *op.cit.*, p. 1515).

Retomando la KU, observamos que Kant, considera que la heterogeneidad de las leyes “particulares” o “empíricas” de la naturaleza, en apariencia insalvable, puede resolverse apelando a la facultad de juzgar, la cual supondría, como principio *a priori* – “para su propio uso” – que lo que para la intelección humana es meramente contingente, sin embargo, obedece a una unidad legal. Se plantea la posibilidad de la subordinación de todas ellas a un sistema, tal “como si” un entendimiento (aunque no sea el nuestro) las hubiese establecido de esa manera, con el fin de que podamos reconocer tal unidad. “La ciencia busca para todo fenómeno la ley o concepto que le corresponde, y esa búsqueda la lleva a cabo en la suposición de que podía descubrirlos, esto es, de que la naturaleza tiene una estructura inteligible”.⁴¹ Habría, entonces, una *finalidad en la naturaleza*, subyacente a la diversidad de sus leyes empíricas. Este principio es trascendental, único modo en que debemos proceder en la reflexión sobre la naturaleza con vista a una experiencia totalmente coherente.⁴²

Nuestro autor reconoce, que pensar de este modo, el hecho de encontrar una unidad sistemática bajo leyes meramente empíricas, nos *deleita*, “y ello a pesar de que tengamos que admitir, que es una unidad que ni podemos comprender ni demostrar”⁴³ por tratarse, justamente, de un principio trascendental de la *Urteilkraft*.

En tanto el hombre estudia a los seres vivos, seres “organizados” u orgánicos, en lo que hay de específico en ellos, lo que los distingue de una simple sustancia inorgánica cualquiera, comprende que las explicaciones mecanicistas del entendimiento son insuficientes. Por ello, la facultad de juzgar ofrece el “principio de la apreciación [*Beurteilung*] de la finalidad interna o “idoneidad intrínseca” de los seres organizados”,⁴⁴ por la cual habría en ellos una suerte de causalidad recíproca entre partes y todo: las partes realizan el todo y el todo parece presidirlas, predeterminando las partes. “Producto organizado de la naturaleza es aquel en el que todo es fin y alternativamente también medio. Nada es porque sí, atribuible a un mecanismo natural ciego”.⁴⁵

Expresamente afirma Kant, que no hay “antinomía” entre la explicación mecanicista y la teleológica,⁴⁶ pues la apariencia de la misma se basa en la confusión entre un principio de la facultad de juzgar reflexionante, válida sólo para uso de nuestra razón con respecto a leyes particulares de la experiencia, y en ese sentido autónomo, con un principio de la facultad de juzgar determinante, la cual indefectiblemente deberá regirse por las leyes del entendimiento. La teleología, es un recurso necesario a los efectos de comprender un aspecto de la realidad al que no logra acceder el entendimiento.

⁴¹ Carpio, Adolfo P., *op.cit.*, 2ª ed. 1995, p. 292.

⁴² Cf. Kant, Immanuel, KU., *op.cit.*, p. 27.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Véase Kant, Immanuel, KU., *op.cit.*, p. 226.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Sabemos que en esto Kant no es totalmente original, pues ya años antes Leibniz había afirmado que no habría contradicción sino “armonía” entre ambas clases de explicaciones. Véase vgr., el *Discurso de Metafísica*, párr. 22, el párr. 11 de los *Principios de la naturaleza y de la gracia*, y el párr. 87 de la *Monadología*.

Ahora bien, esta comprensión teleológica se amplía en Kant, hasta el punto de pensar a la Naturaleza toda, como un sistema de fines. Incluso aquello que no precisa ser explicado, en principio, según el modelo teleológico – que decíamos, es necesario en el caso de los “seres organizados” –, puede considerarse como medio para la realización de un fin exterior: *vgr.*, el agua o el aire son medios en relación a los seres orgánicos que los consumen. Todo esto concluye en el “fin final” (*Endzweck*), para el cual todas las cosas existen, y que no es otro que el Hombre. Sólo él, sería el fundamento que habría determinado al entendimiento creador del universo a semejante emprendimiento.⁴⁷ Claro que se trata del hombre, como lugar donde se manifiesta la buena voluntad, el hombre como sujeto de la moralidad.

“Fin final” es aquél, que no necesita otro como condición de su posibilidad.⁴⁸ Se trata de un fin en sí mismo, del fin último que, es el hombre como ser moral, como nouméno, no como víctima de la causalidad natural del mundo del ser. Para el caso del hombre, es inválida la pregunta de “¿para qué existe?”. Por ello, “es el hombre el fin final de la creación, pues sin éste no quedaría completamente fundada la cadena de fines subordinados entre sí, y sólo en el hombre (pero también sólo en él a título de sujeto de la moralidad), cabe encontrar la legislación incondicionada con respecto a fines [la autonomía de la voluntad] que lo hace, pues, exclusivamente capaz de ser fin final, al cual se habría subordinado teleológicamente la naturaleza toda”.⁴⁹

De esta manera, la facultad de juzgar nos permite el ansiado enlace conciliador entre el mundo sensible y el inteligible, entre la necesidad y la libertad, entre *sein* y *sollen*, mundos distintos pero lógicamente compatibles, que debían conectarse de alguna manera, pues “el hombre cumple la ley de la libertad en el mundo sensible donde todo es necesidad”.⁵⁰

4 La Razón en su Pureza Absoluta. La Moralidad: el Deber

Antes de analizar la filosofía política Kantiana, es menester analizar su filosofía moral en la cual se formula, sin embargo, un ideal por cierto inalcanzable – sólo posible si las sociedades fuesen “comunidades de ángeles” – pero que el filósofo se ve en la necesidad de exponer, quizás debido a una exigencia irrefrenable de su propia razón, procediendo de acuerdo a argumentos estrictamente *a priori*. Kant, pone nuevamente “los pies en el barro” cuando redacta la Doctrina del Derecho – a fines del siglo XVIII –, en sus escritos explícitamente políticos, y en los de filosofía de la historia. Es

⁴⁷ Véase el par. 87 de la KU, “De la demostración moral de la existencia de Dios”.

⁴⁸ Kant, Immanuel, KU., *op.cit.*, p. 285.

⁴⁹ Kant, Immanuel, KU., *op.cit.*, p. 287.

⁵⁰ Carpio, Adolfo, *op.cit.*, 2ª ed., 1995, p. 290.

importante presentar, al menos sumariamente, su filosofía moral, pues allí se manifiesta en su máxima expresión su famoso “formalismo”, que luego se trasladará, *mutatis mutandis*, a la política – vgr., en su proyecto para una “paz perpetua” y, en su *Rechtslehre*, que serán analizados más adelante.

Comienza Kant su FMC con la famosa frase de que lo único bueno absolutamente, en sí mismo, es la buena voluntad. Todo lo demás puede considerarse bueno sólo como medio para conseguir alguna otra cosa, en última instancia, la felicidad; pero evidentemente no es “digno” de ser feliz quien ha llegado a ese supremo estado de satisfacción por medios espurios. La buena voluntad, en cambio, aunque no alcance con éxito sus propósitos –si su conducta quedara “en grado de tentativa”, sin embargo brilla por sí misma, como la lámpara del poema de Mörike, *Auf eine Lampe*.⁵¹

Como seres racionales que somos, considera Kant, que no es nuestro fin natural alcanzar la felicidad. Si así fuera, “la naturaleza habría tomado muy mal sus disposiciones al elegir la razón de la criatura como la encargada de llevar a cabo su propósito”.⁵² Mucho mejor que la razón sería el instinto, como regla general de su comportamiento. Incluso la razón, como dijera el Dr. Fausto, nos ha echado encima “más penas, que felicidad hayamos podido ganar”.⁵³ El destino verdadero de la razón es producir una voluntad *buena*. Además, la felicidad es una confusa idea de la imaginación, empírica e indeterminada, que no podría nunca señalar el camino hacia un absoluto, un *maximum* de bienestar presente y futuro. Ni siquiera se trata de un ideal de la razón, a los que se refiere en su primera crítica.⁵⁴

Descartada la felicidad, nos ocuparemos del concepto del deber, que contiene el de una voluntad buena. El concepto de “deber”, implica la necesidad de una acción, por respeto a la “ley moral objetiva fundamental fundada en la razón pura práctica”.⁵⁵ El valor moral reside en la máxima o principio de la acción, no en el objeto, que la acción procura. Por ende, para ser “dignos de ser felices”, hay que ser felices “por deber”. El ser racional se representa el principio objetivo – la ley de la razón pura práctica –, y toma conciencia de su obligatoriedad. Este efecto que la ley produce en el sujeto es

⁵¹ *Was aber schön ist, selig scheint es in ihm selbst* (Lo que sin embargo es bello, resplandece, feliz, en sí mismo).

⁵² Cf. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1995, p. 22.

⁵³ “Tras hacer un balance de todas las ventajas que sacan, no digo ya de la invención de todas las artes del lujo vulgar, sino incluso de las ciencias (que al fin y al cabo les parece un lujo del entendimiento), [los sabios] hallan, sin embargo, que se han echado encima más penas que felicidad hayan podido ganar, y, más que despreciar, envidian al hombre común” (FMC., p. 22) escribió KANT, anticipando unos años el famoso lamento con que el Dr. Fausto inicia la primera parte de la obra homónima.

⁵⁴ “El ideal de la razón pura debe siempre descansar sobre conceptos determinados y servir de regla y de prototipo, o para la acción o para el juicio” (KrV., p. 260). Como es el caso de la virtud y la sabiduría humanas, que en toda su pureza son ideas que sirven al ideal de ser sabio y virtuoso, por cuanto nos ofrecen un modelo para compararnos y corregirnos, sabiendo que nunca, empero, llegaremos a la perfección.

⁵⁵ Copleston, Frederick, *Historia de la filosofía*, Barcelona, Ariel, 1980, vol VI, p. 300.

una suerte de sentimiento de “respeto” hacia ella.⁵⁶ El principio subjetivo de la acción es la máxima de obedecer siempre a la ley objetiva. El mecanismo sería, entonces, el siguiente: el sujeto se representa el principio objetivo de la razón pura práctica, que señala una acción determinada, y voluntariamente lo acata sin más.

Un principio objetivo es técnicamente un “mandato”, cuya formulación lingüística se denomina “imperativo” y contiene expresa o tácitamente un deber ser.⁵⁷ Es constrictivo para la voluntad, toda vez que ella no coincide inmediatamente con la ley. El imperativo señala a la voluntad humana (imperfecta, que no es ni “divina” ni “santa”) la ley o principio objetivo que incondicionalmente debe (*soll*) seguir. La acción puede ser simplemente conforme al deber, es decir, que coincide con el mismo, pero realizada con una intención egoísta⁵⁸ o por inclinación inmediata,⁵⁹ aclara Kant, Moral, empero, es sólo la acción realizada *por* deber.

Imperativo hipotético es el que tiene la forma del juicio hipotético “si p entonces q”, señala la acción adecuada para lograr un fin determinado. Puede tratarse de reglas de habilidad (imperativos “técnicos”), o de “consejos de la sagacidad” (imperativos “pragmáticos”), conducentes a la felicidad o bienestar. En ambos casos, carecen de valor si se renuncia al fin que ellos procuran. En cambio, el imperativo categórico señala la acción objetivamente necesaria en sí misma, tiene el valor de un principio “apodíctico-práctico”. Se trata de una necesidad incondicionada, sin atención a fin alguno.

Ahora bien, establecido que lo auténticamente moral es la acción que no persigue ni inmediata ni mediatamente ningún fin más allá que la realización de sí mismo, no queda más que la legalidad universal de las acciones en general. Es decir, *no obres nunca más que de modo que puedas querer, que tu máxima se convierta en ley universal*. La mera forma de la legalidad en general – la universalidad – es la que sirve de principio a la voluntad. Tal es el canon del enjuiciamiento moral de la máxima de cualquier acción.

Abstenerme de realizar una acción por miedo a las consecuencias desfavorables, no sería obrar por deber. Es decir, no querer la universalización porque las consecuencias al fin y al cabo se volverían en mí contra, no es cumplir con el imperativo categórico. Interpretar de esa manera el contenido y fundamento de esta primera formulación del principio, es incorrecto. La interpretación más plausible es la

⁵⁶ Este respeto significa solamente la conciencia de la subordinación de la voluntad a la ley, la determinación inmediata de la voluntad por la ley y la conciencia de la misma, de manera que es efecto de la ley sobre el sujeto, y no causa.

⁵⁷ Cf. Guariglia, Osvaldo, *Ideología, Verdad y Legitimación*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 171.

⁵⁸ La acción es exteriormente similar a la acción que el deber manda, pero fue realizada con vistas a la consecución de un beneficio determinado, no incondicionalmente.

⁵⁹ Cuando se siente por el objeto inmediato de la acción un apego o simpatía especial, sin buscar otro resultado ulterior. Por ej., cuando salvo la vida de una persona, no por deber, sino porque se trata de un amigo.

que entiende que de lo que se trata es de poder querer que una máxima elegida libremente por nosotros como regla de la acción, pueda ser querida al mismo tiempo como ley universal, *sin contradicción*. La contradicción puede ser, según Kant, de dos tipos: puede ser “interna”, puramente lógica, en virtud de la cual una máxima no puede siquiera pensarse sin contradicción como ley universal. Aquí habría un deber estricto (ineludible). La segunda contradicción es de la voluntad consigo misma, pues sería posible *pensar* la máxima como universal sin contradicción, pero al desarrollar su contenido se advierte que se quieren cosas contradictorias.⁶⁰ Todos los deberes, en lo que se refiere al *modo* de obligar (no al objeto de la acción), quedan por medio de estos ejemplos considerados íntegramente en su relación de dependencia con respecto al principio único de la moralidad.

La buena voluntad no puede ser mala, es decir, autocontradictoria. El imperativo categórico está justamente destinado a evitar semejante posibilidad de contradicción, al exigir *a priori* la universalidad de toda máxima. Se trata verdaderamente de una fórmula o canon, puramente fundado en la razón y sin apelar – es más, rechazando enfáticamente – todo tipo de referencia empírica, sea a la naturaleza del hombre, a la felicidad, a los bienes externos, etc.

A modo de ejemplo, pensemos que pretender universalizar la mentira sería manifiestamente autocontradictorio, pues acabaría con la diferencia entre la verdad y la mentira. También, universalizar la máxima de que se puede prometer falsamente cuando se está en apuros, acabaría automáticamente con la naturaleza de la promesa misma, pues prometer pensando al mismo tiempo en in-cumplir no es propiamente “prometer”. El verbo pertenece a la clase de los “realizativos,” – que enuncian la acción que al mismo tiempo y por esa misma razón están llevando a cabo – y, por ende, dejaría de producir su efecto característico. La universalización de la máxima de prometer lo que sea con el fin de no cumplir, haría imposible la promesa misma (literalmente, “*selbst unmöglich*”: auto-imposible, o autocontradictorio) y el fin que con ella se persigue,⁶¹ dice Kant.

En similar sentido, universalizar el robo acabaría con su naturaleza misma, pensemos en el cuento de Italo Calvino, “La oveja negra”. Los ejemplos abundan. Quien no quiere o no puede universalizar su máxima, es porque pretende ser una excepción a la regla general que vale para todo el mundo. Que todos cumplan sus promesas, menos él. Que todos ayuden al próximo, menos él.

Kant, presenta el mismo principio de la moralidad a través de otras dos formulaciones, pero no se trata sino de la misma ley. Cada una contiene a las otras dos. El método más estricto de proceder lo establece la primera formulación, pero sin embargo, sería útil a los efectos de asegurarnos de que nuestra máxima cumpla perfectamente con la ley moral, que la evaluásemos desde las tres perspectivas.

⁶⁰ Cf. Guariglia, Osvaldo, *op.cit.*, pp. 175-176. Ver Kant, Immanuel, FMC, *op. cit.*, p.41.

⁶¹ Cf. Guariglia, Osvaldo, *op.cit.*, pp. 177-178.

Con respecto a la segunda formulación, Kant, cree que si ha de haber un principio práctico supremo con respecto a la voluntad humana, será tal que, por la representación de lo que es necesariamente fin para todos, por ser un fin en sí mismo, constituirá un *principio objetivo* de la voluntad y servirá, en consecuencia, como ley práctica universal. El fundamento de este principio es un valor absoluto, que Kant, sólo encuentra en el hombre y en general en toda naturaleza *racional*. En efecto, sólo el hombre existe como fin en sí mismo, y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad. Debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales. El imperativo práctico quedará entonces de la manera siguiente: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”.

En consecuencia, la voluntad de todo ser racional deberá considerarse como “legisladora universal” – tercera versión del principio –, y así podremos pensar en la existencia posible de un “reino de los fines”, entendiendo por tal el enlace sistemático de todos los seres racionales por medio de leyes comunes. En análogo sentido al de “reino de la naturaleza” – como formado por leyes causales mecánicas –, puede pensarse también en un “reino de fines” – entendiendo por “fines” a los seres racionales y a sus fines particulares universalizables – compuesto por las leyes que los seres racionales se darían a sí mismos, en cumplimiento de los tres imperativos mencionados.

De esta manera, la voluntad de todo ser racional será legisladora de sí misma, con lo cual no habrá sometimiento alguno a una ley que le sea extraña, pues ello, importaría la obediencia por miedo o coacción, y por ende heteronomía, incompatible con el concepto del “deber”. La única obediencia compatible con el concepto del deber, es la de la ley que la voluntad del ser racional se ha dado a sí misma (autonomía de la voluntad). “Si se piensa al hombre simplemente sometido a una ley (la que sea), es preciso que ésta lleve consigo algún interés, como atracción o coacción, pues no surge como una ley de su propia voluntad, sino que ésta se ve obligada a actuar en conformidad a algo diferente. Esta inevitable consecuencia arruina todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber, pues de este modo, nunca se obtiene deber sino necesidad de la acción proveniente de un interés determinado, sea propio o ajeno, lo que supone que el imperativo ha de ser siempre condicionado y no puede servir para el mandato moral. Llamaré a este principio el principio de la autonomía de la voluntad, por oposición a cualquier otro, al que, por lo mismo, calificaré de heteronomía”.⁶²

Finalmente, condición de posibilidad de todo deber es la idea de *libertad*, libertad de obedecer o desobedecer la ley moral. La idea de libertad nos convierte en un miembro de un mundo nouménico, fuera del mundo sensible, donde priman las

⁶² Kant, Immanuel, FMC, *op.cit.*, p. 47.

leyes causales, y donde hay heteronomía. La libertad es *lógicamente* compatible con la *necesidad* del mundo fenoménico, pues pertenece a la esfera de la realidad nouménica, y la existencia de tal esfera no es lógicamente contradictoria – como ya fuera expuesto en la KrV. La idea de libertad es prácticamente necesaria, condición necesaria de la moralidad, pero, puesto que nuestro entendimiento no puede penetrar en la esfera nouménica, aquella no es susceptible de demostración teórica,⁶³ ni a favor ni en contra.

“El hecho de que sea el mismo *yo*, con su actividad sintética *a priori*, el que crea el mundo de la naturaleza y de la ciencia, nos demuestra que él no es objeto de la experiencia sino que constituye como su límite superior; la actividad formativa de la razón pura teórica puede considerarse como indicio de una *cosa en sí*, de una realidad nouménica, mucho más significativa que esa oscura cosa en sí de la que provienen las impresiones sensoriales (...) Pero en la razón pura práctica, en la voluntad buena el *yo* es actividad que se desvincula resueltamente de toda dependencia de la realidad física; el hombre se da cuenta de sí mismo como ser autónomo, como libre, libre en la ley que es expresión de su misma naturaleza racional. La libertad es el supuesto necesario del deber. (...) La voluntad buena es, por lo tanto, el tipo de la *cosa en sí* que actúa fuera de la concatenación mecanicista propia de la naturaleza. En ella, el mundo inteligible se nos revela como el mundo de la libertad”.⁶⁴

5 El Derecho y la Política

A continuación de las especulaciones sobre la libertad pura como fundamento absoluto de la moralidad, llega el momento del diseño filosófico de un sistema político *real*, trasladándose el análisis de la dimensión interna de la conducta y de la buena voluntad, a la dimensión externa y la esfera pública, el campo de la política. La razón pura práctica y el reino de fines parecerían no ser empíricamente realizables en una formación social compuesta por hombres de carne y hueso que no siempre ni fundamentalmente obedecen a la razón en la determinación de su conducta cotidiana.

La verdadera libertad, implica lógicamente que pueda universalizarse, es decir, la posibilidad de que mi arbitrio coexista junto con el arbitrio del otro, lo cual es solamente factible si hay un Derecho que reglamente la convivencia y un Estado que garantice el orden gracias al uso de la fuerza física. De aquí surgen los elementos fundamentales de la teoría jurídico-política Kantiana.

El concepto de Derecho, se refiere tan sólo a la relación externa de una persona con otra, en tanto sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí, mediata o inmediatamente. Se ocupa de la relación recíproca del arbitrio de uno con el arbitrio de

⁶³ Cf. Copleston, Frederick, *op.cit.*, pp. 312-314.

⁶⁴ Lamanna, Paolo, *op.cit.*, p. 419.

otro, y no atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere, sino que sólo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes. “Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”. Así reza el principio universal del derecho. Pasamos del formalismo del imperativo categórico en sus diferentes versiones, y de sus consecuencias, al formalismo de la teoría del derecho, que sin atender al contenido de las normas jurídicas, se ocupa sólo de la acción externa y de su forma. La razón no exige un contenido determinado, tan sólo que las acciones de todos sean compatibles entre sí. No interesa lo que cada uno piense sobre la conducta o la personalidad del otro, sino que no le perjudique con su acción externa.⁶⁵ Es manifiesta la similitud entre este principio universal del derecho Kantiano, y el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, según el cual “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Podemos observar la cesura entre derecho y moral, pilar fundamental del positivismo jurídico, y que el propio Kant, abraza cuando manifiesta que tomar como *máxima* personal la obligación de cumplir siempre con el derecho es una cuestión ética, no jurídica.⁶⁶

El fundamento del Derecho reside en la coacción, la amenaza del uso de la fuerza física, único medio de determinación del arbitrio: La coacción, la violencia, es un obstáculo frente al obstáculo a la libertad que significa el acto antijurídico (*unrecht*). La sanción jurídica es la violencia frente a la violencia. El “Derecho estricto”, puede representarse como la posibilidad de una coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales. El derecho estricto, tan sólo exige fundamentos externos, y “entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud”.⁶⁷ Para determinar jurídicamente al arbitrio no puede apelarse a obligaciones de tipo moral, sino al, principio de la posibilidad de una coacción exterior que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales. “Derecho y facultad de coaccionar significan pues una y la misma cosa”.⁶⁸

La analogía manifiesta de lo hasta aquí mencionado con las ideas principales de Hans Kelsen, – que serán tratadas más detalladamente *infra* – me absuelven de mayores comentarios. La separación del derecho de la moral; la fundamentación de lo jurídico en la sanción, en el uso de la fuerza; la exigencia de sistematicidad y coherencia entre las prescripciones jurídicas; la necesidad de un Estado que garantice tal uso de

⁶⁵ Cf. Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, Barcelona, Altaya, 1996, p. 39.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 39-40.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 41

⁶⁸ *Ibidem*, p. 42

la fuerza, pues cuenta con su monopolio legítimo; la virtual identificación entre Derecho y Estado.⁶⁹ De aquí a las definiciones kelseneanas, clásicas del Derecho como “orden coactivo”, como “técnica social específica que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada”, la identidad entre Derecho y Estado, etc., hay un solo paso. También, la consideración de que la pregunta acerca del fundamento psicológico o sociológico de la obediencia no es un problema relevante de la ciencia jurídica; o la consideración de que la pregunta por el libre albedrío versus el determinismo tampoco es cuestión de la *Rechtslehre*: la libertad se presupone, al igual que en la KpV.⁷⁰

Acorde con el formalismo universalizante que prima en su toda filosofía práctica, en otro clásico trabajo de Kant ⁷¹ se enuncia la *fórmula trascendental del derecho público*, criterio *a priori* de la razón que nos permitirá conocer fácilmente, “como por un experimento de la razón pura”, la antijuridicidad de una pretensión política cualquiera, a saber: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”. Es decir, un principio que no puede manifestarse en alta voz pues, provocaría la oposición universal y necesaria de todos, y que arruinaría de esa manera su propósito espurio, *no es justo*. El esquema de pensamiento es exactamente el mismo que el del imperativo categórico, en su primera formulación.

En similar orden de ideas, existe otra clase de universalidad – la de la voluntad general rousseauiana – referida a *legitimidad* de las legislación, a saber: ¿un pueblo habría podido imponerse a sí mismo una legislación semejante?⁷² En otro lugar dice con más claridad, de nuevo apelando al modelo del *als ob*, que lo que cuenta es que el soberano gobierne *como si* su poder se fundara en un “contrato originario” y tuviera que rendir cuentas a sus súbditos del modo en que lo ejerce.⁷³ La idea de “contrato originario”, mera idea de la razón, obligaría a todo legislador a legislar *como si* sus leyes debieran derivar de la voluntad común de todo un pueblo, y a considerar a cada ciudadano, en la medida en que quiere serlo, como si hubiese dado su consentimiento a una voluntad semejante. Por ende, no serían justas las leyes que sería imposible que el pueblo consintiera; pero si ello es posible, habrá que considerarlas justas.⁷⁴

⁶⁹ “Un Estado es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas” (MC, *op.cit.*, p. 142).

⁷⁰ Según Kelsen, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural, sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico); dicha afirmación sólo expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación (cf. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 30).

⁷¹ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁷² Cf. Kant, Immanuel, “Qué es la ilustración”, en *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 32.

⁷³ Bobbio, Norberto. *op.cit.*, p. 119.

⁷⁴ Cf. J. Abellan, “Sobre el concepto de República”, en KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, *op.cit.*, p. XXXII.

La pauta del *als ob*, el uso regulativo de la razón, aplicado ahora al movedizo terreno de la política. Se menciona un “contrato originario”, porque es dable pensar⁷⁵ que sin él, el hombre estaría hundido en un estado de naturaleza (*status naturalis*) – otra idea regulativa –, es decir, un estado *no jurídico*, y por ende incierto, inestable, inseguro, no apto para la supervivencia; un estado de guerra potencial.⁷⁶ Se encuentra ya *a priori* en la idea racional de un estado no-jurídico, que en él, los hombres, los pueblos y los Estados aislados nunca podrían estar seguros unos de otros, frente a la violencia.⁷⁷

Entrar al estado jurídico, – salir del estado de naturaleza – es un imperativo de la razón pura práctica: “Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico”.⁷⁸

La influencia de Rousseau en Kant, en este aspecto, es manifiesta. Extensos fragmentos de la *Metafísica de las costumbres* – vid. por ej. el párrafo 47 – parecen sencillamente copiados del *Contrato Social*. Con el “contrato originario” – y el consiguiente ingreso en un estado jurídico, i.e. el Estado moderno – el hombre renuncia a su libertad salvaje, exterior y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia a la ley, porque esta dependencia brota de su propia voluntad legisladora.⁷⁹ Con palabras similares, Rousseau, hablaba de que el tránsito del estado de naturaleza al estado civil significaba pasar de la libertad natural, del instinto, de la animalidad estúpida y limitada, de la predominancia de la pasión y la esclavitud, del *ius in omnia quae potest* spinoziano, etc., a la libertad civil, a la razón, a la moralidad, al deber, al ser inteligente, al ser realmente “hombre”. Todas estas ideas, sumadas a las de que “sólo, es libre quien obedece leyes que él mismo se ha dado”, y que la verdadera libertad consiste en obedecer a la ley y a la razón, las ha tomado Kant del autor ginebrino literalmente, sin intención de ocultarlo.

Indudablemente, en semejante estado no-jurídico se encuentra la comunidad internacional. La maldad de la naturaleza humana puede contemplarse en su desnudez en las relaciones libres entre los pueblos, mientras que en el estado legal-civil aparece velada por la coacción del gobierno, considera nuestro autor.⁸⁰ Por ello, el proyecto de “la paz perpetua”, resulta ser un imperativo categórico, nacido del reconocimiento de la idea del deber.⁸¹

⁷⁵ Indagar sobre el verdadero origen del poder, que es inescrutable, sería ilícito si tiene por fin poner en cuestión su legitimidad, sostiene Kant en el párrafo 49A de la MC.

⁷⁶ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, op.cit., p. 14.

⁷⁷ Cf. Kant, Immanuel, MC., párrafo 44.

⁷⁸ Kant, Immanuel, MC., párrafo 42.

⁷⁹ Kant, Immanuel, MC., párrafo 47, p. 146.

⁸⁰ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, op.cit., p. 23.

⁸¹ *Ibidem*, p. 55.

A su vez, Kant, reconoce con buen tino que el problema de la instauración de un estado jurídico a nivel nacional depende de esta reglamentación jurídica a nivel interestatal – una “confederación” de pueblos –, y no puede ser resuelto, sin solucionar previamente esto último.⁸² Más aún, la instauración de un estado jurídico a nivel nacional e internacional no es una simple elucubración del filósofo iluminado, que reflexiona solitario en su despacho; en realidad, se trata de “un plan oculto de la Naturaleza” para la especie humana, como “el único estado en el que puede desarrollar plenamente todas sus disposiciones en la humanidad”.⁸³ Una filosofía del progreso típicamente iluminista viene a condimentar su filosofía moral y política.

Habría, según Kant, una *Providencia* detrás del curso de la historia de la humanidad. Puede *interpretarse* – en el sentido explicado más arriba de “*beurteilen*” – el curso de la historia universal, como un tránsito progresivo hacia formas cada vez más perfectas de libertad, esto es, de estados jurídicos. La Naturaleza ha previsto para la especie humana, como su tarea más alta, pero también más dificultosa, que alcance algún día un estado en que “*la libertad bajo leyes externas se encuentre vinculada en el mayor grado posible con un poder irresistible*”, o sea, “una constitución civil perfectamente justa”.⁸⁴

Para culminar, sólo queda observar que estamos frente a una impresionante fundamentación filosófica del estado de derecho burocrático-racional moderno, claramente situada en el intersticio entre Derecho Natural Racional y el positivismo jurídico, al cual le ofrece cómodamente los elementos centrales de su doctrina – como observamos en el caso de Kelsen.

De una manera distinta, pero con efectos aún más notables como herramienta de legitimación del estado-nación moderno, ya firmemente arraigado en la historia europea, el sistema hegeliano, y en particular su filosofía político jurídica, hace su espectacular aparición en la escena filosófica.

6 Hegel. Introducción. Razón y Mundo en el Planteo Hegeliano

En efecto, con Hegel, la fundamentación y defensa del Estado y su Derecho alcanza un desarrollo más acabado y complejo. Se retoman viejos modelos organicistas, que señalan la verdad de las partes a partir de la función que cumplen en el todo, desde un idealismo que ha llegado a su expresión más consecuente. Se trata de la comprensión de lo que es como momento de algo más profundo, la Idea, de ahí la “idealidad” de los

⁸² Kant, Immanuel, “Ideas para una historia universal en clave cosmopolita”, séptimo principio, en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*.

Madrid, Tecnos (no cuento con el año).

⁸³ Kant, Immanuel, “Ideas ...”, octavo principio.

⁸⁴ Kant, Immanuel, “Ideas ...”, quinto principio.

momentos. La verdad de lo que es real, lo que existe, es ser ideal, pues no es otra cosa que la aparición de la idea; la idea, por su parte, es real porque aparece en el mundo, se manifiesta en el tiempo y el espacio, se da un contenido, y ese contenido coincide con el de su manifestación.

Por ende, lo ideal es real, se despliega como naturaleza y como espíritu a lo largo de la historia. Tal desarrollo es *racional*, “todo lo real es racional”, y viceversa. La realidad, obedece a una Razón supraempírica y suprahistórica que no es estática, sino dinámica, cambiante, dialéctica. “Lo racional, que es sinónimo de la idea, en la medida en que con su realidad entra al mismo tiempo en la existencia exterior, se despliega en una riqueza infinita de formas, fenómenos y configuraciones, y recubre su núcleo con la corteza multicolor en la que en un primer momento habita la conciencia, pero que el concepto atraviesa para encontrar el pulso interior y sentirlo palpar en las configuraciones exteriores”.⁸⁵

Se trata de una realidad que aparece fracturada, pero la contradicción fenoménica puede y debe resolverse. Podemos lograr la “reconciliación con la realidad” gracias al conocimiento filosófico, que comprende su racionalidad intrínseca, no aparente, que sabe que detrás del fenómeno subyace la idea: “Esta *visión racional es la reconciliación con la realidad* que concede la filosofía a aquellos que alguna vez han sentido la exigencia de concebir y tanto de conservar la libertad subjetiva en aquello que es sustancial como de no estar con ella en lo particular y contingente sino en lo que es en y por sí”⁸⁶ (el destacado me pertenece).

“El espíritu conquista su verdad sólo al encontrarse a sí mismo en el absoluto desgarramiento”.⁸⁷ reza la *Fenomenología del Espíritu* (en adelante, PHG). Aquí reside el problema, pues, como explica el Prof. Dotti, el motivo conductor de la filosofía hegeliana surge de la comprensión de que la fuerza de la subjetividad – elemento principal del mundo moderno – ha roto la vieja unidad orgánica clásica, con lo cual el problema “existencial” de la escisión es ubicuo, es decir, está “presente en todas las manifestaciones del espíritu y en todas las facetas de la actividad humana”.⁸⁸ En la dimensión gnoseológica y ontológica, se presenta como sujeto enfrentado al objeto, el pensamiento al ser; pero también en la esfera religiosa, como la relación entre Dios y el mundo; y en la política, se trata de la relación entre lo privado y lo público, la moralidad individual y la eticidad comunitaria.⁸⁹

⁸⁵ Hegel, Georg F. W., *Principios de la filosofía del derecho* (título original en alemán: “*Grundlinien der philosophie des rechts oder naturrecht und Staatswissenschaft im grundrisse*”, es decir, “Principios de Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia del Estado, en esbozo, en adelante GPhR), Barcelona, Edhasa, 1988, pp. 59-60. Cuando el texto citado difiere de la edición en castellano mencionada, la traducción me pertenece.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁸⁷ Citado en Dotti, Jorge E., *Dialéctica y derecho. El proyecto ético-político hegeliano*, Buenos Aires, Hachette, 1983, p. 15.

⁸⁸ en Dotti, Jorge E., *op.cit.*, p. 15.

⁸⁹ en Dotti, Jorge E., *op.cit.*, p. 16.

En el sistema hegeliano, lo verdadero es lo absoluto, el que necesariamente debe existir, ser real, *wirklich*. Se realiza, se efectiviza (jugando con la raíz común entre *wirklich* y *wirkung*). La prueba ontológica de san Anselmo y Descartes, es correcta, sólo que todavía dentro de los límites de la teología. La filosofía hegeliana, plantea la existencia de un absoluto que existe, que se realiza fenoménicamente, negándose. “Lo verdadero es el todo (*Das Wahre ist das Ganze*). Pero el todo es solamente la esencia que se completa mediante su desarrollo. De lo absoluto hay que decir que es esencialmente *resultado*, que sólo *al final* es lo que es en verdad, y en ello precisamente estriba su naturaleza, que es la de ser real, sujeto o devenir de sí mismo (*und hierin eben besteht seine Natur, Wirkliches, Subjekt oder Sich-selbstwerden, zu sein*)”.⁹⁰

Se trata del movimiento de la reflexión, de la auto-producción de la diferencia. Lo absoluto se pone a sí mismo como otro. “La sustancia viva es, además, el ser que es en verdad sujeto o, lo que tanto vale, que es en verdad real, pero sólo en cuanto es el movimiento del ponerse a sí misma o la mediación de su devenir otro consigo misma. Es, en cuanto sujeto, la pura y simple negatividad y es, cabalmente por ello, el desdoblamiento de lo simple o la duplicación que contrapone, que es de nuevo la negación de esta indiferente diversidad y de su contraposición;⁹¹ lo verdadero es solamente esta igualdad que se restaura o la reflexión en el ser otro en sí mismo, y no una igualdad originaria en cuanto tal o una unidad inmediata en cuanto tal. Es el devenir de sí mismo, el círculo que presupone y tiene por comienzo su término como su fin y que sólo es real por medio de su desarrollo y su fin.”⁹²

De lo que se trata, es de exponer conceptualmente la razón que subyace al desarrollo histórico del espíritu. Las formas conceptuales de la realidad y las leyes de su movimiento dialéctico son expuestas en su pureza en la *Ciencia de la Lógica*. Su existencia efectiva en el mundo de la cultura en general, su desarrollo histórico, lo leemos en la *Fenomenología del Espíritu*. Esta exposición filosófica es posible porque, finalmente, el espíritu se ha reencontrado con sí mismo, y esto no podía ser de otra manera: “El espíritu que *se* sabe desarrollado así como espíritu es la ciencia (...) El puro conocerse a sí mismo en el absoluto ser otro (...), es el fundamento y la base de la ciencia o el saber en general”⁹³ (el destacado me pertenece). Esto autoconocimiento del espíritu ocurrió en la mente de un gran filósofo, el propio Hegel, pero éste no dejará de reconocer que él, como cualquier otro, es “hijo de su tiempo”, pues la filosofía siempre llega tarde, sólo después de que la realidad ha consumado su proceso de

⁹⁰ Hegel, Georg F. W., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 16. Cf., *Phänomenologie des Geistes*, Philipp Reclam jun. GmbH & Co, Stuttgart, 1987, p. 22.

⁹¹ Como el Prof. Rubén DRI explica, el término “contraposición”, *Gegensatz*, en Hegel suele referirse a una férrea oposición en la cual no se vislumbra aún la superación, *die Aufhebung*. La negación de la negación es la superación que da cuenta de que en realidad allí había una contradicción dialéctica, *der Widerspruch*.

⁹² Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, pp. 15, 16.

⁹³ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, p. 19.

formación y se halla lista y terminada. Escribe Hegel, en la *Filosofía del Derecho*: “Cuando la filosofía pinta con sus tonos grises, ya ha envejecido una figura de la vida que sus penumbras no pueden rejuvenecer”.⁹⁴ En momentos de cambio, cuando “la aurora ilumina como un rayo la imagen de un mundo nuevo”, la ciencia no puede predecir el futuro: “sin este desarrollo completo, la ciencia carece de inteligibilidad universal y presenta la apariencia de ser solamente patrimonio esotérico de unos cuantos”.⁹⁵

7 El Espíritu Objetivo

Todo esto prepara el terreno para la filosofía política de Hegel, la cual, según sus propias palabras, no es otra cosa que el esfuerzo por comprender y presentar al Estado como algo en sí mismo racional. No como “debe” ser, sino más bien de qué modo debe ser *conocido* como el universo ético. Comprender lo que es, esa es la tarea de la filosofía, porque lo que es, es la Razón. Como dijimos, el individuo es hijo de su tiempo, y la filosofía es su tiempo aprehendido en pensamientos.⁹⁶

Hegel, sabe que a partir del principio de la individualidad no puede fundarse un orden político estable, de ahí, su crítica al contractualismo clásico (véase GPhR, p. 258). En efecto, a partir del individualismo y de la acción instrumental, estos últimos pretenden explicar la sociedad como resultado de un *contrato*, categoría jurídica nuclear del derecho privado moderno, que corresponde a la esfera del mercado. Hegel, cree que no puede sostenerse un ámbito donde la desigualdad entre quienes mandan y quienes obedecen es esencial, si estos últimos obedecen, simplemente es porque consideran que tal conducta les es conveniente según una fría ponderación de los costos y beneficios. Es incuestionable que, cuando el mandato del soberano dejase de convenirles, pretenderán “rescindir” el contrato. Como saben bien los juristas, *pacta sunt servanda*, siempre y cuando *rebus sic stantibus*. En realidad, el orden social y político está radicado en el terreno de la intersubjetividad, no en el “derecho abstracto”. Un autor contemporáneo como Habermas, también considera que aquél es producto fundamentalmente de la acción mediada simbólicamente y orientada al entendimiento recíproco – acción comunicativa –, y que es en este contexto de las conductas de los sujetos capaces de lenguaje y acción donde debemos buscar el principio de legitimidad de lo político, pues es conciente, al igual que Hegel, de que nunca podría sustentarse un orden en la mera acción racional con arreglo a fines.

⁹⁴ Hegel, Georg F. W. GPhR., *op.cit.*, p. 63.

⁹⁵ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, p. 13.

⁹⁶ Cf. Hegel, Georg F. W. GPhR., *op.cit.*, p. 61.

Volviendo a Hegel, observamos que en el capítulo IV de la *Fenomenología del Espíritu* se ocupa de la autoconciencia (*Selbstbewusstsein*), que no es más conciencia de algo, donde saber y objeto son ajenos uno del otro, sino que se da cuenta de que, en realidad, “es el yo el contenido de la relación (entre saber y objeto) y la relación misma”.⁹⁷ Es decir, *la verdad de ambos está en su relación mutua*, y de esa manera el yo vuelve a sí mismo y deviene autoconciencia. Ahora sí, entramos en “el reino propio de la verdad”.⁹⁸

La verdad de la autoconciencia radica en el reconocimiento recíproco de las distintas autoconciencias. Sólo cuando se trata de “una autoconciencia para otra autoconciencia” podrá cada una de ellas alcanzar su realidad, la unidad de sí misma en su ser otro. En esta dialéctica de las autoconciencias consiste la intersubjetividad, el mundo espiritual, el pueblo, las instituciones, etc. El espíritu es la unidad de las autoconciencias que son para sí, donde “el yo es un nosotros, y el nosotros, es el yo (Ich, das Wir, und Wir, das Ich ist)”.⁹⁹

Ahora bien, sobre el terreno de lo espiritual edifica Hegel, su filosofía política, que pretende mostrar cómo lo que *debe* ser, efectivamente *es*, que no hay diferencia entre el *sein* y el *sollen*, pues lo real es racional, y no *debe* ser algo distinto de lo que ya *es*. Esta visión racional que su filosofía nos ofrece, nos dará paz, la reconciliación con la desgarrada realidad circundante, que nos angustia y oprime. En efecto, *cada pueblo tiene la constitución que le corresponde*, que está a la altura de la cultura de su autoconciencia (GPhR, 274). Se trata de la idea y la conciencia de lo racional en la medida en que se ha desarrollado en un pueblo. Recordemos la bonita frase de Juan María Gutierrez, – integrante de la Asociación de Mayo junto con Esteban Echeverría y Juan Bautista Alberdi, entre otros – en la Convención Constituyente de 1852-1854, que dice que nuestra Constitución Nacional “es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley”.¹⁰⁰

Tal como se expone en la *Einleitung* de los GPhR, el suelo del derecho es principalmente lo espiritual (*das Geistige*), y su lugar más preciso y su punto de partida es la *voluntad*, que es *libre*. En consecuencia, el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada (*das Reich der verwirklichten Freiheit*), el mundo del espíritu que se produce a partir de sí mismo (*aus ihm selbst hervorgebracht*), como una “segunda naturaleza” (GPhR, 4). Se trata del movimiento dialéctico de la libertad que ha devenido mundo (GPhR, 142), que cuenta ya con un contenido concreto cuyas diferencias interiores están determinadas por el concepto mismo. Todo esto es la eticidad: son las instituciones y leyes existentes (GPhR, 144).

⁹⁷ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, p. 107.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, p. 113. Cf., *Phänomenologie des geistes*, *op.cit.*, p. 139.

¹⁰⁰ Citado en Badeni, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 91.

8 Dialéctica de la Voluntad

Hegel, describe en los párrafos 4° al 7° de los GPhR el movimiento dialéctico de la voluntad, dando un esquema aplicable, tanto al sujeto individual como al supra-individual que es el Espíritu, el cual se desarrolla como voluntad libre a lo largo de la historia y que tiene diferentes momentos, el último de los cuales es el Estado.

En un principio, el autor invita al lector, en orden a la mejor comprensión de su texto, a apelar a su propia autoconciencia, pues todos encontramos en sí, la posibilidad de abstraernos de todo lo que es, así como de determinarnos a nosotros mismos, y darnos todo contenido por nuestro propio intermedio. Sin embargo, esta caracterización del movimiento dialéctico de la voluntad y de sus diferentes etapas no pretende ser una antropología filosófica ni psicología: Ideas tan importantes como la de hombre como hacerse continuo – que al realizar, *se* realiza, al conocer, *se* conoce –, que fueran retomadas por el existencialismo sartreano y heideggeriano, por el marxismo, por el psicoanálisis, etc., en realidad, en la filosofía hegeliana, pretenden más bien dar cuenta del movimiento de un Espíritu que no es subjetivo, sino intersubjetivo, u “objetivo”.

El primer momento será el de la pura indeterminación, la pura reflexión del yo en sí mismo, la infinitud ilimitada pero vacía de la absoluta abstracción o universalidad. Sin embargo, se trata de una “libertad negativa”, “libertad del entendimiento” o “libertad del vacío”. Un ejemplo de este primer momento de la voluntad puede encontrarse, en el terreno religioso, en el fanatismo de la pura contemplación. Otro ejemplo, en el ámbito de lo político, es para Hegel, el período del terror en la revolución francesa, en el que la voluntad de imponer en la realidad empírica un ideal vacío puramente abstracto, deriva en el fracaso, la intolerancia, el fanatismo y la violencia.

El segundo momento del movimiento dialéctico de la voluntad es el de la diferenciación, la determinación en la forma de un contenido. Por medio de este ponerse a sí mismo como algo determinado (*Setzen seiner selbst als eines bestimmten*), entra el yo en la existencia (*das Daseyn*).¹⁰¹ Es el momento de la finitud (*Endlichkeit*), o la particularización (*Besonderung*) del yo. Se trata de la superación (*das Aufheben der ersten abstrakten Negativität*) de la primera negatividad abstracta. Determinarse significa darse límites, adoptar una figura concreta.

El tercer momento es el de la particularidad que se refleja en sí misma y es reconducida nuevamente a la universalidad, pues reconoce que en el momento anterior, en la exteriorización, objetivación, determinación o negación, no ha salido de sí totalmente. El yo permanece consigo en todos estos momentos. Todas sus realizaciones llevan “la huella de su espíritu”.

¹⁰¹ Es manifiesta la identidad semántica entre el significado etimológico de la palabra “existencia” y el término alemán “*Dasein*”: la referencia a un lugar y tiempo determinado, un estar-ahí, un ser-ahí.

Cuando Hegel dice que “la voluntad se determina”, quiere significar que ella se expresa como sujeto, pero que no es algo concluido ni universal antes de su determinación. La voluntad es un permanente hacerse, un permanente determinarse y permanecer consigo en su ser otro. Esto constituye la superación e idealidad de esa determinación particular. La voluntad es *actividad*, que se media en sí misma y retorna a sí. La libertad es *querer algo* determinado, y en esa determinación permanecer consigo y retornar nuevamente a lo universal, que será ahora un universal “concreto”.

9 El Espíritu y el Individuo

Sólo lo ético es real en sentido fuerte (GPhR, 156 Z), pues es lo sustancial, y los individuos son *sus accidentes*. Los momentos del automovimiento del espíritu que deviene real, objetivo, son la familia, la sociedad civil y la constitución del Estado. Hegel, critica la alternativa teórica que parte del individuo, a la que denomina “atomismo”, y que sólo establece una conexión extrínseca entre los mismos. Se trata, nuevamente, de la crítica al contractualismo, que piensa a la sociedad como producto artificial de un contrato plurilateral que los individuos habrían firmado entre sí con el fin de salvaguardar sus derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad.

En efecto, los teóricos del derecho natural no han escapado a una comprensión reduccionista del Estado, pues al pensarlo como reunión de individuos, donde cada uno piensa al resto como simple medio para sus propios fines – horizonte ideológico de la acción instrumental –, caracterizan sólo un momento de la realización del espíritu, que es el de la Sociedad Civil. Se trata de la falacia característica del modo de pensar de la *Verstand*: “La carencia del entendimiento consiste en que toma una determinación unilateral y la considera como la única y más elevada” (GPhR, 5 Z).

En realidad, las determinaciones del concepto de libertad son la “esencia universal” de los individuos (GPhR, 145 Z), quienes, sin embargo, pueden considerarlas como algo simplemente accidental o extraño. Pero es justamente la eticidad quien rige la vida de los individuos. Estos, en el *deber* de conducirse según estas leyes e instituciones, hallan su *liberación* respecto del impulso meramente natural, de las vanas reflexiones morales sobre el deber ser y el poder ser, de la subjetividad meramente abstracta. Si los hombres perciben al deber como una limitación o restricción de su libertad, están pensando, en rigor, en su libertad abstracta (GPhR, 149).

Pueden observarse aquí similitudes con Rousseau y Kant, en tanto también ellos consideran que la obediencia a las leyes civiles comporta la verdadera libertad, la libertad del hombre racional. También para Hegel, el derecho del individuo a ser libre se cumple en el hecho de pertenecer a una realidad ética (GPhR, 153). Esto nos recuerda asimismo la *Política* de Aristóteles, donde se afirma que el bien del individuo es el mismo que el de la ciudad (*Política*, I.1). El hombre es *zoon politikon*; el a-político que no necesita de sus semejantes será tal vez un diós o una bestia, pero no un hombre. El

fin de la ciudad no es la mera convivencia y supervivencia, sino el buen vivir (*euzein*). En definitiva, el hombre bello y bueno, el hombre honrado y justo, es el buen ciudadano.¹⁰²

10 El Momento de la Particularidad. La Sociedad Civil

Veremos brevemente el tratamiento hegeliano de la Sociedad Civil, donde el principio moderno de la subjetividad alcanza su máxima expresión. Aquí nuestro autor claramente va más allá de la comprensión economicista de su época, que la presenta como el lugar del intercambio, donde cada cual persigue su interés propio y al mismo tiempo, puesto que debe necesariamente satisfacerlo a través de otros individuos, contribuye al interés general. Hegel, retoma en parte la perspectiva de esta ciencia típicamente moderna que es la economía política de origen inglés, y le reconoce algunos méritos, pero con su visión filosófica de la Sociedad Civil como *momento* del espíritu, indudablemente la supera.

En síntesis, se trata de la idea de que el deseo es ilimitado, irrefrenable, y su satisfacción, contingente. La particularidad por sí está “infinitamente excitada”, en busca de la satisfacción de sus necesidades en todas direcciones. El hombre, a diferencia del animal, multiplica sus necesidades y el modo de satisfacerlas en una tendencia permanente a la diferenciación que deviene una “mala infinitud” – metafóricamente hablando, la de la línea recta, no la del círculo –, un “refinamiento” (GPhR, 191) constante. El hombre, por ende, no tiene un ser determinado ni un círculo de necesidades y medios de satisfacción específicos, sino, es un hacerse continuo, un permanente configurarse en una actividad transformadora, en una relación dialéctica mutuamente modificante con el mundo, relación que tiene su motor en la necesidad (Pichon Riviére).

Las necesidades, los medios y modos de satisfacción devienen algo social (GPHR, 192). Ya no se trata de la necesidad natural e inmediata, sino de algo social, se trata de una “opinión” que debe ser satisfecha (GPhR, 190). El objeto de deseo es el deseo del Otro (Lacan). Lo meramente necesario para la preservación natural, resulta rápidamente desbordado (en virtud de la ampliación infinita del círculo de las necesidades) por la exigencia imperiosa de *ser alguien*, según sus bienes, para otros. El llegar a ser reconocido, ser algo según este aspecto, dice Hegel, en sus lecciones berlinesas.¹⁰³

¹⁰² Véase Prelot, Marcel, *Historia de las ideas políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1986.

¹⁰³ Cf. Mizrahi, Esteban, “Derecho de Propiedad y Justicia distributiva en Hegel”, en Costa, Margarita y Mizrahi, Esteban (cocompiladores), *Teorías filosóficas de la propiedad*, Buenos Aires, Publicaciones del CBC, Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 111.

Todo esto, entraña una tensión entre igualdad jurídica formal y voluntad de diferenciación (Simmel), típicamente moderna.

La Sociedad Civil frente al Estado, que es lo universal, puede parecer, y lo es en cierto sentido, algo “pasivo o lo nulo”, pero “es asimismo *esencia espiritual universal* y también el *resultado* en constante devenir del trabajo y de la acción de todos, del mismo modo que se disuelve en el *goce de todos*”, – cursivas mías –.¹⁰⁴

*“Cada singular [i.e., el individuo], supone indudablemente, en este momento, que obra de un modo egoísta; pues es éste el momento en que se da la conciencia de ser para sí, y por tanto, no lo toma como algo espiritual; pero aun visto este momento solamente por el lado externo, se muestra que, en su goce, cada cual da a gozar a todos y en su trabajo tanto para todos como para sí mismo, al igual que todos trabajan para él. Su ser-para-sí es, por tanto, en sí universal y el egoísmo algo solamente supuesto, que no puede llegar a hacer real aquello que se supone, es decir, hacer de ello algo que no beneficie a todos”.*¹⁰⁵

Hay asimismo agudos pasajes de los GPhR donde nuestro autor prueba una profunda comprensión de la dinámica del capitalismo, señalando sus contradicciones específicas - especialmente en los párrafos 243 a 248. Afirma que “con la *universalización* de la conexión entre los hombres, a causa de sus necesidades, y del modo en que se preparan y producen los medios para satisfacerlas [es decir, con el intercambio en el mercado y la división social del trabajo], se acrecienta *la acumulación de las riquezas* (...) Pero, por otro lado, se acrecienta también la *singularización y limitación* del trabajo particular, y, por lo tanto, la *dependencia y miseria* de la clase ligada a ese trabajo, lo que provoca su incapacidad de sentir y gozar las restantes posibilidades, especialmente los beneficios espirituales, que ofrece la sociedad civil” (GPhR, 243). “El descenso de una gran masa por debajo de un cierto nivel mínimo de subsistencia, que se regula a sí mismo como necesario para un miembro de la sociedad, (...) ocasiona la formación de la *plebe* y, al mismo tiempo, lleva consigo la más grande facilidad para concentrar en pocas manos riquezas desproporcionadas” (GPhR, 244). “La Sociedad Civil no es lo *suficientemente rica*, en medio del exceso de riqueza; esto es, que no posee en la propia riqueza lo suficiente como para evitar el exceso de miseria y la formación de la plebe”.¹⁰⁶

En el párrafo número 246, se refiere nada menos que al fenómeno de la mundialización de la economía, al imperialismo: “Por medio de esta *dialéctica* suya la Sociedad Civil *es llevada más allá de sí*, para buscar en el exterior consumidores y por lo tanto los medios necesarios de su subsistencia en otros pueblos que están atrasados

¹⁰⁴ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, p. 293.

¹⁰⁵ Hegel, Georg F. W. PhG., *op.cit.*, pp. 294, 295.

¹⁰⁶ Hegel, Georg F. W. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1944, pp. 203, 204.

respecto de los medios que ella posee en exceso, o respecto de la industria en general”. Dice el filósofo, que si para la vida familiar es condición necesaria la tierra, como base y terreno estable, “así, para la industria, el elemento natural, que la anima hacia lo externo, es el mar”, y que la Sociedad Civil es finalmente empujada hacia la *colonización*, en búsqueda de “una nueva demanda y un nuevo campo para su trabajo”.

11 El Estado

En fin, todo el movimiento, desarrollo y manifestación del espíritu ético como voluntad sustancial tiene su punto culminante en el Estado. El Estado, es lo racional en sí y para sí (GPhR, 258). “Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último, en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado” (GPhR, 258). “Por ser el Estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él” (GPhR, 258 Anm).

Confundir el Estado con la sociedad civil, y darle significado sólo a partir de un fin específico como sería el de la seguridad y protección de la propiedad, libertad y la vida, es decir el interés del individuo en cuanto tal, es una errónea comprensión del fenómeno, típica del contractualismo.

La indagación de cuál habría sido el origen histórico del Estado, no incumbe a la idea misma de Estado. El Estado en sí y para sí es la *totalidad* ética, la realización de la libertad, y es un fin absoluto de la razón que la libertad sea efectivamente real. El Estado es el espíritu presente y autoconsciente en el mundo, pues en él la voluntad sustancial es clara para sí misma, se piensa y se sabe.

Esta realización de la idea de libertad en el mundo, esta esencia de la autoconciencia se realiza como una fuerza independiente en la que los individuos son sólo momentos. Es *el camino de Dios en el mundo* lo que constituye el Estado. Su fundamento es la fuerza de la Razón, que se realiza como voluntad. Se puede observar en el discurrir del complejo discurso hegeliano, una opaca identificación entre la Razón, lo Absoluto, lo Divino, Dios, lo espiritual, el Derecho, el Estado. Se trataría de una Providencia racional ubicada encima o por detrás del hombre, de su historia y de su conciencia.

De lo que se trata para Hegel, es de la *idea* de Estado, y concebirlo no como un producto artificial,¹⁰⁷ sino como algo que se halla en el mundo, y por ende sujeto en parte a la contingencia, el error y el arbitrio, por lo cual un mal comportamiento podría desfigurarlos en muchos aspectos. Que halla Estados defectuosos no afecta ni “refuta” la idea positiva de Estado, de la misma manera que la existencia empírica de hombres

¹⁰⁷ Idea típicamente moderna, según la cual lo natural sería el estado no civil, el estado de naturaleza.

enfermos, deformes o delincuentes, no afecta la idea positiva de la vida o del ser humano.

Sabemos que característica principal del Estado moderno, es que permite que *el principio de la subjetividad* se consume hasta llegar al extremo independiente de la particularidad personal, para al mismo tiempo retrotraerlo a su unidad sustancial. Esto no era así en la antigüedad, en cuyos Estados lo universal no había atravesado ni soportado todavía el momento de la particularidad. “Sólo si ambos momentos [el de lo universal y el de lo particular], se afirman en su fuerza, puede considerarse que el Estado está articulado y verdaderamente organizado” (GPhR, 260 Z).

El Estado, por ende, está por encima de las esferas de la familia y de la sociedad civil, es un poder superior a cuya naturaleza están subordinadas las leyes e intereses de aquéllas, y asimismo, es su fin immanente. El Estado, es la “compenetración de lo sustancial y lo particular”, lo que implica que, *mi obligación* respecto de lo sustancial sea al mismo tiempo *mi libertad* particular. Al cumplir con su deber el individuo debe encontrar al mismo tiempo su propio interés, su satisfacción y su provecho, y le corresponde como ciudadano el derecho de que la cosa pública devenga su propia cosa particular. El interés particular no debe ser dejado de lado ni reprimido sino que debe ser puesto en concordancia con lo universal. El ciudadano que cumple con sus deberes encuentra en el Estado la protección de su persona y propiedad, la consideración de su bienestar particular y la satisfacción de su esencia sustancial, la conciencia y el orgullo de ser miembro de esa totalidad orgánica. Ello explica el *patriotismo*. No es la *fuerza* lo que une a los hombres en el Estado, sino el *sentimiento* fundamental de este orden social y político, que todos poseen.

La libertad subjetiva debe tenerse en cuenta, y exige la libre elección de los individuos. Pero las circunstancias múltiples de la vida cotidiana, en las cuales el arbitrio de la libertad subjetiva de los individuos se realiza, no son más que el lugar donde el espíritu ético se revela en forma de familia y sociedad civil.

Según la crítica marxiana, “la constitución, pues, es racional en cuanto los elementos del Estado pueden ser separados en elementos lógicos abstractos. El Estado no tiene que diferenciar y determinar su actividad según su naturaleza específica, sino de acuerdo a la naturaleza del concepto, que es el *móvil mistificado* del pensamiento abstracto”¹⁰⁸ (el destacado me pertenece). Marx, califica a este razonamiento de “misticismo lógico” o “panteísta”. Al respecto, opina que el empirismo vulgar tiene como ley no su propio espíritu, sino un espíritu extraño; por el contrario, la idea real tiene como existencia no una realidad desarrollada en ella misma, sino el empirismo lugar. La idea es subjetivada”.¹⁰⁹ Lo que está diciendo Marx, es que lo empírico, se disuelve en lo ideal, pero sin embargo lo ideal no tiene otro contenido que lo empírico, por lo tanto no hay aquí una verdadera explicación de lo que aparece, sino más bien se trata de un procedimiento que cancela la posibilidad de todo tipo de crítica de la

¹⁰⁸ Marx, Karl. *Crítica de la filosofía del estado de Hegel*, Claridad, Buenos Aires, 1946, p. 67.

¹⁰⁹ Marx, Karl, *op.cit.*, pp. 52, 53.

realidad. Por ello llama Marx, a todo esto “empirismo vulgar”, acrítico, pues *disuelve* filosóficamente la realidad, y luego la *restaura* tal como estaba.

Tal es la “trampa” de Hegel, pues como lo que es, es manifestación del Absoluto, y el contenido del mismo es justamente eso que aparece, finalmente se absolutiza, *se diviniza la realidad tal cual es*, inmunizándola de toda crítica. Por eso el mote de “panteísmo”. Detrás de todo está lo Absoluto, la Razón, Dios o el Estado.

Según el joven Marx, Hegel, no explicaría nada, sólo cambia el nombre de las cosas, juega con las palabras: “La diferencia no reside en el contenido, sino en la manera de considerar o *en la manera de hablar*”¹¹⁰ (el destacado me pertenece).

La crítica marxiana retoma la crítica feuerbachiana de la religión, que entiende que en ésta opera un mecanismo por el cual se ubica al predicado, lo universal, en el lugar de la auténtica realidad, y a la verdadera realidad como momento del predicado, como predicado del predicado. La *inversión* que consiste en volver sujeto al universal abstracto que corresponde al predicado. “Hegel, hace *independientes a los predicados* y los deja transformarse luego, de una manera *mística*, en sus sujetos (...) [A]djudica una existencia independiente a los predicados (...) El sujeto real aparece después como resultado (...) La *sustancia mística* llega a ser, pues, sujeto real, y el sujeto real aparece como distinto, como un elemento de la sustancia mística”¹¹¹ (el destacado me pertenece). Hegel, parte de los predicados en lugar de partir del ente real, pero como necesita un soporte para esas determinaciones, la idea mística viene a ser el soporte. Por ejemplo, en lugar de decir que “el hombre es racional”, dice que más bien, “la Racionalidad se despliega en los hombres”; el hombre es accidente de aquella realidad sustancial espiritual, que es lo *real* en sentido fuerte. Por ello “la idea es subjetivada”: “El sujeto real no aparece más que como el último predicado del predicado abstracto”.¹¹²

En el siguiente pasaje clásico de la *Ideología Alemana*, queda resumida la crítica marxiana al idealismo: “Totalmente al contrario de lo que ocurre en la filosofía alemana, que desciende del cielo sobre la tierra, aquí [se refiere a su propia postura] se asciende de la tierra al cielo. Es decir, no se parte de lo que los hombres dicen, se representan o se imaginan, ni tampoco del hombre predicado, pensado, representado o imaginado, para llegar, arrancando de aquí, al hombre de carne y hueso; se parte del hombre que realmente actúa y, arrancando de su proceso de vida real, se expone también el desarrollo de los reflejos ideológicos y de los ecos de este proceso de vida. También, las formaciones nebulosas que se condensan en el cerebro de los hombres son sublimaciones necesarias de su proceso material de vida, proceso empíricamente registrable y sujeto a condiciones materiales. La moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad. No tiene su propia historia ni su propio

¹¹⁰ Marx, Karl, *op.cit.*, p. 53.

¹¹¹ Marx, Karl, *op.cit.*, p. 74.

¹¹² Marx, Karl, *op.cit.*, p. 65.

desarrollo, sino que los hombres que desarrollan su producción material y su intercambio material cambian también, al cambiar esta realidad, su pensamiento y los productos de ese pensamiento. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia.”¹¹³

12 El Derecho Positivo

En este contexto, Derecho es Derecho positivo (*positiv*), establecido o puesto (*gesetzt*) por el Estado. El derecho existe (existencia: *Dasein*) como Ley (*Gesetzt*). La semejanza en el idioma alemán entre derecho “establecido” y “Ley” es evidente. En consecuencia, para Hegel, sólo la legislación será objeto de la Ciencia Positiva del Derecho (GPhR, 3) – o de la “Teoría Pura del Derecho” diría Kelsen.

Hemos visto que los universales en Hegel, no son vacíos y abstractos, como los “meros conceptos” del entendimiento, sino que tienen realidad efectiva y contenido concreto. La idea de derecho, de la que se ocupa la ciencia, consiste en el concepto de derecho y su realización. El concepto se da a sí mismo, en su realización, determinadas configuraciones, que son diferentes momentos de la Idea de derecho (Cf. GPhR, 1).

Pero vale aclarar que en materia de legislación no se trata de la recopilación de normas consuetudinarias, ni de un *common law* al estilo inglés, sino de la organización de la legislación en forma de *Código*, que es expresión de la aprehensión del pensamiento de los principios del derecho en su universalidad y determinación. En efecto, no se trata de inventar nuevas y originales leyes, ni de adoptar instituciones extranjeras, sino de conocer conceptualmente las instituciones jurídicas ya existentes y sistematizarlas, plasmando, finalmente, el resultado en un Código (Cf. GPhR, 211). Negar a una nación culta la facultad de hacerse un código sería uno de los mayores insultos que tal nación podría sufrir.

En consecuencia, sólo será obligatorio lo que existe como ley (GPhR, 212). La sistematicidad de la legislación positiva hecha Código tiene que ver también con el conocimiento y comprensión general del derecho, lo cual a su vez, se vincula con su obligatoriedad. Es tan injusto – dice Hegel, – obligar a la ciudadanía a obedecer leyes secretas, como obligarla a obedecer leyes confusas o contradictorias, o escritas en latín, o que sólo los juristas puedan entender (Cf. GPhR, 215).

13 La Nueva Estructura de Dominación Moderna y la Filosofía Jurídica

Finalmente, corresponde ubicar a los dos autores estudiados en la historia del pensamiento político y jurídico occidental. Tomemos como guía el análisis de M. Weber, quien desde un punto de vista típico-ideal, explica el desarrollo que el Derecho

¹¹³ Marx, Karl, Engels, *op.cit.*, p. 26.

habría realizado, a la par de los tipos de dominación predominantes y el tipo de acción social que les corresponde – aclarando que, se trata sólo de una descripción de los rasgos más importantes de un desenvolvimiento en un orden de *racionalidad creciente*, que evidentemente no ha tenido lugar exactamente de esa manera en la realidad histórica, “ni siquiera en Occidente”. Según el sociólogo:

El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en “etapas teóricas” de desarrollo, conduce de la revelación carismática por profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el imperium profano y los poderes teocráticos y, por último, al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. ¹¹⁴

Puede distinguirse, en primer lugar, el tipo de dominación carismático, donde “son lo decisivo las creaciones de derecho de caso en caso, originariamente sólo juicios de Dios y revelaciones (...); el profeta genuino, como el caudillo genuino, como todo jefe genuino en general, anuncia, crea, exige nuevos mandamientos – en el sentido originario del carisma: por la fuerza de la revelación, del oráculo, de la inspiración o en méritos de su voluntad concreta de organización, reconocida en virtud de su origen por la comunidad de creyentes, guerreros, prosélitos y otra clase del personas. El reconocimiento crea un deber”. ¹¹⁵

En segundo lugar, se hace referencia al tipo de dominación tradicional, donde predominan principios materiales en la administración y la resolución de conflictos, lo que tiene consecuencias trascendentes, en particular, en relación con la economía. “El patriarca, lo mismo que el señor patrimonial, rige y decide según principios de la justicia del Cadi, o sea: ligado estrictamente por una parte a la tradición, pero, por la otra y en la medida en que dicha vinculación deja libertad, de acuerdo con puntos de vista jurídicamente informales e irracionales de equidad y justicia en cada caso particular y, además, con consideración de la persona (...) Predomina una combinación de principios ético-sociales y utilitario-sociales que rompen toda rigidez jurídica formal”, ¹¹⁶ y, podemos agregar, toda “seguridad jurídica”.

Weber, se refiere finalmente al Estado-nación capitalista moderno, al que corresponde el modo de dominación legal-racional, y a la concepción positivista del derecho que le acompaña. En efecto, actualmente se entiende por “Derecho” el conjunto de normas jurídicas positivas, creadas por quienes están autorizados a “decir el derecho”. Según el sociólogo, el capitalismo occidental moderno es consecuencia de la organización racional del trabajo formalmente libre, resultado de un proceso histórico

¹¹⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 649, 650.

¹¹⁵ Weber, Max, *op.cit.*, p. 195.

¹¹⁶ Weber, Max, *op.cit.*, pp. 710, 711.

de racionalización creciente. Entre sus elementos esenciales, el derecho ocuparía un lugar fundamental: a) como derecho privado racional que garantice la seguridad jurídica y admita la distinción del patrimonio de la empresa de las personas físicas de los socios; b) como derecho público que habilite la moderna administración burocrático-racional del Estado.

Resumiendo, “las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y, de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines, condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello (...) hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional de procedimiento jurídico”.¹¹⁷

Los rasgos principales de pensamiento jurídico formalista o positivista serán, según Max Weber, los siguientes: a) toda decisión jurídica concreta representa la aplicación de un precepto abstracto a un hecho concreto; b) es necesario que pueda encontrarse, con relación a cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en preceptos abstractos en vigor; c) el derecho objetivo vigente es un sistema sin lagunas de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, al menos, debe ser tratado de esa manera para el propósito de su aplicación a casos concretos; d) todo lo que no pueda construirse de modo racional, carece de relevancia para el derecho; e) la conducta de los hombres que forman una comunidad debe ser necesariamente concebida como ejecución o aplicación, o por el contrario, como infracción, de preceptos jurídicos. Weber, destaca la importancia de la sistematización jurídica, que consiste en organizar los preceptos jurídicos obtenidos mediante el análisis de manera que formen un conjunto de reglas claro, coherente y desprovisto de lagunas, exigencia que necesariamente implica que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo alguna de las normas del sistema, pues de lo contrario este carecería de su garantía esencial.¹¹⁸

Según el positivismo jurídico, la validez de la norma jurídica no depende de su contenido, pues, como observa H. Kelsen, – su exponente más brillante – “ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”: Su existencia en el mundo normativo depende de la circunstancia de haber sido creada “de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido puesto. Su positividad reside, en el hecho de que proviene necesariamente de un

¹¹⁷ Weber, Max, *op.cit.*, p. 650.

¹¹⁸ Cf. Grau, Eros Roberto, “A dupla desestruturação do direito”, en Cárcova, Carlos M., (coordinador), *Derecho y transición democrática. Problemas de la gobernabilidad*, Oñati Proceedings, n. 20, 1995, p. 174.

acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura".¹¹⁹ Toda norma jurídica positiva es válida si ha sido creada según las formas que la norma superior indica. Finalmente, una pluralidad de normas constituye un sistema cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única: "Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra a la base de este orden".¹²⁰

En la modernidad, el Estado Nación detenta, con mayor o menor eficacia, el monopolio *legítimo* del uso de la fuerza física, siendo el derecho el instrumento que regula tal uso. Por ende, es una importante técnica de regulación y de "control social", entendido, en un sentido amplio, como el "conjunto de los fenómenos y procesos que contribuyen a regular y organizar el comportamiento humano, estableciendo relaciones entre varios sujetos en consideración a metas colectivas, sobre todo, la realización del orden social".¹²¹

Lo importante es destacar que el sistema jurídico cuenta con un cuadro coactivo que garantiza directa o indirectamente el cumplimiento de sus normas por medio de la fuerza, independientemente de los fines y funciones concretas que las mismas históricamente persigan. Según Weber, debería rechazarse el prejuicio de que sólo habría "derecho" cuando la coacción esté en manos del Estado.¹²² Ahora bien, continúa el gran sociólogo, "hablaremos de derecho *estatal*, esto es, de derecho garantizado por el estado, cuando y en la medida en que la garantía, la coacción jurídica, se establece mediante los medios coactivos específicos, es decir, directamente *físicos*, en el caso normal, de la comunidad política".¹²³ Esta caracterización es muy similar a la de Kelsen, en tanto el elemento definitorio del derecho es el tipo específico de sanción de que se vale, como técnica de control social. La sanción sería violenta, y estaría a cargo del Estado, exclusivamente.¹²⁴ En general, en el lenguaje cotidiano y

¹¹⁹ Kelsen, Hans, *op.cit.*, pp. 136, 137.

¹²⁰ Kelsen, Hans, *op.cit.*, p. 135.

¹²¹ Gallino, Luciano, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, 1995, p. 229.

¹²² "Hablabamos de orden jurídico cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo, físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestas a manejarlo en caso de que se presente la situación; cuando, por tanto, existe una forma específica de socialización a los fines de la coacción jurídica. No siempre fue un monopolio de la comunidad política la posesión de un aparato semejante para el empleo de la coacción física. Tampoco existe hoy monopolio semejante, como muestra la significación del derecho garantizado sólo por vía eclesiástica, con respecto a la coacción psíquica" (Weber, Max, *op.cit.*, p. 256).

¹²³ Weber, Max, *op.cit.*, p. 253.

¹²⁴ Define Kelsen la sanción jurídica como un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tengan o no contenido económico. Podemos ampliar un poco esta concepción, sin dejar de suponer que como *ultima ratio*

también en el técnico-jurídico, el término “derecho” se usa en el sentido de “derecho estatal”.¹²⁵

En el derecho moderno, se tiende a considerar “justo” lo “ajustado” al derecho positivo, y predomina un tipo de “racionalidad formal”, no “material” (éticamente determinada o utilitarista), en el sentido de Weber. Sin embargo, creemos que esta “racionalidad formal” del sistema jurídico, sin dudas predominante, nunca fue ni podría ser *absoluta*, pues, como señalamos *supra* a propósito de Hegel, ha observado el Prof. Guariglia, que la total predominancia de la acción racional con arreglo a fines no podría sostener ningún tipo de dominación estable, pues es necesario a toda estructura de dominación un fundamento sustantivo que motive la “obediencia”, y la acción instrumental por sí sola no puede suministrarlo.¹²⁶ Asimismo, son patentes las tendencias “antiformalistas” dentro del mismo derecho positivo moderno, proceso que algunos han calificado de “rematerialización del derecho formal”.¹²⁷ En particular, destacamos el importante avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual contiene un sinnúmero de principios políticos y de justicia material de gran importancia para todo operador jurídico progresista.

En la actualidad, suele pensarse al discurso jurídico – integrado por el derecho positivo, la dogmática jurídica y la filosofía jurídica, – como un sistema autorreferencial o “autopoietico”, con autonomía relativa con respecto al entorno – denominada “clausura operacional” del sistema.¹²⁸ Según el jurista sistémico G. Teubner, los cambios externos son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados de acuerdo a su lógica de desarrollo propia. “El cambio legal refleja una dinámica interna que es influida, sin embargo, por estímulos externos y a su vez influye en su entorno”.¹²⁹

siempre estará la garantía del uso de la fuerza de parte del estado, y considerar como sanción no sólo las penas del derecho penal y las ejecuciones forzadas del derecho privado – como Kelsen –, sino también otras consecuencias jurídicas muy importantes del derecho privado, como la declaración judicial de nulidad, ineficacia o inexistencia de un acto jurídico. Toda vez que los actos de esta manera invalidados no surten efectos jurídicos, garantizados coactivamente, en cabeza del interesado, es claro que estamos frente a una suerte de sanción. Por ejemplo, del matrimonio celebrado entre el asesino del marido y la viuda, el primero no puede esperar ningún derecho alimentario ni sucesorio, garantizados por el aparato coactivo del estado – en virtud del art. 166 inc. 7° del Código Civil Argentino.

¹²⁵ Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que la conceptualización de Weber, que llama “derecho” a todo orden normativo garantizado por un aparato coactivo de la clase que sea, resulta importante para todo intento de realizar una sociología y/o antropología jurídica, que, por ej., resultaría de gran apoyo para los estudios contemporáneos sobre multiculturalismo y pluralismo jurídico (coexistencia y/o superposición, en el mismo espacio geográfico, de distintos órdenes conductuales coactivos), o sobre la marginalidad y la delincuencia (criminología).

¹²⁶ Cf. Guariglia, Osvaldo, *op.cit.*

¹²⁷ Cf. Bourdieu, Pierre y Teubner, Günther, *La fuerza del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

¹²⁸ Luhmann, Niklas, De Giorgi, Rafaele, *Teoría de la sociedad*, México, Triana Editores, 1992, p. 41.

¹²⁹ Teubner, Günther, *op.cit.*, p. 98.

La *dogmática jurídica*, se encarga de la tarea fundamental de señalar la manera en que deben leerse las normas, sea a nivel individual, o en el intento de compatibilizar el sentido prescriptivo de varias normas de igual o diferente jerarquía. Asimismo, ofrece puntos de vista nuevos o innovadores en orden a la reforma de la legislación (*lege ferenda*). Se llama a esta praxis específica “dogmática” con razón – denominación, a mi entender, más adecuada que la de “ciencia jurídica” –, toda vez, que se ocupa primordialmente de cuestiones esencialmente lógicas, de análisis de la consistencia, identificación de lagunas y antinomias, etc. Se presenta como “científica”, ideológicamente neutra y objetiva. Puede observarse, en general, la falta de cuestionamiento del *contenido* de las normas, en tanto no esté en juego la coherencia del sistema. La dogmática, ha llegado incluso a crear una categoría “científica” para dejar fuera de todo cuestionamiento jurisdiccional un amplio y difuso conjunto de normas jurídicas, en tanto se refieran a las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.

Finalmente, la filosofía jurídica o “Teoría General del Derecho,” – denominación más actual – se ocupa de profundizar en temas caros para la praxis judicial y legislativa, como son el análisis del lenguaje y el desarrollo de la lógica deóntica. La labor de la dogmática y filosofía jurídicas es esencial para el derecho moderno, pues contribuye a su *racionalización* permanente, en un todo acorde con las exigencias propias del tipo de dominación contemporáneo y el sistema capitalista que lo sostiene, siempre ávido de “seguridad jurídica”.

14 Conclusión

Hemos visto cuán importante ha sido el rol histórico de los filósofos iusnaturalistas en el tránsito de la dominación tradicional a la legal-racional. Bobbio, indica que “todas las filosofías políticas que se engloban en el iusnaturalismo poseen un rasgo distintivo (...), el intento de construir una teoría racional del Estado”,¹³⁰ que prescinda por completo de argumentos de carácter teológico, a los que siempre había recurrido la teoría tradicional para explicar el origen de la sociedad humana. Una teoría del estado como remedio a una problemática netamente humana, como es la circunstancia de que el hombre es un ser racional y pasional simultáneamente, considerando a las pasiones como propiedades de la naturaleza humana, que le pertenecen de manera análoga a como frío, el calor, la tempestad y el trueno pertenecen a la naturaleza de la atmósfera. También el iusnaturalismo propone una “teoría del estado racional”,¹³¹ en el sentido de que sería el estado el único lugar en donde el hombre podría vivir plenamente de acuerdo a su naturaleza de ser racional. El proyecto

¹³⁰ Bobbio, Norberto, *op.cit.*, p. 138.

¹³¹ Bobbio, Norberto, *op.cit.*, p. 140.

de un estado racional implica eliminar todo derecho que no sea derecho estatal.¹³² Huelga señalar que con Kant y Hegel hemos apreciado dos monumentales “teorías racionales del estado” y “teorías del estado racional”.

El iusnaturalismo “expresa una teoría del poder que está en las antípodas de la de la dominación tradicional y que contiene todos los ingredientes principales de la forma de dominación que Weber, llamó legal-racional: secularización del Estado y subordinación del príncipe a las leyes naturales, que son las leyes de la razón; primacía de la ley sobre la costumbre y sobre las normas que los jueces van creando en cada ocasión; relaciones impersonales, a través de las leyes, entre príncipe y funcionarios, de donde nace el Estado de estructura burocrática, y entre funcionarios y súbditos, de donde nace el Estado de derecho; y finalmente, concepción antipaternalista del poder estatal, que comparten Locke (...) y Kant, que ve realizado el principio de la ilustración (...) en el Estado que tiene como fin no el de hacer felices a sus súbditos, sino el de hacerles libres”.¹³³

En similar sentido, también ha recalcado Nino, acerca del iusnaturalismo *racionalista*, que “los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada *dogmática jurídica*, que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea”.¹³⁴

La antinomia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico puede resolverse fácilmente ubicando a cada escuela de pensamiento jurídico en dos fases distintas del mismo proceso histórico: el de la consolidación progresiva de la burguesía como clase hegemónica. En una primera etapa, se valió de la doctrina del derecho natural para denunciar al estado, el derecho y la sociedad tradicional; una vez consolidada en el poder, y luego de sancionar sus primeros códigos, resolvió que no hay más derecho que el derecho positivo, es decir, no hay más derecho que *su* derecho. En palabras de un querido iusfilósofo argentino, el Profesor Enrique Mari: “fue éste el modo, quizá paradójico, en que la cuestión del *enlightenment*, la cuestión de las leyes claras y precisas, la de la certeza del derecho, nacida en el seno del racionalismo iusnaturalista, desembocó en el positivismo jurídico: no hay más derecho que el que surge de la voluntad del legislador; (...) el juez en su interpretación debía sujetarse estrictamente a las palabras de la ley que expresan la voluntad legislativa. Las primitivas instancias del iusnaturalismo, se fueron metamorfoseando hasta plasmarse en el positivismo. Entre la codificación y la interpretación literal de la ley existe un nudo, pero si se quiere detectar el modo de anudamiento de este nudo hay que identificar ese endoso del racionalismo iluminista al racionalismo positivista, que es, a su vez, la caracterización histórica del paso y evolución de las ideas del *siglo XVIII al XIX*”.¹³⁵ El derecho

¹³² La identificación entre Derecho y Estado, y el desconocimiento de todo derecho no estatal, es uno de los pilares fundamentales del moderno positivismo jurídico.

¹³³ Bobbio, Norberto, *op.cit.*, pp. 143-144.

¹³⁴ Nino, Carlos S., *op.cit.*, p. 29.

¹³⁵ Mari, Enrique E., (coordinador), *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 280.

positivo era suficientemente claro, no debía dejar lugar a la “interpretación”,¹³⁶ de ahí la preeminencia del método exegético de interpretación o de la “interpretación literal”. Por ello Napoleón, al ver las primeras interpretaciones y comentarios a su código, observó: “Se perdió mi código”. Otra frase célebre, nacida de la boca de un destacado miembro de la escuela de la exégesis: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”.

¹³⁶ Los jueces no interpretan ni crean derecho: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley” (Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1984, p. 48). Recordemos la famosa frase de Montesquieu, de que los jueces *ne sont que la bouche qui prononce la parole de la loi*.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Razón y Justicia en el Orden Actual Visión Crítica Desde la Filosofía de la Liberación

Juan Antonio Senent de Frutos*

Resumen. El presente trabajo realiza un acercamiento a las justificaciones que hegemonícamente se proponen para la eliminación de cualquier adversario o modelo diferenciado dentro de la actual dinámica de interacción social en el marco del orden global. La presente dinámica de confrontación es evaluada a la luz de la crítica que a partir de algunos autores (F. Hinkelammert o R. Fornet-Betancourt) se puede proyectar sobre la polarización maniquea de la sociedad global para tratar de recuperar la posibilidad de una praxis liberadora frente a lo instituido.

Resumo: O presente trabalho realiza uma aproximação às justificações que hegemonicamente propõem a eliminação de qualquer adversário ou modelo diferenciado dentro da atual dinâmica de interação social no marco da ordem global. A presente dinâmica de confrontação é avaliada à luz da crítica que, a partir de alguns autores (F. Hinkelammert o R. Fornet-Betancourt) podem ser projetadas sobre a polarização maniqueísta da sociedade global para tratar de recuperar a possibilidade de uma práxis libertária frente ao instituído.

Abstract: The present work carries out a closeness to the justifications that hegemonically proposes the getting rid of any adversary or differentiated model in which the actual social interaction dynamics is, in the landmark of global order. This confrontation dynamics is analysed critically, and from some authors (F. Hinkelammert and R. Fornet-Betancourt) it can be projected on the manicheist polarization of the global society, to try and get back the possibility of a libertarian praxis for the instituted.

1 Razones para la Guerra en el Orden Actual

Para entender y situarse críticamente en el contexto de la sociedad global actual resulta oportuno tratar de abordar algunas de las relaciones y tensiones que pueden existir entre la ética y la religión¹ en el marco de la interacción y de las relaciones de poder entre las culturas en el contexto actual de la globalización neoliberal. Una forma clara de visualizar esas relaciones y tensiones, ha sido puesta de relieve tras los acontecimientos del 11 de Septiembre de 2001.

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. España. E-mail: senent@us.es.

¹ Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el Simposio sobre "ética y religión" en el contexto del I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía Política, Septiembre de 2002, Alcalá de Henares.

Según una visión bastante común de estos acontecimientos, en ellos se estaría revelando la barbarie de la amenaza terrorista proveniente del fundamentalismo islámico que pretendería destruir no sólo una nación o un imperio, sino en última instancia la forma superior de civilización que han creado los seres humanos, la civilización moderna occidental; por eso, frente a ello habría que alinearse, o mejor, "alistarse" en el único bando posible y legítimo. Es el planteamiento de los "fukuyama" y los "huntington" del sistema.

Una visión de este tipo es la que se plantea en *La carta de América, razones de un combate*,² donde sesenta intelectuales de Estados Unidos tratan de aportar el juicio ético y racional en ese escenario de confrontación que justificaría y obligaría a desplegar toda la fuerza bélica de que se sea capaz para eliminar la amenaza del mal que quiere acabar con la civilización humana. La agresión es interpretada como una grave amenaza para todos, no sólo para los directamente ofendidos, y el combate no es sólo para defenderse sino también para "defender los principios del hombre y de la dignidad humana".³ Es decir, no se trata en último término de defender a una parte de población humana, sino de luchar por principios y valores ético-políticos *universales* que serían los de la sociedad norteamericana; tales como la dignidad humana por la que todo ser humano ha de ser tratado como un fin y no como un medio; como la igualdad entre todos los seres humanos; la libertad de culto y de opinión; y la condena del acto de "matar en nombre de Dios".

Es de destacar, que desde una supuesta posición intelectual secularizada se pretende, a su vez, erigirse en juzgadores de la corrección teológica de ciertas interpretaciones culturalmente atrasadas: "matar en nombre de Dios es contrario a la fe en Dios. Es la mayor traición posible a la universalidad de la fe religiosa". Llama la atención que esta tesis teológica no es expresada por ningún "parlamento de las religiones" sino por intelectuales que se sitúan en una perspectiva "laica". Ahora bien, tras esa afirmación con la que estarían de acuerdo la inmensa mayoría de los

² What We're Fighting For, febrero de 2002, del Institute of American Values http://www.propositionsonline.com/html/fighting_for.html. Citaré aquí la traducción ofrecida por el diario Offnews info, Buenos Aires, 10 de Marzo. Entre los firmantes de la carta se encuentran, Francis Fukuyama, Samuel Huntington, Michael Walzer, Michael Novak... Incluso desde otro planteamiento y sin ser firmante, como el caso de Richard Rorty, el cual se sitúa en una posición de una cierta pasividad indolente frente a la diferencia de otras culturas a las que considera irreductibles por medio de una discusión racional para comprender las virtudes de los valores de la sociedad norteamericana; también podría sumarse a este frente de lucha (cf. Rorty, R., "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad" en *De los derechos humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty* de 1993, Madrid, 1998).

³ Cf. Álvarez Dorronsoro, Javier, "La Carta de América. Razones de una intervención". Ahora bien, como indica este autor, lo que no se discierne es si se trata de un problema de "conflicto de valores" o si se trata también de conflictos que surgen en respuesta a acciones y conductas individuales y colectivas. Sobre esta carta, ver también "La guerra ideológica" de J. Vidal-Beneyto, *El país*, 16 de febrero de 2002.

creyentes de las religiones actuales, y tras negar en coherencia la licitud de una “guerra santa o cruzada” porque implica “la negación misma de la fe religiosa, ya que transforma a Dios en un ídolo al servicio de los designios humanos”; *en cambio*, sostiene la licitud y el deber de hacer la guerra contra Afganistán para eliminar a los talibanes en nombre de una “guerra justa”: “sucede que en ciertas circunstancias la guerra no sea sólo moralmente permitida sino hasta necesaria para responder a las ignominiosas demostraciones de violencia, de odio y de injusticia. Estos es lo que hoy sucede”.

Como resultado tenemos lo siguiente: la sociedad norteamericana como portadora de una civilización universal, no puede tolerar la violencia que proviene de una interpretación cultural atrasada (que no habría secularizado las relaciones religión/estado-sociedad civil) y pretende aniquilar los valores universales de la dignidad humana en nombre de Dios y de la defensa de un régimen teocrático, y por tanto, afirma la justicia de matar a aquellos que quieren matar en nombre de Dios. Por tanto, se vuelve a incurrir en la posición de una guerra justa, que se presenta y justifica ahora como una guerra en nombre de la verdadera religión (la religión que racionalmente podría asumirse), y por ello esta guerra justa tiene también la dimensión de una guerra santa. Desde este planteamiento, se prohíbe matar en nombre de Dios, y se ordena matar a aquellos que matan o quisieran matar en nombre de Dios. Es decir, para acabar con aquellos que convierten a Dios en ídolo al servicio de sus propios designios: Dios, nuevamente, tiene que convertirse en ídolo que permitiría justificar los deseos de quienes tienen destruir a los idólatras.

Otra justificación de la guerra, desde un trasfondo análogo y que resulta especialmente relevante, es la posición de Francis Fukuyama en sus recientes trabajos, en los que viene a reforzar las grandes líneas de la carta de América, en lo que entendemos que no se trata meramente de una interpretación ético política sino del exponente intelectual de un posicionamiento político de carácter hegemónico que delimita el programa de acción y el marco de enjuiciamiento frente a otras sociedades no occidentales.

Para éste, la presente fase de conflicto no expresaría sino la continuidad y profundización de un mismo proceso histórico: el “avance de la humanidad a lo largo de los siglos hacia la modernidad, caracterizada por instituciones como la democracia liberal y el capitalismo”.⁴ Esta es la fuerza primordial de la historia humana, la fuerza de universalización inscrita en la propia lógica de la modernidad, que “es un poderoso tren de mercancías que no descarrilará por los acontecimientos recientes (...) La democracia y los mercados libres seguirán expandiéndose a lo largo del tiempo como los principios dominantes de la organización del mundo”. En este sentido, según Fukuyama, seguimos en el fin de la historia.

⁴ Fukuyama, Francis, “Seguimos en el fin de la historia”, *El País*, España, 21 de octubre de 2001.

Ahora bien, trata de destacar en su análisis también el peso del factor cultural y religioso en el desarrollo de las sociedades y su papel en el conflicto entre ellas, haciéndose eco del “éxito” mediático que la interpretación de Huntington acerca del origen y de la dinámica de los conflictos sociales y su dependencia de la matriz cultural y en última instancia del tipo de religión que esté en su base. La modernidad tiene una base cultural, y donde mejor funciona es en las sociedades que han secularizado una cierta idea religiosa de base cristiana: “no es casualidad que la democracia liberal moderna surgiera primero en el Occidente cristiano, dado que la universalidad de los derechos democráticos se puede interpretar muchas veces como una forma secular de la universalidad cristiana”.⁵ Pero dado ya ese proceso en siglos anteriores⁶ han ido siendo asumidos esos valores en otras formaciones culturales y religiosas, salvo el caso del Islam que es “el único sistema cultural que parece producir con regularidad gente como Osama Bin Laden o los talibanes, rechaza[ndo] de pies a cabeza la modernidad”. El rechazo y odio hacia lo occidental nacería del resentimiento hacia el éxito de Occidente y el fracaso musulmán. Pero ello no es algo que parece abocar a un conflicto sin fin, sino a una fase coyuntural que será superada por Occidente, puesto que el *choque* se compone de una serie de acciones de retaguardia provenientes de sociedades cuya existencia tradicional está amenazada por la modernización, y a su vez, por su componente moral: el respeto por los derechos humanos.⁷

La causa del conflicto para Fukuyama, entonces, sería el fracaso o la dificultad en dar el paso hacia la secularización de la vida social, la transición de una sociedad teocéntrica a una antropocéntrica, el paso de tratar de fundamentar el orden social y político en la autoridad divina o en la propia naturaleza humana, como según Fukuyama hiciera John Locke en tanto que autor decisivo para formación de la tradición liberal democrática. La ausencia del laicismo, parece ser hoy, “la principal línea divisoria entre el Islam y el Occidente”.

Así las cosas, el conflicto en la presente fase se polarizaría entre la defensa de la racionalidad y la justicia que se atribuyen unilateralmente *in toto* a la civilización moderna occidental frente a la barbarie a que pueden dar lugar otras formaciones culturales como las sociedades islámicas en tanto que no se den las formas superiores de racionalidad que se despliegan en las primeras debido a sus atavismos, a la ausencia de un proceso de modernización y de secularización de la vida social, con el consiguiente desprecio o el sometimiento de la dignidad de la persona humana frente a las exigencias de defensa del sistema social y religioso.

⁵ *Ibid.*

⁶ Fukuyama, Francis. “No hay choque de civilizaciones”, *La Nación*, Argentina, noviembre de 2001.

⁷ *Ídem.* “Seguimos en el fin de la historia”; *ídem* “No hay choque de civilizaciones”. Para Fukuyama, en este contexto se mostraría la superioridad intrínseca de los valores sociales del bloque occidental liberal, lo que determinaría su incostestable e indudable triunfo histórico, y por tanto, esa lucha tendría un final seguro y cercano.

De ahí que la civilización occidental dada su superioridad está en lucha por su universalización, que para Fukuyama sería una lucha con final victorioso (aunque “la transición a la modernidad *al estilo occidental* puede ser larga y dolorosa”).⁸

En esta línea, y pese a las diferencias y pugnas dialécticas desplegadas entre Fukuyama y Samuel Huntington, consideramos que existe una profunda continuidad en el planteamiento de ambos autores para quienes en última instancia la única forma de relación entre el bloque occidental y el resto de formaciones culturales o civilizaciones es la violencia de los conflictos bélicos o la aniquilación de otras formas culturales que sucumben ante la superioridad civilizatoria occidental. Mientras exista diversidad, estaría abierto el frente de batalla. Para Huntington, el triunfo final de la hegemonía occidental parece más un proceso agónico permanente, pues señala que “las líneas de ruptura entre civilizaciones serán los frentes de batalla del futuro” (...) “Occidente, en la cúspide de su poder, enfrenta al no Occidente, cuyos anhelos de dar al mundo formas no occidentales, junto con la voluntad y recursos para conseguirlo son cada vez mayores”, por ello “el eje primordial de la política mundial serán las relaciones entre “Occidente y el resto del mundo”. Esta conflictividad permanente y estructural exige que “Occidente mantenga el poderío económico y militar necesario para proteger sus intereses respecto de estas civilizaciones”.⁹ En ambos autores, la lucha por la hegemonía de occidente es la forma *connatural* de relacionarse y de “comunicarse” con el resto de pueblos y de tradiciones.

Estos análisis y razonamientos, reflejan, a mi juicio, la perspectiva de quienes detentan más poder en el escenario global de confrontación. Planteadas así las cosas, habría un conflicto entre la racionalidad y la justicia que deberían predicarse de la civilización cristiana occidental y la sinrazón y dominación que se derivan de esa religión y cultura de base islámica.

2 ¿Civilización Frente a Barbarie?

La pregunta que habría que despejar es si realmente en esta situación hay un conflicto entre religiones (o la base religiosa de la civilización), al menos entre el Islam que produciría el fundamentalismo religioso frente a la religión cristiana occidental con su capacidad para permitir espacios para la tolerancia y para el respeto de la dignidad humana, o hay un conflicto entre la cultura moderna secularizada y antropocéntrica frente a culturas teocráticas. ¿De parte de quién estaría la razón, parece que habría que responder? La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser el simple decantamiento por una opción, ya dada de antemano en la propia formulación del

⁸ *Ibid.* Subrayado mío.

⁹ “¿Choque de civilizaciones?” en *Foreign Affaire*, ed. castellana, 1993; también continúa la interpretación anterior remarcando esa polarización mundial en *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1997.

problema; si no más bien tratar de salir de un escenario de lucha a muerte, el cual se prosigue y amplifica por medio de los propios intelectuales. Si se pretende tener algún grado de lucidez acerca de la situación actual, hay intentar de desmarcarse de una discusión polarizada y maniquea para tratar de alzarse desde una perspectiva inclusiva, “en la que puedan vivir todos”, en el fondo tratar de recuperar lo humano en una situación de mutua agresividad aniquiladora entre las dos posiciones. Por ello, mientras se plantee la discusión como defensa de la totalidad de un sistema social frente a lo que parece que representaría su negación histórica, no cabe posibilidad de discusión racional y de discernimiento ético del orden social. Sería un planteamiento de alineamiento bélico entre el bien y el mal, o se está conmigo (en su totalidad) o se está contra mí. Señala un dicho popular, que si te dan a elegir entre dos caminos, elige el tercero. Ese tercero, hoy, es negado y deslegitimado como una forma de cooperación y complicidad con la barbarie. Y sin embargo, creemos que es la única salida a la destructividad de la situación y no un alineamiento con ningún mal.

Si volvemos a la pregunta de anterior podemos considerar, ¿es siempre el cristianismo una religión en sí misma “buena”, y el Islam “mala”?, o expresado con términos más actuales, ¿el fundamentalismo está en el Islam y el cristianismo siempre está a favor del ser humano?

Esta forma de preguntarse por la esencia ética de la religión, toma el hecho religioso como si de un producto invariable se tratara, como algo con cuyo contacto los sujetos se vieran siempre mecánicamente abocados a reproducir un único sentido del mismo. Se niega la historicidad y contextualidad constitutiva de la religión en tanto que hecho humano. Este hecho cobra diversos sentidos según los contextos en los que se va actualizando, y los sujetos que viven y recrean esta dimensión humana va resignificando la tradición en la que pretenden insertarse. No se trata de ningún problema de relativismo, sino de la apertura que estas tradiciones tienen, y por tanto de la complejidad y pluralidad de formas y de interpretaciones que van cobrando a lo largo de la historia humana.

Para tratar de esbozar una respuesta a la pregunta anterior podemos tomar, por ejemplo, las palabras de Bin Laden ante el 11-S, que bien podrían parecer una transposición actual de la agresividad cristiana desplegada en las cruzadas.¹⁰

¹⁰ Tomamos para ello las siguientes citas de un ensayo de Franz Hinkelammert sobre esta cuestión, “La caída de las Torres” en *Revista Pasos*, n. 98, DEI, Costa Rica, noviembre-diciembre 2001. En un sermón donde se llama a las cruzadas, dice Bernardo de Claraval en el siglo XIII: “Mas los soldados de Cristo combaten confiados en las batallas del Señor, sin temor alguno a pecar por ponerse en peligro de muerte y por matar al enemigo. Para ellos, morir o matar por Cristo no implica criminalidad alguna y reporta una gran gloria. Además, consiguen dos cosas: muriendo sirven a Cristo, y matando, Cristo mismo se les entrega como premio. El acepta gustosamente como una venganza la muerte del enemigo y más gustosamente aún se da como consuelo al soldado que muere por su causa. Es decir, el soldado de Cristo mata con seguridad de conciencia y muere con mayor seguridad aún. Si sucumbe, él sale ganador; y si vence, Cristo. Por algo lleva la espada; es el agente de Dios, el ejecutor de su reprobación contra el malhechor. No peca como homicida, sino – diría yo – como malicida, el que mata al pecador para defender a los buenos. Es considerado como

Ahora bien, como ha señalado Franz Hinkelammert,¹¹ cualquier cristiano con algo de criterio siente rechazo frente al texto de Bernardo y al hecho de las cruzadas, como cualquier musulmán con criterio siente rechazo frente a la interpretación que los terroristas hacen del Islam y frente a los atentados terroristas. El texto de Bernardo muestra un disfraz cristiano de la agresividad del imperio medieval europeo en su afán de conquistar Oriente Medio en nombre de una cruzada e igualmente la religión de los terroristas es un disfraz islámico de su negación de la civilización dominante.

Por ello, como resultado *la religión es completamente ambivalente*. Desde un punto de vista *ético*, no podríamos decantarnos por las cualidades acerca de una religión de forma abstracta y descontextualizada, por ejemplo, si hubiese una religión "verdadera" y "buena" y otras su contrario. Por ello, *en* la religión tomada como algo separado de la experiencia humana no podríamos encontrar un criterio de discernimiento relevante sobre la misma al margen de la posición y disposición que adoptan los sujetos al tratar vivir religiosamente.¹² De ahí que el criterio estaría en su respectividad con el ser humano.¹³ Es decir, con el uso o manejo que los *sujetos* hagan de la religión para la construcción de las relaciones entre los seres humanos, bien al servicio de lógicas sociales inclusivas y respetuosas o por el contrario para articular relaciones sociales de dominación y destrucción entre individuos.

defensor de los cristianos y vengador de Cristo en los malhechores. y cuando le matan, sabemos que no ha perecido, sino que ha llegado a su meta. La muerte que él causa es un beneficio para Cristo. Y cuando se le infieren a él, lo es para sí mismo. La muerte del pagano es una gloria para el cristiano, pues por ella es glorificado Cristo" (Obras Completas de San Bernardo, Madrid, 1983, I, p. 503). Por otra parte, un cronista árabe del siglo XIII decía lo que sigue sobre los cruzados cristianos: "Aquí el Islam está confrontado con un pueblo enamorado de la muerte... Celosamente imitan a aquel que adoran; desean morir por su sepulcro... Proceden con tanta impetuosidad, como las polillas de la noche vuelan a la luz" (según cita de Deshner, K., Kirche und Krieg, Stuttgart, 1970, p. 266). Y Bin Laden, en nuestros días, parece retomar esa posición del "cristianismo" cuando tras el atentado de las Torres Gemelas declaró: "Aquí está América golpeada por Dios Omnipotente en uno de sus órganos vitales, con sus más grandes edificios destruidos. Por la gracia de Dios... Dios ha bendecido a un grupo de vanguardia de los musulmanes, la primera línea del Islam, para destruir América. Dios les bendiga y asigne un supremo lugar en el cielo...".

¹¹ *Ibid.*, p. 42.

¹² No se trata de un problema que dependa de los elementos fundantes de una tradición religiosa, sino de cómo esos elementos son vividos e interpretados en cada momento de su historia. Seríamos completamente ingenuos si para juzgar la "calidad moral de las religiones" se atendieran, por ejemplo, a sus textos fundacionales. La historia de las religiones es, en buena medida, la historia de la inversión ideológica de sus preceptos fundamentales. Del "no matarás" como precepto religioso, se ha derivado en no pocas ocasiones la "obligación" de matar en nombre de Dios. La libertad humana en relación con las instituciones religiosas es en buena medida lo que otorga la significación real e histórica de éstas.

¹³ Tomamos aquí el planteamiento de Zubiri en relación con la des-sustantivización que opera de los fenómenos morales y del mundo humanizado. No hay entidades moralmente buenas "en sí", si no por la relación con el ser humano: "Todo bien y todo mal es bien o mal para alguien. Pero no son relativos. No se trata de relatividad sino de respectividad" (Sobre el sentimiento y la volición, Madrid, 1992, p. 225).

Por ello, frente a Fukuyama o Huntington habría que señalar que la lectura, vivencia y práctica de una religión como el cristianismo o como el Islam no depende simplemente de un problema de corrección teológica desvinculado de la eticidad propia que se despliega en toda manifestación religiosa, sino de su empleo al servicio de las lógicas de poder y de confrontación entre sujetos o bien de un uso emancipador de las mismas.

La otra parte de la pregunta que nos hacíamos al inicio de este apartado era si, en el caso de que no fuera el conflicto estrictamente religioso, lo fuera entonces de carácter cultural. Es decir, sería el conflicto entre una cultura (buena), como la moderna occidental; avanzada, secularizada, respetuosa de la libertad y de los seres humanos, frente a otras, como la cultura islámica que no ha desarrollado suficientemente la separación entre la esfera religiosa y la social, es decir, como diría Fukuyama, su ausencia de "laicismo",¹⁴ que entorpecería el reconocimiento de valores universales que están en la base de la cultura moderna.

Así las cosas, volveríamos otra vez a estar decantados en una polaridad maniquea. Si queremos estar de parte de un programa cultural de base humanista frente a otra que permite desarrollar el fundamentalismo religioso, ya estaríamos supuestamente alineados para luchar desde la primera.

Siendo esto así, las culturas subalternas (por su relación con la cultura hegemónica del orden mundial) tendrían ya un mandato imperativo de transformación conforme al proceso habido por parte de la cultura superior.¹⁵ "La" cultura "buena" tiene la legitimidad para corregir o castigar a culturas mal desarrolladas, de donde volvemos no ya a una situación de guerra entre religiones sino de guerra entre culturas.¹⁶ Por ello no hay simplemente diversas posiciones legítimas confrontadas, sino realmente una jerarquización axiológica y racional que no permite escapar a la prelación entre el bien y el mal.

¿Cómo desarmar esta guerra cultural? Creemos que debemos volver a inventar una tercera opción que escape a la destructividad de las otras dos.

Por ello, podemos señalar, que del mismo modo que desde un punto de vista ético, la religión es completamente ambivalente, también, la cultura, o mejor, *las culturas son completamente ambivalentes*; porque su significado *lo generamos nosotros*, si

¹⁴ Como defiende Fukuyama "Hobbes, Locke y Montesquieu respondieron a los horrores de la Guerra de los Treinta años, y otras contiendas, afirmando que era preciso separar la religión de la política para asegurar, ante todo y por sobre todo, la paz civil", "No hay choque de civilizaciones", *op.cit.*

¹⁵ Sobre este asunto, puede verse el interesante trabajo de Srinivasa Rao en "*Las perspectivas filosóficas de la asimetría cultural y los retos de la globalización*", en Fernet-Betancourt, R., (ed.), *Culturas y Poder*, Bilbao, 2003.

¹⁶ Este parece ser uno de los temas fuertes de nuestro tiempo, que muchos siguen amplificando en la actualidad. Véase, v. gr., el número monográfico sobre las "guerras culturales" del ABC, Cultural, n. 538, mayo de 2002, Madrid.

sirve para la guerra o sirve para la paz, para la reproducción de la vida o para la producción de la muerte. Podríamos decir que se trata de un problema general del ser humano de *su relación* con las mediaciones institucionales, sean religiosas, culturales, legales o económicas, lo que va decidiendo la significación ética de las mismas. En este sentido, cuando estas mediaciones se absolutizan y operan *como si* estuvieran por encima de los seres humanos pueden destruirlo, porque se elimina “la vida humana concreta como fuente de discernimiento”.¹⁷

Ello supone que al igual que se ha operado la “desacralización” de la religión al centrar el criterio de su discernimiento en la subjetividad¹⁸ del ser humano, también debemos operar una “desculturización” de la cultura,¹⁹ que debe ser entendida no como algo sustantivo y dado que está más allá de los sujetos que son constituidos desde ella, para poderla entender como un proceso social complejo y ambiguo, abierto a la transformación y a la resignificación de las propias tradiciones desde los autores del proceso cultural: los seres humanos. Por ello la significación ética de una cultura depende de la posición y de la disposición que los sujetos adopten en sus prácticas con respecto a sus tradiciones culturales.

3 ¿Es la Modernidad Antropocéntrica?

Desde lo anterior, podemos entonces plantear la cuestión de la supuesta bondad *intrínseca* de la cultura moderna, en tanto que defensora de la libertad y de la igual dignidad de los seres humanos frente a otras formas opresivas de cultura. El supuesto base que dotaría de superioridad a esta cultura y la hace expandirse e ir transformando otras culturas es su humanismo. Es la defensa del ser humano, que originalmente se interpreta como un legado religioso (propia de su tradición judeo-cristiana) pero que después se asumiría en clave meramente moral y secularizada. En definitiva sería su “antropocentrismo” y la prohibición de matar (su rechazo a los sacrificios humanos) lo que la dota de fuerza y de universalidad, según se nos dice por la propia visión hegemónica acerca de la misma.

¹⁷ Cf., Hinkelammert, F., *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*, San José, 1998.

¹⁸ Como ha señalado Franz Hinkelammert, “la libertad humana no puede consistir sino en una relación del sujeto con las instituciones, en la cual el sujeto somete a éstas a sus condiciones de vida”, *Crítica de la razón utópica*, 2ª ed. rev., Bilbao, 2002, p. 306.

¹⁹ Véase Fornet-Betancourt, Raúl, “Interacción y asimetría entre las culturas en el contexto de la globalización. Una introducción”, texto de la conferencia tenida en el IV Congreso Internacional de Filosofía Intercultural, celebrado en Bangalore, India, Septiembre de 2001, y publicado en *Culturas y Poder. Interacción y asimetría entre culturas en el contexto de la globalización*, Bilbao, 2003.

Sin embargo, no consideramos que ese sea el signo decisivo de lo que realmente esa modernidad ha desplegado en el mundo en su relación con otros pueblos en los últimos siglos. Señalaba Ellacuría que desde los pueblos del tercer mundo se rebelaba una "indignación hacia la modernidad".²⁰ ¿Por qué?, ¿es que estos otros pueblos están en contra de la emancipación humana de las diversas formas de opresión, es que son "antropófagos"?

Creemos que no. La resistencia frente a la modernidad no es a la propuesta humanista que contendría, sino más bien a la larga historia de agresiones contra los diversos pueblos, en diversas épocas y regiones que se le pueden imputar a los "occidentales".²¹

Todas esas agresiones, se han hecho en cambio con la conciencia limpia y sin culpa de ningún tipo, antes bien, se presenta y se entiende a sí misma como portadora de salvación para la humanidad, siendo los pueblos sometidos los verdaderos responsables de su destrucción cultural, social, económica y ecológica.²²

¿Cómo se ha operado ese proceso, cómo se pasaría de la defensa universal del ser humano a su negación, teniendo en su origen un carácter anti-sacrificial?

Como ha señalado Franz Hinkelammert, se ha operado un uso despótico de las instituciones de las que se predica que son absolutamente justas y racionales, y desde ellas se da la exigencia de dominar al mundo entero como si de fieras salvajes e irracionales se tratara.²³

Esas instituciones sacrosantas de la modernidad, como no deja de recordarnos Fukuyama, son la democracia liberal y el respeto de los derechos humanos de un lado, y la instauración del mercado libre o del capitalismo, del otro. En nombre de la racionalidad

²⁰ Si como postulaba Ellacuría se mira la realidad de la sociedad mundial desde las mayorías populares, se pone al descubierto realmente la función que los altos ideales de la modernidad jugarían realmente en la configuración de la sociedad mundial.. Y es que el Primer Mundo, desde la lógica que rige la sociedad global, no se dirige al Tercer Mundo, para extender universalmente sus logros éticos políticos. Para afirmar su compromiso con la "democracia" y los "derechos humanos". Detrás de estas generosas proposiciones, se encierra un proyecto económico y político muy distinto. El cual se observa cuando se mira fuera de sus fronteras, que es donde se está manifestando la realidad del proyecto que ideológicamente se dice tener. Y es que dentro de las sociedades desarrolladas, y en el mejor de los casos, se podrán generalizar estas propuestas, pero en cambio, no les interesa como valor universal. Por ello, tendrán que defender y asegurar estas "conquistas", manteniendo en la sociedad global una postura antidemocrática y el desconocimiento o violación de los derechos más básicos de las mayorías de la sociedad global. Para un análisis de esta cuestión, puede verse de este autor: "Quinto Centenario de América Latina" (1989), Cuadernos Cristianismo i justicia, nº 31, 1991; "Utopía y profetismo" (1989) en *Mysterium Liberationis. Conceptos fundamentales de la Teología de la liberación*, J. Sobrino y I. Ellacuría (eds.), Madrid, 1990.

²¹ Desde el reverso de esa lógica que se pretende triunfante, se evidencia, en cambio, el alto grado de violencia cultural, económica y ecológica a la que se ha sometido y se somete a otras sociedades.

²² Cf. Hinkelammert, F. "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke", *El vuelo de Anteo. Crítica de la razón liberal*, J. Herrera (ed.), Bilbao, 2000, pp. 80-81.

²³ *Ibid.*, pp. 104-105.

y de la justicia de unas instituciones superiores se ha desplegado a lo largo de los últimos siglos una voluntad de poder y dominación sobre diversos pueblos, culturas y sobre la propia naturaleza.

En la sociedad burguesa el derecho central que jerarquiza y regula al resto de derechos es el de propiedad. La persona entendida como individuo, tiene el derecho a vivir en una sociedad burguesa, lo que implica, a su vez, que se le niegue cualquier derecho a vivir en otro tipo de sociedad. Vivir (en el supuesto de las culturas *subalternas*) o buscar (en el caso de los disconformes con esa jerarquización) una sociedad diferente a la burguesa, se transforma entonces en la negación del sistema de derechos humanos. Por tanto, la oposición a la sociedad burguesa es considerada como una renuncia a la vigencia de los derechos, y los opositores a la misma son convertidos en *enemigo absoluto* sin derechos humanos reconocidos por la sociedad burguesa.²⁴ Con ello, esta sociedad reproduce el despotismo y la intolerancia, en contra de las cuales se levantó frente a la sociedad feudal.²⁵

De igual forma, la imposición del “mercado libre” o “capitalismo” como institución suprema de la vida económica frente a las cuales los seres humanos tienen una condición subalterna conlleva formas de exclusión humana. El actual proceso de globalización neoliberal sólo permite reconocer, para que el mercado funcione *sin distorsiones* (sin límites éticos, sociales y ecológicos que alteren la propia dinámica del mercado) derechos del propietario en el mercado. Con ello, se reconocen derechos tanto a personas jurídicas como a las personas naturales, de modo que la empresa aparece como sujeto de derechos humanos, con la tendencia a reducir los derechos humanos fundamentales a aquellos que sean compartidos por las mismas. Los derechos que se refieren a la satisfacción de las necesidades básicas o que se vinculan con el respeto a la naturaleza, son olvidados o directamente negados en cuanto entrarían en conflicto con el ámbito de acción de la “libertad de mercado”, y por ello, pueden ser sacrificados.²⁶

Si frente a otras sociedades y frente a los reformadores de la propia sociedad moderna se desató el fundamentalismo cultural que occidente desplegó con el colonialismo y con la persecución de la disidencia: ahora con el sometimiento de la sociedad global a las leyes del mercado, se está generando una forma de “imperialismo económico”,²⁷ y que no es sino una forma de fundamentalismo del mercado.²⁸

²⁴ Hinkelammert, F., “La rebelión en la Tierra, rebelión en el Cielo: el ser humano como sujeto”, en *Anuario Iberoamericano de Derechos Humanos* (2001-2002), Rio de Janeiro, 2002, p. 283.

²⁵ Como ha recordado este autor, “el colonialismo con sus destrucciones de todas las culturas no-burguesas, genocidios y etnocidios en el mundo entero, el trabajo forzado de siglos de esclavitud liberal, la guillotina de la revolución francesa y la masacre de la comuna de París forman un gran conjunto que atestigüa este despotismo e intolerancia de la cultura burguesa”, *ibid.*

²⁶ Hinkelammert, F., “El proceso actual de globalización y los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo*, *op.cit.*

²⁷ Tullock, Gordon, “Economic Imperialism” en *Theory of Public Choice. Political Applications of Economics*, Buchanan, James (ed.), Michigan, 1972.

²⁸ Cf., Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, 2002.

En estas condiciones, en la sociedad moderna, la única relación permitida a los individuos frente a las instituciones sociales es la del sometimiento ciego. Por ello, la justicia sólo es entendida como conformidad y cumplimiento de la legalidad que marca la sociedad de mercado. En este sentido, como define Friedrich Hayek, "la justicia no es, por supuesto, cuestión de los objetivos de una acción sino de su obediencia a las reglas a la que está sujeta".²⁹ Las reglas a las que se refiere Hayek son las leyes del mercado, el derecho de propiedad y la libertad contractual, lo cual constituye las "únicas reglas morales".³⁰ Por tanto, lo que se hace en el mercado y se produce desde él, es justo por sí mismo. Por ello no es posible una crítica del mismo en nombre de sus resultados, aunque genere condiciones de muerte para muchos seres humanos y para la propia naturaleza.

En esta sociedad, lo único que se permite es una racionalidad de tipo instrumental y fragmentaria, donde no se cuestiona la racionalidad de los fines ni la corrección de las consecuencias humanas o ecológicas de la actividad social; y que tiene como correlato una idea de justicia funcional a la reproducción de este tipo de sistema social, por la cual la corrección de las acciones se evalúa por el cumplimiento estricto de las reglas impuestas por la racionalidad de mercado sin tener en cuenta razones de índole humanitaria o de factibilidad social como criterio de discernimiento de la justicia de las reglas.

Por ello, debemos tratar de recuperar la defensa universal del ser humano más allá del tipo de racionalidad y justicia que impone la sociedad moderna y que conlleva la crisis del ser humano en nombre de la sociedad de mercado.

4 Necesidad de Recuperación del Antropocentrismo y de los Derechos Humanos

Nótese que estamos tomando esta expresión no en un sentido elemental por el cual diríamos que todo producto humano y toda institución es creada por el ser humano, por lo que sería antropocéntrica; en este sentido no habría nada que hiciera que escapara a tal condición.

Sin embargo, el sentido en el que lo proponemos implica una exigencia que refleja el compromiso con la reproducción de la vida humana. El suicidio y el homicidio son humanos, pero implican la destrucción de la propia vida, es decir, de la condición de agente, autor y actor de sus acciones o de las condiciones de posibilidad de la vida, que son los otros y la naturaleza. En este sentido, el antropocentrismo para ser tal en un sentido pleno implica la afirmación de la vida, la renuncia al suicidio y a la destrucción del otro, incluida la naturaleza.

²⁹ Hayek, Friedrich A., "El ideal democrático y la contención del poder", en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, No. 1, Diciembre, 1980, p. 56. Cita tomada de Hinkelammert, F., *Crítica de la razón utópica*, op.cit.

³⁰ "Entrevista", *Mercurio*, Santiago de Chile, 19 de abril de 1981.

Ello supone, como ha mostrado Franz Hinkelammert, la necesidad de recuperación de los valores humanos en términos cualitativos no reducidos a ningún cálculo de utilidad, más allá de lo que se realiza desde el sistema hegemónico. Hayek, en cambio, en la línea de la destructividad de la modernidad antes referida, dice: "Una sociedad libre requiere de ciertas morales que en última instancia se reducen al mantenimiento de vidas: no al mantenimiento de todas las vidas porque podría ser necesario sacrificar vidas individuales para preservar un número mayor de otras vidas. Por lo tanto las únicas reglas morales son las que llevan al "cálculo de vidas": la propiedad y el contrato".³¹ Este cálculo es una simple suposición injustificada porque no puede prever lo que ocurrirá, pero en cambio permite *normalizar* los sacrificios humanos, dar por buenas y necesarias las víctimas que generan las instituciones centrales de la llamada "sociedad libre", lo que ha permitido en las últimas décadas la intensificación de las dinámicas de opresión y exclusión en la sociedad mundial.³²

La recuperación del antropocentrismo exige la denuncia de este "cálculo de vidas" en nombre de los derechos de *todas* las personas, lo que abre la vía para el cuestionamiento y el control de esas instituciones con el objetivo *minimizar*³³ la producción histórica de muertes.

Por ello, no hay posibilidad de antropocentrismo si los seres humanos no se erigen como centro frente a la propia tradición moderna con sus instituciones centrales. Qué significa "ponerse como centro", dejar de tomar las instituciones como un fin en sí mismo que realizan aquello que anuncian, es decir, renunciar a deificar a las instituciones por las cuales pueden ser sometidos hasta la destrucción los seres humanos y de ubicarlas en un lugar subsidiario, al servicio de los mismos. "Ni el mercado ni el Estado marcan el paso de Dios por la historia",³⁴ es la crítica de la deificación de estas instituciones la que permite reubicar su lugar subordinado, y su sentido el de apoyar y enriquecer las posibilidades de vida de los sujetos.

Desde esta posición y actitud se pueden recuperar los derechos humanos de los seres humanos concretos. Los derechos no son *de* las instituciones, ni éstas son derechos humanos objetivados, por ello no se deben sacralizar las instituciones en nombre de los derechos humanos. Si se libera la propia relación con las instituciones, entonces los derechos delimitan exigencias y criterios de discernimiento frente a éstas. Si los derechos reconocidos surgen como mediaciones que son concebidas como instrumentos de protección de los sujetos en el contexto de los diversos sistemas sociales, éstos no se pueden abstraer y absolutizar negando ese carácter medial en función de los propios sujetos. El riesgo de una perspectiva abstracta y no historizada

³¹ *Ibid.*

³² Véanse los Informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de los últimos años (<http://www.un.org/Publications>).

³³ Hinkelammert, F., *Democracia y totalitarismo*, 2ª ed., San José, 1990, p. 165.

³⁴ Id., *Crítica de la razón utópica*, op.cit., p. 350.

sobre los derechos tiene el peligro de considerarlos *por encima* de las personas. Frente a este riesgo, una perspectiva crítica, como la aquí postulada, buscará tener un carácter *concreto* que no hipostasie las propias instituciones, cuya preservación y mantenimiento se convierta en “fin en sí mismo” que hace olvidar la referencia inmediata que los derechos deben tener a los sujetos. Si los derechos son medios que los seres humanos utilizan para conquistar ámbitos de desarrollo de vida digna, la lógica de los derechos podrá servir para interpelar y transformar las leyes y a las instituciones cuando se conviertan en sistemas que impidan ese espacio de dignidad.³⁵

Esta relación de mutuo reconocimiento y de afirmación universal de la vida entre sujetos, y la renuncia a las lógicas de dominación expresa la posibilidad de *transversalidad de la emancipación* entre las diversas culturas, las religiones y las civilizaciones como patrimonio humano universal que permite escapar a la catástrofe de la mutua confrontación dentro de la propia humanidad mediante la interpelación y la búsqueda de alternativas a los aspectos más disfuncionales y negativos para los seres humanos de las diversas instituciones sociales.

³⁵ Cf., Hinkelammert, F., “*La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke*”, *op.cit.*, pp. 108-110.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Meditaciones Insurgentes sobre la Política y el Poder en la Educación Jurídica

Rievera Lugo

Una de las críticas favoritas de la que han hecho objeto a nuestra Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos es que constituye un nido de radicales empeñados en hacer una revolución. No saben dichos críticos que, al fin y al cabo, para los que laboramos en dicha institución, lo que tanto enuncian como algo negativo es para nosotros precisamente nuestra mayor virtud.

Nunca hemos ocultado que aspiramos a virar al revés tanto al Derecho, como a la profesión jurídica y nuestro sistema de administración de justicia, así como los valores torcidos que hoy habitan en demasía en su seno. Somos, en el mejor sentido de la palabra, insurgentes frente al actual orden, y nuestras armas son nuestras ideas, inspiradas significativamente en las enseñanzas hostosianas, y la sensibilidad humana y ética de nuestras prácticas transformadoras. Si pecamos de algo, en todo caso, es de estar comprometidos activamente con la promoción de unos ideales en un mundo en que se nos quiere hacer ver que ya éstos han pasado a la historia. Pues, se equivocan y como.

¿Para qué educamos hoy en una Facultad de Derecho en estos tiempos caracterizados de ruptura paradigmática? Les confieso que no pocas veces me he tenido que plantear y replantear esa pregunta durante los pasados años. A ratos ha tomado un matiz angustioso, sobre todo cuando observo de qué manera hoy el mercado, en el marco del nuevo orden neoliberal, intenta permearlo todo hasta el punto de querer transformar a las universidades en meras instituciones reproductoras del orden económico prevaleciente y centros de adiestramiento en función de sus necesidades laborales. Y a las Facultades de Derecho se les ha querido reducir a la función de entrenar a los técnicos jurídicos necesarios para el buen funcionamiento de un sistema que, ya lo advirtió el filósofo alemán Herbert Marcuse, no hace sino propender a la unidimensionalidad totalitaria de la vida.¹

Habrán aquellos que se asombren con la utilización de un concepto problematizador y fuerte como el de totalitarismo para referirme a la sociedad capitalista actual, sobre todo dado el discurso político desproblematicado, ascético y pragmático

¹ Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

que tanto ha prevalecido en estos tiempos del llamado fin de la historia y la eternización del sistema liberal y capitalista. En éste, hasta la lucha de clases y la lucha entre países ricos y pobres son ideas ya *harto passé*.

Sin embargo, contrario a lo que nos quieren hacer creer de que vivimos hoy en un mundo veleidoso de gente razonable que ya no cree en nadie ni en nada, prefiero pensar que ya nos estamos cansando de nuestros propios lamentos sobre lo que pudo haber sido y no fue. Quizá por fin andamos en busca de una salida de la borrachera normalizadora del neoliberalismo, es decir, de sus intentos de transformarlo todo a su imagen y semejanza, a pesar de encontrarnos presuntamente en una era caracterizada por una revaloración de la diferencia. ¡Qué mejor prueba del afán totalitario del nuevo orden neoliberal que la continuación del embargo criminal e irracional con el que hoy se victimiza al hermano pueblo de Cuba por el sólo hecho de querer hacer las cosas a su manera, por pensar la democracia a su modo, por aspirar a construir una sociedad con un sistema axiológico no-utilitario ni monetario!

Nunca me cansaré de advertir que el Derecho contemporáneo atraviesa por una crisis que, posiblemente, no sería tan alarmante si no cundiera entre los juristas, de todos los signos y afiliaciones, una consciencia tan ingénua en torno a su magnitud y contornos. Como aquel que se niega a confrontar las consecuencias de su enfermedad terminal e inminente muerte, el jurista ha preferido acercarse al tema de la crisis del Derecho desde una posición de total incredulidad o pasividad, como si negándola pudiese hacerla desaparecer. Da la impresión de que, en unos tiempos que se nos antojan errantes, nos hemos sumido en una especie de parálisis existencial, incapaces de entretener seriamente tan siquiera la sospecha de que algo anda mal. Pero nuestro acobardamiento o, si se me permite la licencia poética, nuestro *apendejamiento* histórico no puede borrar las profundas consecuencias que para la educación jurídica y la formación de la presente y futuras generaciones de juristas tiene esta crisis que posee múltiples dimensiones.

En primer lugar, enfrentamos hoy un grave problema de aculturación jurídica de nuevo tipo producto de la nueva colonización que sufre nuestros respectivos ordenamientos normativos a manos del nuevo orden neoliberal. Ya no se trata únicamente de los intentos de la penetración llamada civilizadora de la cultura europea y norteamericana y del trasplante indiscriminado de sus instituciones a nuestros países. Hoy, junto a esta tradicional actitud de superioridad cultural basada en la inferiorización de nuestras culturas por parte de las grandes potencias imperiales, tenemos que el mercado crecientemente busca re-crear el mundo jurídico para adecuarlo a sus requerimientos.

La llamada globalización de los mercados y los procesos de producción e intercambio van reclamando un derecho comercial y económico uniforme. La minimización creciente del Derecho estatal y la consecuente deregulación de los procesos normativos, bajo los cuales se desarrollan las actividades económicas, ha servido, en parte, para abrirle paso a las leyes del mercado como nuevo referente

normativo.² Para el mercado, la eficacia en la facilitación del lucro privado y la reproducción ampliada del sistema constituye el valor preeminente. Claro está, siempre fue así, lo único que ahora se intenta ocultar en ese hoyo negro de la imagología donde todo, se nos dice, ideologías incluidas, va desapareciendo para reaparecer reconstituido en imagen dentro del gran espectáculo del vacío que alimenta la dimensión alienante de esta era conocida como postmoderna.

Pero la llamada globalización no deja de ser una versión *light* de la llamada internacionalización de los mercados de la que nos habló Marx, con la diferencia significativa de que el postmoderno concepto de globalización intenta borrar toda consideración ética acerca de la justicia o la equidad en el proceso. Asimismo intenta ocultar la creciente brecha resultante entre ricos y pobres, tanto al interior de nuestros países como en el seno de la comunidad internacional. La llamada globalización no pasa de ser una reificación, ideológicamente motivada, que se nos ha querido vender, una especie de realidad virtual para la mayor parte de nuestros países, siendo real tan sólo para los países capitalistas altamente industrializados. Los invitados al festín de la globalización están mayormente repartidos en tres bloques: el norteamericano, liderado por los Estados Unidos, el europeo occidental, organizado bajo la Unión Europea, y el asiático, con Japón como eje.

Si nos atenemos a los principales indicadores que esperaríamos confirmasen la existencia de esta economía global, nos daremos cuenta, de inmediato, de la gran farsa de la que se nos está haciendo víctimas. Si bien es cierto que nadie puede negar el creciente condicionamiento externo de nuestras economías nacionales o la naturaleza global de los mercados financieros, más allá de ello la llamada globalización está lejos de haberse constituido en un proceso incluyente, verdaderamente englobante, sin contradicciones y disfuncionamientos significativos.

Por ejemplo, si examinamos a tres de los indicadores más importantes, la inversión directa, las exportaciones y las transferencias de tecnologías, veremos cuánto dista realmente la teoría de la realidad. En cuanto a las inversiones directas de los países capitalistas altamente desarrollados en los países en vías de desarrollo, éstas se han reducido.³ Por otra parte, en relación a las exportaciones, el mayor crecimiento de éstas ha sido entre los propios países capitalistas más desarrollados.⁴ Finalmente, los procesos de transferencia de nuevas tecnologías prácticamente se han estancado,

² Véase sobre el particular de Francisco J. Caballero Harriet, *Apuntes para la sociedad, el derecho y el Estado de la postmodernidad*, San Sebastian, 1997, pp. 133-136; y el enjundioso trabajo suyo, parte de un libro en preparación, *El neoliberalismo y su impacto sobre el Estado y el Derecho*.

³ Véase a Paul Bairoch, "Globalization Myths and Realities: One century of external trade and foreign investment" y "Globalization and Internationalization: The dynamics of the emerging world order", en Robert Boyer y Daniel Drache, *States against markets: the limits of globalization*, London, Routledge, 1997, pp. 181-184, 68-73, respectivamente.

⁴ Por ejemplo, mientras la América Latina era responsable en 1970 de un 3,2 por ciento del total de exportaciones mundiales, para 1990 esa cifra se había reducido a 0,6 por ciento. Lo mismo sucedió con África y el Oriente Medio que en 1970 eran responsables del 2,2 por ciento de las exportaciones mundiales y en 1990 ya dicha participación se había reducido a 0,4 por ciento. En

concentrándose el desarrollo y el acceso de éstas al interior de las economías de los países capitalistas altamente desarrollados.⁵

Por otro lado y como parte del gran espectáculo de la globalización que se nos vende a diestra y a siniestra, crecientemente percibimos la ausencia de un Derecho que sea reflejo de la cultura particular de cada nación, entendida la cultura no como un fenómeno uniforme sino como un conjunto dialógico de quehaceres y comprensiones compartidas acerca del mundo y el modo de transformarlo. Es, además, el resultado de un proyecto colectivo que recoja el conjunto de intereses, valores y expectativas compartidas en dicha sociedad. El mercado capitalista, en su versión neoliberal, se empeña en la consecución del control global y busca debilitar las fronteras tradicionales de los estados-naciones existentes, aspirando a sustituir a éstos como nuevo modelo de administración de la sociedad. Vamos, se nos dice, del estado-nación al mercado como unidad organizadora y reguladora de la sociedad y de una comunidad internacional regentada por los estados-naciones a una bajo la influencia hegemónica de las grandes corporaciones multinacionales norteamericanas, europeas y japonesas.

Nuevamente, no es que el estado-nación moderno no haya sido históricamente criatura de la hechura de la civilización capitalista, en particular de la Revolución francesa. Lo que sucede es que, con el tiempo, la burguesía dejó de sentirse plenamente realizada por medio del mismo. Empezó a ver al Estado de Derecho como una camisa de fuerza que le impedía perseguir libremente sus fines. Las luchas incluyentes de sectores sociales cuyos intereses no habían sido inicialmente representados en dicho Estado de Derecho, produjeron resultados que, aún siendo parciales, no obstante fueron levantando limitaciones crecientes para cualquier ejercicio salvaje, desmedido y arbitrario del poder gubernamental a favor de la clase capitalista. Del Estado liberal de Derecho, con su característico darwinismo social, se pasó al Estado benefactor o social, queriéndosele dar, Keynes mediante, un rostro más humano al sistema capitalista.

El debilitamiento del estado-nación lleva consigo, por lo tanto, la pérdida de valor del Derecho formal y el ordenamiento jurídico prescrito por el Estado frente a los ordenamientos normativos informales, tales como los del mercado y las comunidades. Pero ello no es el resultado de un proceso de trastocamiento de las relaciones de poder que existen al interior de las comunidades y un verdadero apoderamiento liberador de los sectores subalternos en su seno.

comparación, Europa Occidental vió su participación aumentar durante ese mismo período de un 27.5 a un 33.4 por ciento. Para 1990, el mundo industrializado (integrado por 24 países) era ya responsable del 72.4 por ciento mientras que la participación del mundo en vías de desarrollo (compuesto por 148 países) era 27.6. Véase Ugar Muldur, *Les formes et les indicateurs de la globalisation*, FAST, Commission of the European Communities, Brussels, 1993. Véase también de Jesus Albarracín et al. *La larga noche neoliberal*, Barcelona, Icaria, Segunda edición, 1994, pp. 57-62, 76-79.

⁵ Ello en gran parte determinado por la dinámica misma de los procesos tecnológicos, su carácter acumulativo y la base científica e investigativa necesaria para su diseño, lo que planteará unas exigencias para la participación que mayormente sólo poseen los países capitalistas altamente industrializados.

Según la concepción neoliberal, la activación de la sociedad civil como referente normativo es otro modo de reintroducir la influencia decisiva de la clase capitalista que, a partir de la estructura de poder existente e intocada, sólo busca *reprivatizar el Derecho* luego de la creciente socialización de éste que se experimentó bajo el Estado social. En esta ocasión, sin embargo, la bandera de la privatización del estado de Derecho va acompañada de la pérdida de la llamada naturaleza general y universal del Derecho. El pluralismo jurídico, en su versión neoliberal, parecería constituir una especie de vuelta atrás a la dispersión normativa del feudalismo.⁶ En el fondo, preferiría también retrotraernos a una estructura social altamente jerarquizada, con escasa movilidad y con la segregación de aquellos sectores para los cuales siente que ya no le puede garantizar su aspiración de progreso social sin dejar de redistribuir su propia riqueza.⁷ Hablo de aquel grupo social que dicha ideología ha estigmatizado como *infraclass*, colocándola más allá de toda posibilidad de acceso al trabajo significativo y a oportunidades de progreso. La socioeconomía neoliberal padece así de una dualidad perniciosa que ya, incluso, resulta incompatible con cualquier aspiración de igualdad.⁸

Y es que el principio de igualdad, tan altamente valorado por lo central que resulta al Estado de Derecho moderno, resultó ser un cuchillo de doble filo. Si bien es cierto que la burguesía entendió que siempre habrían unos más iguales que otros,⁹ ya que nunca contempló que dicho principio fuese fuente de un deber afirmativo por parte del Estado, el creciente apoderamiento de sectores sociales marginados bajo el Estado liberal estuvo predicado sobre la necesidad de darle concreción, más allá de la retórica, a las aspiraciones igualitarias que sirvieron de bandera a la revolución burguesa. Esto, no empujó que para los capitalistas dicha demanda no pasaba de ser un mero señuelo para atraer a las masas populares a pelear por su causa, para luego reducir su recién conquistada libertad frente al viejo orden a la libertad de contratación, como fuerza de trabajo, dentro del mercado.¹⁰

En fin, si hay una clase que históricamente ha estado desprovista de vocación democrática real, ésta ha sido la burguesía. De ahí que hoy presenciemos como dicha clase, como puntal del proyecto neoliberal de reconquista del Estado de Derecho o su

⁶ Caballero Harriet se refiere a este proceso de "refeudalización" en su trabajo antes citado. Véase también del mismo autor "Estado, Derecho y globalización", *Barco de Papel, Revista de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos*, Mayagüez, Vol. II, Núm. 2, 1998, pp. 11-27.

⁷ Immanuel Wallerstein, *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, Icaria Editorial, 1997, pp. 78-81.

⁸ Véase sobre el particular el estudio Equidad, *Calidad de vida y desarrollo económico en Puerto Rico: la cuestión de la pobreza*, coordinado por el suscribiente y publicado en 1993 por el Consejo de Desarrollo Estratégico para Puerto Rico.

⁹ Sobre el particular, véase Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, pp. 45-51.

¹⁰ Vicente Torralba Soriano, "El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente", Separata de un artículo publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, pp. 250-252.

reestructuración y subordinación abierta al mercado y a sus leyes, conduce un proceso de progresiva transformación de la sociedad democrática centrada en el valor preeminente de la seguridad, y la desvalorización de la libertad y la soberanía individual y colectiva.¹¹ Se busca así enterrar para siempre las posibilidades verdaderamente democráticas que se asomaron históricamente a partir de la Revolución francesa, sobre todo a partir de la visión rousseaniana de la necesidad imperativa de formar a un nuevo hombre y ciudadano que pudiese, a partir de un nuevo sistema axiológico no centrado en valores patrimoniales, potenciar un contrato social verdaderamente democrático basado precisamente en la autonomía individual y colectiva.¹² Contrario al sueño rousseaniano y como magistralmente describe el Dr. Francisco Caballero Harriet en sus estudios sobre el impacto del neoliberalismo sobre el Estado y el Derecho,¹³ estamos presenciando hoy una metamorfosis del sujeto de libertades, derechos y deberes necesarios para un proyecto histórico que represente un salto cualitativo frente a las democracias parciales y limitadas que se han conocido hasta ahora bajo la sociedad capitalista o industrial. Al igual que el Gregorio Samsa de Kafka, el ciudadano moderno se despierta de la larga noche neoliberal para verse de repente transformado en verdadero insecto insignificante. De sujeto de derechos y libertades, y protagonista de su historia, se le quiere reducir a individuo consumidor definido existencialmente a partir de su relación inmediata y cotidiana con el mercado,¹⁴ ya que la historia, le dicen, llegó a su fin.

Dentro de ese nuevo orden, se le ha asignado a las Facultades de Derecho, como ya anticipé, la función de ser instituciones reproductoras del sistema económico neoliberal a partir de los valores del mercado, sobretudo el individualismo, el utilitarismo y el monetarismo. El modelo de administración de justicia para el que se quiere que eduquemos está basado en el mundo hobbesiano de la guerra de todos contra todos, y de ahí que sólo puede concebir la práctica dentro de un proceso adversativo en que todos luchan exclusivamente por sus intereses particulares. Bajo dicho modelo, la justicia resultaría naturalmente, casi por chorreo, de la acción de la *mano invisible* del mercado que se encargaría de producir resultados balanceados.

Somos, en muchos de nuestros países, parte de unas universidades que operan crecientemente dentro de un paradigma de la subsistencia, a partir del cual se nos ha reducido al triste papel de ser meros centros de adiestramiento de fuerza laboral para el mercado con la consiguiente renuncia a la función primaria de la universidad como productora y transmisora de conocimiento y saber.

¹¹ Caballero Harriet le llama el advenimiento de la democracia de protección, siguiendo la expresión utilizada por Burdeau y Macpherson. Véase su trabajo *La democracia: Principios e interpretaciones* (sin publicar).

¹² Sobre el particular, véase, J. J. Rousseau, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alhambra Longman, 1995. Esta obra, junto a su *Contrato Social* y Emilio constituyen el corazón de la propuesta filosófica y política rousseaniana.

¹³ Caballero Harriet, *ibid.*

¹⁴ Caballero, "Estado, Derecho y globalización", *ibid.*

Las Facultades de Derecho tenemos que aceptar que hemos sido, en parte, responsables de este extravío. Aceptando ciegamente el papel que el mercado nos ha asignado como instituciones reproductoras de las relaciones de dominación y de privilegio que socialmente nos aquejan, nuestras escuelas tienden a parecerse a las fábricas de la era industrial, con sus esquemas de producción altamente ineficientes, mecánicos, burocratizados y jerarquizados. Y lo que es peor, hemos sido renuentes, en gran medida, a reconocer, más allá de cierta retórica, la obsolescencia de nuestros procesos educativos en una sociedad cada vez más compleja en sus demandas y más críticas de su producto profesional. Seguimos mayormente adscritas a un sistema jurídico caracterizado por unas relaciones jerarquizadas de dominación entre sus componentes humanos: un sistema que requiere disciplina y sometimiento a la autoridad, y no juicios críticos frente a lo establecido; un sistema que produce con los conocimientos y la tecnología del pasado y que, además, no anticipa la dirección, el ritmo ni la naturaleza de los cambios que se viven.¹⁵ El conocimiento jurídico ha sufrido de un reduccionismo asfixiante a valor de cambio y nuestros estudiantes a la condición de meros consumidores de información técnica dentro de un plan de estudios profesionalizante. Contrario a lo que se nos quiere hacer ver, las Facultades de Derecho son mayormente instituciones ideológicamente comprometidas, consciente o inconscientemente con un orden social, económico, político y moral altamente cuestionable por sus crecientes injusticias, desigualdades, exclusiones e intolerancias.

Por otra parte, la abogacía deja de ser una vocación de interés y fines públicos para convertirse crecientemente en una actividad mercantil privada más, caracterizada por la venta de servicios profesionales a una clientela con fines estrictamente económicos. Desde esta perspectiva, se empieza a cuestionar crecientemente en nuestra sociedad hasta la necesidad y conveniencia de seguir entrenando y graduando tantos abogados en un mundo donde se va desvalorizando el Estado de Derecho frente a las leyes del mercado, y donde las soluciones de problemas y conflictos por la vía judicial se cuestionan por su alto costo e ineffectividad. De ahí el mayor énfasis en nuestras universidades al entrenamiento de administradores de empresas y economistas, así como de técnicos de computadoras para facilitar la circulación de información para los procesos decisionales.

Si bien es cierto que el Estado social del Derecho nos llevó peligrosamente hacia una creciente judicialización de la vida cotidiana, como forma preferente de solucionar conflictos sociales, tanto individuales como colectivos, la sociedad neoliberal ha emprendido un proceso de desjudicialización que cuestiona seriamente el rol central jugado hasta ahora por el jurista en los procesos de prescripción normativa. Para la imagología, según vemos reflejado continuamente por el cine y la televisión, el abogado constituye un pistolero a sueldo ajeno a toda moralidad, que se pasa explotando

¹⁵ Carlos Rivera Lugo, *Virando al revés la educación jurídica*, Bayoán, Año IV, Núm. 2, 1995, pp. 5-6, 28-30.

conflictos y problemas para sus propios fines económicos. Ya su función de *broker* o intermediario a los accesos de la ley, magistralmente descrito por Kafka en *El Proceso*,¹⁶ es vista como una función burocrática crecientemente innecesaria que podría ser mejor atendida por otro tipo de profesional – como, por ejemplo, el árbitro o el mediador, o un paralegal – y, por cierto, con una mayor economía de tiempo y dinero para el sistema. Igual destino le depara el neoliberalismo al Estado al proponer, bajo el manto de una llamada modernización o reforma, una redefinición de su naturaleza y reducción significativa de sus funciones. Como advierte Caballero Harriet, al Derecho se le quiere reducir a una mera técnica de gestión y al Estado a la condición de mero facilitador.¹⁷

La profesión jurídica, el Derecho y el sistema de administración de justicia encaran así, en el seno de la sociedad capitalista, su más seria crisis de legitimación particularmente debido a la falta de correspondencia de éstas con las expectativas e intereses de los de arriba, socialmente hablando, y las aspiraciones de justicia de sectores significativos de la sociedad – hablo en particular de los sectores subalternos, incluyendo los marginados – y la creciente incapacidad del Estado de Derecho y las prácticas judiciales actuales en proveer soluciones efectivas, y no burocráticas, cosméticas o parciales, a los complejos problemas sociales que hoy les aqueja. Se siente incapaz e inútil frente a una realidad que ya no controla ni puede controlar. Hoy el Estado de Derecho de la Modernidad se pregunta, ¿y quién podrá salvarme? ¡Me temo que ni el Chapulín Colorado!

El nuevo orden neoliberal no deja de poseer sus contradicciones serias. Más que el fin de la historia y la eternización del modo de producción capitalista, me atrevo a proponer que se pueden identificar unas bifurcaciones, grietas y tensiones básicas en el sistema que apuntan más en dirección a una nueva e insoluble crisis. Como he indicado en otro trabajo mío,¹⁸ entre éstas están:

1. Las tensiones propias del proceso de acumulación capitalista, tales como, las presiones a favor de la monopolización en los procesos de producción; el proceso de liberalización e integración de los mercados, con la creciente exclusión y debilitamiento de los países en vías de desarrollo; las políticas presupuestarias, fiscales y redistributivas diseñadas a privilegiar a algunos grupos de productores contra toda competencia; las políticas encaminadas a reducir los costes de los factores de producción, en particular los relativos a la fuerza de trabajo; la ampliación exponencial de la sociedad de consumo y de su reproducción a través de un entramado institucional caracterizado por un sistema de valores individualistas, narcisistas y hedonistas; y la creciente diferenciación social entre, por ejemplo, ricos y pobres, ciudadanos e inmigrantes no-ciudadanos.

¹⁶ Franz Kafka, *El proceso*, Madrid, Civitas, 1987.

¹⁷ Caballero, *Estado, derecho y globalización*, *ibid.*

¹⁸ Carlos Rivera Lugo, "La resurrección de San Ernesto de La Higuera", *Barco de Papel*, Editorial Barco de Papel de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Vol. II, Núm. 1, 1997, pp. 39.

2. El problema de la legitimación política ante el hecho de que el capitalismo parece haber llegado a los límites de su capacidad de redistribución de la riqueza, tanto a nivel nacional como mundial, sin impactar significativamente las expectativas que tienen los cuadros promotores y defensores del sistema acerca de la tajada de plusvalía que se le debe adjudicar. El sistema capitalista ya no encuentra como seguir recompensando crecientemente a sus cuadros sin, al mismo tiempo, reducir la pequeña porción que ya de por sí recibían los países o las clases subalternas. El *trickle-down* o chorreo de los neoliberales no ha pasado de ser la política de las migajas, lo que, a la mañana siguiente luego de la borrachera a la que indujo el neoliberalismo, ya no satisface de ninguna manera.

El sociólogo chileno Fernando Mires postula que las transformaciones que se viven durante, por lo menos, la pasada década constituyen parte de una revolución de cuyos contornos no tenemos cabal consciencia. La misma está definiendo una ruptura histórica con profundas consecuencias para todos los ámbitos de la vida social, económica, política y personal.¹⁹ Contrario a la valoración histórica estrecha que postula que la revolución se reduce o se resume en un gran acontecimiento (por ejemplo, la toma violenta de la Bastilla o del Palacio de Invierno), la realidad histórica se ha encargado de demostrar que las revoluciones, si de verdad lo son, constituyen procesos moleculares y multidimensionales integrados, a su vez, por una multiplicidad de revoluciones interactuantes de largo plazo en la cultura, la sociedad, la economía, la política y el pensamiento de una civilización dada.

De ahí que una lectura alternativa de los hechos históricos de la última década, es que estamos posiblemente en los albores de un nuevo modo de producción y de distribución, con la consiguiente reestructuración en la organización de las relaciones sociales y en la naturaleza del poder y del Estado, y transformación en el modo de pensar y ver el mundo. Sin embargo, tenemos que admitir que en cuanto a la naturaleza y características de este nuevo sistema histórico, existen aún pocas certidumbres. Por tal motivo, sólo hemos sido capaces de percibir la naturaleza *pos* del momento, sea ésta postmoderna, postindustrial o postcapitalista. Sentimos que estamos en la antesala de un periodo nuevo de la historia, sin saber a ciencia cierta qué en concreto nos aguarda.

Claro está, no soy de los que le adjudica a la realidad actual un determinismo absoluto e imposibilitador de lecturas diferenciadas y respuestas contestatarias nuevas. Como el mítico Sísifo, debemos encarar, con responsabilidad, el reto que continuamente nuestra condición humana nos plantea entre el progreso civilizado y solidario, y la barbarie opresiva y desintegradora del vínculo social. Los seres humanos seguimos siendo los sujetos o protagonistas de la historia. Los neoliberales lo han entendido bien y, como resultado, han articulado e implantado su proyecto para darle una dirección dada, un signo dado a las transformaciones actuales en función de sus intereses.

¹⁹ Fernando Mires, *La revolución que nadie soñó o la otra postmodernidad*. Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1996.

Los que nos ubicamos en una posición de inconformidad y rechazo del proyecto neoliberal, apenas empezamos a balbucear nuestra respuesta. Para aquellos de nosotros comprometidos con la construcción de dicha opción, la educación y el Derecho constituyen trincheras fundamentales. La posibilidad de nuevas agendas de acción emancipadoras pasa necesariamente por la necesidad de superar viejos y obsoletos entendimientos de la realidad, incluyendo la jurídica, que ya no nos sirven para comprender y menos aún para transformar nuestras circunstancias. Resurge con mayor fuerza la admonición del filósofo español José Ortega y Gasset: *"Yo soy yo y mis circunstancias; si no las salvo a ellas, no me salvo yo."*

Esta necesidad de repensar y replantear las bases justificativas del Derecho y la profesión jurídica nos plantea el reto, a aquellos que laboramos en Facultades de Derecho, de transformarnos en verdaderas comunidades hermenéuticas proactivas constructoras de nuevos entendimientos, productoras de nuevos conocimientos y facilitadoras, en nuestras sociedades y culturas, del desarrollo de nuevas agendas de acción emancipadoras.

En un ensayo que guarda una admirable pertinencia a los problemas que enfrenta la educación jurídica en nuestros tiempos, Eugenio María de Hostos planteaba que un abogado que sepa sólo de leyes y que sólo cuente con un gran dominio de la técnica y la maña procesal, podrá ser todo menos un buen jurista.²⁰ Para Hostos el jurista debe recibir una formación humanista radical. Sólo así será un trabajador intelectual crítico al servicio de su sociedad y capacitado para su intervención efectiva en la diversidad de procesos prescriptivos que conforman el Derecho, tanto los legislativos como los judiciales.

Tenemos la necesidad imperiosa de proceder a una recategorización del marco conceptual y del discurso que ha caracterizado al Derecho moderno. Al preguntarnos hoy, ¿qué es el Derecho?, y ¿cuál es el perfil del profesional del Derecho para el cual debemos educar?, hay que atreverse a la más radical de las insurgencias virando al revés la visión que ha caracterizado esencialmente el mundo jurídico bajo la Modernidad.

No podemos seguir operando a partir de la visión normativista y positivista que mayormente nos ha caracterizado sin seguir empobreciendo intelectualmente a la profesión y sus posibilidades de contribuir al desarrollo de una agenda emancipadora. Bajo el normativismo, nuestras Facultades de Derecho se han estado dedicando por demasiado de tiempo al Derecho que no es, a la sombra de su verdadero ser, es decir a la expresión ideal y lógico-formal de éste, bajo la cual se encubre todo un entramado interactuante de dimensiones que, en la realidad, le constituyen.

²⁰ Eugenio María de Hostos, "Reforma en el Plan de Estudios en la Facultad de Leyes", tomado de *Reforma de la enseñanza del derecho*, Santiago de Chile, Imprenta de la Libertad Electoral, 1889, pp. 71-109.

La enseñanza de lo que Hostos califica de *Derecho parcial* está centrada en la información y las destrezas necesarias para un hábil manejo de la ley dentro de un proceso adversativo en el que finalmente predominará el interés particular de una parte y no necesariamente la *justicia total*.²¹ Dentro de ese *Derecho parcial*, el fin primario de los estudios jurídicos es el entrenamiento individual a través del recorrido por una serie de asignaturas técnicas que culminan en la obtención de un título profesionalizante pero, en última instancia, empobrecedor en cuanto al desarrollo humano que requiere el estudiante para estar a la altura de las necesidades y expectativas de la sociedad.

Una educación plena del jurista, según la perspectiva hostosiana, estaría basada en el conocimiento del *Derecho total*, es decir, en su formación mediante el desarrollo de las competencias y los conocimientos, que necesitaría para poder contribuir, de forma proactiva y no sólo reactiva, a la construcción de una sociedad basada en la cooperación plena de sus componentes en pos de la justicia plena. Como he expresado en tantas ocasiones, como de multidimensional, polivalente y totalizante es la vida, así tiene que ser el estudio y la comprensión del Derecho.²² El Derecho, como espejo de la vida que intenta regular, tiene que ser visto como un campo de acción y de saber abierto. De ahí que nuestros currículos y planes de estudio tienen que repensarse a la luz de esta nueva comprensión del Derecho más allá de la comprensión unidimensional de éste como conjunto de normas. Esto quiere decir, empezar a ver el Derecho en todas sus múltiples dimensiones, desde el Derecho como modo de interpretar y transformar la realidad hasta éste como red de prácticas y proceso decisonal mediado por el poder, desde el Derecho como campo de acción valorativa hasta éste como modo de resolver conflictos de intereses.²³

Debemos, pues, encaminarnos hacia una nueva *pedagogía de la esperanza*, como le llamó Paulo Freire, basada en una voluntad de poder liberador.²⁴ Hostos siempre insistió que cualquier proyecto liberador en lo social y político requería de la construcción de un ejército de pedagogos que se atrevan a educar para la superación de las estructuras de poder dominantes y comprometidas con la formación de un nuevo ciudadano, de un nuevo ser humano.²⁵

²¹ Sobre los conceptos hostosianos de Derecho parcial, Derecho total y justicia total, véase de Julio César López, "Hostos: ¿la plenitud de una enseñanza o la enseñanza de una plenitud", en *Barco de Papel*, Revista de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Vol. I, Núm. 2, Mayagüez, 1997, p. 84.

²² Véase, Carlos Rivera Lugo, "El derecho más allá del derecho", *Barco de Papel*, Revista de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, 1996, Vol. I, Núm. 1, pp. 19-31.

²³ Supra, a la p. 26.

²⁴ Paulo Freire, *Pedagogía de la esperanza*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1993.

²⁵ Angel R. Villarini Jusino, "Hostos sobre la educación y la liberación, y el futuro de la escuela puertorriqueña", en *Barco de Papel*, Revista de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Vol. I, Núm. 1, Mayagüez, 1996, p. 14.

El compromiso tiene que ser con el desarrollo de una nueva civilización basada en valores edificantes como la voluntad de poder liberadora, la justicia individualizada y colectiva, unos procesos jurídicos basados en un diálogo vivo y un pensamiento humilde, la valoración de la diferencia, el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos y la promoción de relaciones de equidad, la autonomía y soberanía particular y colectiva, el fin de la explotación y opresión de unos seres humanos por otros, el deber moral como palanca del desarrollo, el fin de las relaciones sociales basadas en valores patrimoniales.

Por tal motivo, debemos adoptar una perspectiva estratégica que nos lleve, como insurgentes, a darle la cara a la realidad que aspiramos transformar, pero al mismo tiempo tendiéndole trampas, trabajando sobre sus grietas y contradicciones, junto a otros sectores contestatarios emergentes en la sociedad y en la cultura. El pensamiento dialógico se nos presenta como estratagema que nos invita a vestirnos de conspiradores y subversivos que se mueven en el mundo como agentes secretos, dándole la cara a la realidad que aspiramos transformar, pero al mismo tiempo tendiéndole trampas. Al igual que la estrategia gramsciana, se plantea como objetivo la lucha por la hegemonía intelectual y cultural de la sociedad, en todos los aparatos en que los grupos políticos, sociales y económicos predominantes hoy ejercen su hegemonía.²⁶ Es también la *guerra de la pulga*. Unas veces me escondo y oculto, para luego aparecer sorpresivamente emboscando discursivamente²⁷ a los “poderes establecidos”, creando nuevos valores y prácticas, realizando continuos experimentos alternativos que vayan desgastando progresivamente el poder cultural excluyente y discriminatorio de esos sectores social y políticamente hegemónicos.

Estoy convencido de que sólo así puede uno luchar hoy en esa trinchera llamada el Derecho. Como estrategia, la guerra abierta y frontal resulta la alternativa siempre más heroica y romántica, pero al fin y al cabo la más ineludiblemente suicida y abocada al fracaso, sobre todo cuando la situación de fuerzas le es adversa. Claro está, en la medida en que uno haga bien sus asignaciones, irá sumando fuerzas, irá acumulando un conjunto de nuevas ideas y prácticas entre un entramado cada vez más amplio de nuevos focos o puntos institucionales y organizacionales desde los cuales, como los puntos arquimédicos de los griegos, se transforme el mundo y se generen nuevos estados de opinión y de consenso, que rompan con los procedimientos establecidos para determinar lo correcto e incorrecto, lo justo y lo justo, lo admisible e inadmisible, experimentando activa y audazmente con nuevas formas culturales. Sólo en la medida en que se prendan infinitos fueguitos intensos, como en el relato de

²⁶ Sobre el concepto gramsciano de “hegemonía”, véase a Christine Buci-Glucksmann, *Gramsci y el Estado*, México, D.F., Siglo XXI Editores, 1978, pp. 174-247.

²⁷ Por “discurso” entendemos, al igual que Michel Foucault, una serie de procedimientos de control mediante los cuales se distingue entre lo admitido y lo no admitido. Sobre el particular, véase Michel Foucault, *Las palabras y las cosas*, México, D.F., Siglo XXI Editores, 1988.

Galeano,²⁸ podrá quizás asumirse una estrategia cada vez más abierta y frontal, aunque no por ello menos dialógica.

En fin, lo que caracteriza en última instancia al profesional del Derecho, al jurista como intelectual – o trabajador intelectual, si se prefiere – es que ejerce funciones organizadoras de la sociedad, tanto en la cultura, en la economía, como en la política y la administración pública. En ese marco, juega un papel subalterno en representación de alguno de los diversos valores, intereses y expectativas que caracterizan a los grupos y clases existentes en una sociedad dada, unos hegemónicos o dominantes y otros subordinados.²⁹

Como profesión formalmente se nos ha asignado una función normativa esencialmente política: la búsqueda de soluciones consensuales y/o coercitivas a los conflictos y tensiones que se viven en la sociedad aunque, en la práctica, no podemos eludir la realidad de que como procedamos y en función de cuáles valores e intereses, va a alinear nuestro quehacer en torno a intereses y valores particulares. Proveemos y manejamos el marco normativo dentro del cual se canalizan y efectúan, por otros medios, las luchas sociales, económicas y políticas en la sociedad. Para unos, me temo los más, marcará una práctica ideológica excluyente, en la medida de que sólo favorezca, consciente o inconscientemente, a los valores e intereses de un grupo o clase en particular, por ejemplo, de los grupos económicos, sociales y políticos hegemónicos o dominantes. Para otros, en estos momentos me temo los menos, les corresponde asumir un pensamiento y una práctica inclusiva que les permita formular soluciones reconciliadoras de la diversidad de valores e intereses compitiendo por prevalecer en la sociedad y que sean compatibles con los valores que son centrales para ordenar normativamente cualquier proyecto histórico que propenda a una vida civilizada y de progreso, tanto material como espiritual, tales como la libertad, la autonomía individual, la justicia social, la igualdad, la solidaridad, la equidad, la democracia participativa, la valoración de la diferencia, entre otros. Estos últimos, verdaderos profesionales e intelectuales orgánicos de la sociedad,³⁰ están centrados en el conocimiento y la práctica del *Derecho total* que propende a la plena armonía de la vida social, siendo instrumento orgánico de ésta, y a la toma de decisiones moralmente edificantes. Son organizadores de las condiciones necesarias para el cumplimiento armónico del destino humano que no es otro que el del desarrollo orgánico de una sociedad plena capaz de garantizarles a todos y a todas que puedan vivir en plena libertad y en relaciones de equidad.

²⁸ Eduardo Galeano, *El libro de los abrazos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Tercera Edición, 1990, p. 1.

²⁹ Uso aquí el concepto de intelectual del filósofo político italiano Antonio Gramsci. Sobre el particular, véase a Antonio Gramsci, *Los intelectuales y la organización de la cultura*, México, Juan Pablos Editor, D.F., 1975, pp. 11-18.

³⁰ Sobre el concepto de intelectual orgánico, parto de la construcción hecha por Gramsci. Véase, por ejemplo, a Christine Buci-Glucksmann, *ibid*, pp. 33-55.

A partir de la perspectiva antes descrita, como educadores de las futuras generaciones de juristas interesados en contribuir a la organización de una nueva civilización caracterizada por un nuevo sistema axiológico liberador y moralmente edificante, necesitamos tomar urgentemente consciencia de que el fin primario de los estudios jurídicos es la formación cultural, intelectual y práctica más amplia y apoderadora de nuestros estudiantes para que éstos y éstas puedan asumir conscientemente las funciones organizadoras de esta nueva sociedad y ese nuevo Derecho. No podemos limitarnos al mero entrenamiento individual de éstos y éstas a través del recorrido por una serie de asignaturas técnicas y una prueba de reválida que culminan en la obtención de un título profesionalizante pero, en última instancia, empobrecedor en cuanto al desarrollo humano que requiere el futuro jurista para estar a la altura de los retos que tiene ante sí la profesión, el Derecho y la sociedad en este momento histórico.

Recientemente ví una película realmente magistral titulada *El Abogado del Diablo*, en la que uno de los personajes centrales, un abogado, que acababa de darse cuenta como el Diablo lo había utilizado para sus fines malvados, le preguntaba a éste por qué había escogido a la profesión suya para hacer su obra. Entre otras razones, Satanás le respondió: Por qué ustedes están en todas partes. Precisamente, por la misma razón es que yo veo en los abogados una profesión estratégicamente situada en la sociedad para promover las grandes transformaciones que hacen falta. Claro está, por su posición estratégica en la sociedad contemporánea, se ve sujeta a las mismas presiones de conservación y de cambio, una dialéctica voraz que muchas veces devora a sus miembros. Sin embargo, yo quisiera pensar, al igual que el Maestro Hostos, que la profesión, si bien padece de un serio virus conservador, posee como todo organismo, como toda institución, la posibilidad de desarrollar su contrario, el cambio, y propagar la finalidad de la autenticidad existencial, de la moralidad social y de la solidaridad humana en su seno con el propósito de construir un nuevo ser humano, junto a una nueva sociedad y civilización.

Decía un buen amigo que en ese afán misionero la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos se parecía a ratos a los monasterios que durante el oscurantismo, en Europa, sirvieron para poner en resguardo los valores y conocimientos que servirían más tarde para el necesario renacer. Así a veces también he visto la misión de nuestra institución, constructora y promotora de nuevas ideas y prácticas, nuevos valores y políticas que podrían servir de fundamento para un nuevo renacimiento de nuestra civilización más allá del oscurantismo neoliberal y, en el caso de Puerto Rico, también de la dependencia colonial.

Nuevo Orden Internacional, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina^{*}

Helio Gallardo^{**}

Resumen: cuando se habla de derechos humanos, nos encontramos constantemente con la costumbre y el hábito que la cultura occidental tiene de proclamar principios para no tener que vivir según ellos. La separación entre la dimensión normativa y formal de la dimensión efectiva y concreta de derechos humanos se descubre principalmente a través de la manera de articularse y darle sentido a la acción humana. Por esta razón, es necesario en todo momento vincular los derechos humanos con las *tramas sociales* que los constituyen. En ellas se plasman y se reflejan los tipos inclusivos o exclusivos de reconocimientos, reciprocidades y conformaciones de los sujetos, dentro de las cuales se sitúan los ordenamientos jurídicos y las constituciones nacionales e internacionales, que pueden establecer límites sustanciales a acciones controladas por lógicas de rechazo y cosificación. Por muy bueno que sea cualquier principio, norma, criterio o institución, si está instalado en una lógica de dominación, inevitablemente operará como un dispositivo más de ésta. En este caso, el marco de derechos humanos en tanto que internacionalizados, hay que establecerlo en el contexto de la globalización y en la racionalidad en la que se sitúa y se desarrolla toda la comunidad internacional. El orden sobre el que se asienta, se caracteriza por estar dominado por una cultura de ausencia de derechos humanos. América Latina es un claro ejemplo de ello.

Resumo: quando falamos em direitos humanos nos encontramos constantemente com o costume e o hábito que a cultura ocidental tem de proclamar princípios para não ter que viver segundo eles. A separação entre a dimensão normativa e formal e a dimensão efetiva e concreta dos direitos humanos são visíveis principalmente pela forma como tais direitos se articulam e dão sentido à ação humana. Por esta razão, é necessário em todo momento vincular os direitos humanos com as tramas sociais que os constituem. Nelas se plasman e se refletem os tipos inclusivos e exclusivos de reconhecimento, reciprocidade e conformações dos sujeitos, dentro das quais se situam os ordenamentos jurídicos e as constituições nacionais e internacionais que, por sua vez, podem estabelecer limites substanciais a ações controladas pela lógica da rejeição e coisificação. Por melhor que seja qualquer princípio, norma, critério ou instituição, se estiver instalado na lógica de dominação, inevitavelmente operará como um dispositivo a mais desta lógica. Neste caso, é necessário estabelecer o marco dos direitos humanos no contexto da globalização e na racionalidade na qual se situa e se desenvolve toda a comunidade internacional. A ordem na qual está assentado caracteriza-se por uma cultura de ausência de direitos humanos. A América Latina é um claro exemplo disso.

Abstract: When we talk about human rights one constantly sees the fact that the western cultural way of life proclaims principals and then does not abide by them. The separation between the

^{*} El texto reproduce una exposición en el 15 Curso de Educación para la paz, derechos humanos y equidad de género de la Universidad de Aguascalientes. México (agosto del 2003).

^{**} Aguascalientes, agosto del 2003.

formal and normative dimensions and the effective and concrete dimension of the human rights, is quite visible. especially by the way such rights give meaning to the human action. For this reason, it is necessary at all times, to link human rights to social plot that constitutes them. The inclusive and exclusive types of recognition, reciprocity and conformation of the subjects are reflected and formed on these social plots, in which the judicial impositions and national and international constitutions that by in turn, can establish substantial limits and actions controlled by the rejection logic and "turning into things". As good as any principal, norm, criterion or institutions are, if they are installed in a domineering logic, it will inevitably be operated as one more dispositive of this same logic. In this case it is necessary to establish a landmark of the human rights in a globalised context and rationality in which all international community is situated and developed. The order in which it stands is characterised by a culture of absence of human rights, as Latin America is such a good example of.

Introducción

Quisiera organizar mi presentación de esta mañana refiriéndome a cuatro aspectos que sin duda se interrelacionan pero que aquí, por razones de tiempo, se presentarán por separado. La experiencia de ustedes, estoy seguro, les facilitará establecer articulaciones.

Los cuatro aspectos son:

- a. Un acercamiento muy elemental a la imagen del 'Nuevo Orden' que figura en la convocatoria.
- b. Algunos recuerdos sobre América Latina antes del 'Nuevo Orden'
- c. América Latina en el 'Nuevo Orden', y
- d. Derechos humanos como movilización y movimiento social.

1 Introducción a la Discusión Sobre el "Nuevo Orden"

Sobre la *imagen* del Nuevo Orden estimo que hay que cuidarse de dos asociaciones inmediatas, quizás espontáneas, pero poco prudentes.

La primera, es la que el término "orden" establece con "armonía". La segunda, la identificación del "orden" con sus protagonistas o actores más importantes.

Quisiera contrastar estas asociaciones eventualmente próximas con otra imagen. Representé la situación de una dama que llega de su día de trabajo y encuentra a su compañero absorto en el juego de fútbol en la televisión, concentración que acompaña con algunas cervezas, mientras los niños y el perro desbaratan ardorosamente con sus juegos la vivienda que obviamente ya no es hogar. El desastre hace pasar a la dama rápidamente del cansancio a la irritación. Por ello grita: "¡Hay que poner orden en esta casa!". Y procede a apagar el televisor justo cuando se cobraba un penal a favor del equipo de su pareja, y lo manda a él y a los chicos, furibunda, primero a colocar las cosas que no se han roto en su lugar, a limpiar, y finalmente, a encerrarse en sus cuartos. Al perro, eslabón más débil, se procede a cortarles los testículos.

Si no les simpatiza, la narración anterior (seguro al menos al perro le parece cruelmente injusta), recuerden quienes son aquí maestros que muchas veces deciden (y se sienten satisfechos cuando lo logran) 'poner orden' en su clase. De esto hablamos.

Estas imágenes, la hogareña y la escolar, nos muestran lo siguiente:

a. que la creación o constitución o restablecimiento de un 'orden' puede ser valorado también como *violencia*, injusticia y desorden por quienes sufren el orden: por ello resulta poco prudente asociar de inmediato orden con armonía.

Por ejemplo, en el año 1974 la Asamblea General de Naciones Unidas realizó una declaración acerca de un *Nuevo Orden Económico Internacional* (NOEI).¹ Se refería en ella a un nuevo concepto de desarrollo que comprendiera necesidades y deseos de todos los seres humanos de la Tierra, a la necesidad de reconocer el pluralismo de las sociedades y de resaltar el equilibrio que debe existir entre el ser humano y la Naturaleza. El NOEI buscaba erradicar las causas básicas de la pobreza, el hambre y el analfabetismo, de la contaminación, de la explotación y de la dominación. ¿Quién podría ver en esta declaración violencia y desorden? Pues en su sano juicio, nadie... excepto los Estados poderosos que saben que sus lógicas y prácticas de poder son al menos concausa de la pobreza, hambre, analfabetismo, destrucción ambiental, explotación y discriminación. De modo que se sintieron violentados, como el perro del cuento, por la propuesta de este nuevo orden. Y algunos asintieron. Pero nunca la han apoyado. Por supuesto éste es un cuento más lúgubre que el del perro. Pero que nos indica, asimismo, lo difícil que es la práctica efectiva de derechos humanos.

Volvamos al punto central. La imagen hogareña nos muestra que

b. la dama que impone el orden se siente intérprete del "orden de las cosas". Existe, para ella, una *lógica* o espiritualidad *propia del hogar* que ella personifica o protagoniza, pero el orden *está en las cosas*, se sigue de relaciones necesarias entre las cosas, relaciones *objetivas* que suponen una jerarquía 'natural'. Esta lógica o espiritualidad, si ustedes desean *trascendente a sus actores*, es la que determina el orden. Por eso no es prudente, por ejemplo, asociar el Nuevo Orden meramente con las decisiones geopolíticas o económicas de Estados Unidos, por vigoroso que sea su protagonismo. Del mismo modo no sería prudente, para efectos de comprensión, estimar que el autoritarismo en el aula se debe al carácter neurótico de la maestra o maestro.

El 'orden' puede ser entendido como un sistema *objetivo* que posee una *lógica de imperio y dominación*. Obviamente, contiene asimismo *sujeciones* cuyo dolor o sufrimiento debe aceptarse, e incluso celebrarse, porque se sigue 'del orden de las cosas'. Es coerción inevitable. Necesaria. Violencia 'buena'.

Entonces, lo que aparece escamoteado en la imagen del Nuevo Orden que está en el título de la discusión que hoy nos convoca es que este orden nuevo contiene *prácticas de poder*, prácticas de poder que pueden ser de *dominación*.

¹ Autores europeos, consciente o inconscientemente lo mencionan como Nuevo Orden Económico Mundial (NOEM). Con ello eliminan el pluralismo y levantan la bandera de la hegemonía (Véase, por ejemplo, W. Hein: El fin del Estado-nación y el Nuevo Orden Mundial).

Ahora, un sistema de dominación, o sea de *violencia contra los sujetos*, y ustedes dirán si el Nuevo Orden se presenta a sí mismo como sistema de dominación e imperio legítimos, *no potencia ni permite derechos humanos*.

Luego, que el orden pueda asociarse con 'armonía' es una discusión.² Y que este orden sea objetivo, es decir políticamente necesario o insalvable, también lo es.

2 América Latina Antes del Nuevo Orden

Por supuesto, América Latina es un nombre cómodo que designa realidades diferenciadas y complejas.³ Lo que señalo, entonces, tiene un alto grado de abstracción.

¿Cuándo es *antes* del Nuevo Orden? En primera instancia es posible al menos fechar tres inicios para este nuevo orden y ello nos daría tres diversos 'antes'.

a. el Nuevo Orden habría tenido su comienzo a finales de la década de los setenta con la crisis de los precios del petróleo y el impacto económico global de tecnologías de punta como la informática reforzados por la inconvertibilidad del dólar estadounidense (administración Nixon) que abrieron paso a una reconfiguración de la economía mundial o a un cambio de época;

b. el discurso sobre un Nuevo Orden⁴ tuvo particular resonancia al final de la administración de George Bush (1989-92), ligado tanto a la primera agresión contra el territorio y la población de Irak como a la liquidación de la experiencia socialista histórica de las poblaciones de Europa del Este y a la autodestrucción de la Unión Soviética (1991). Su imaginario correspondía a la desaparición de la tensión/agresión Este/Oeste, al establecimiento del papel de "policía mundial" de Estados Unidos, con el consiguiente debilitamiento de las soberanías nacionales, a la propuesta de acabar con la "ayuda estatal para el desarrollo" y a la manipulación de derechos humanos como excusa para las "intervenciones humanitarias". Algunos, optimistas o ingenuos, proclamaron que este 'nuevo orden' tendría como ejes las cooperaciones Norte-Sur y Sur-Sur;

² En el idioma castellano 'orden' hace referencia tanto a una distribución jerárquica de las cosas y a la coordinación de sus funciones como a la ubicación de las cosas en el lugar que les corresponde de modo que tengan concierto entre sí. Las raíces del término son probablemente sánscritas y a nosotros nos ha llegado desde el griego y el latín. En todos los casos designa una totalidad adecuadamente concertada. Por ello 'desorden' es la alteración del concierto de una cosa. Y también demasía y exceso. Quizás el 'nuevo orden' podría considerarse desorden. ¿O hemos entre todos colocado las cosas donde debían estar de modo que no se hagan violencia entre sí?

³ El alcance de esta observación obvia es que del discurso no se puede seguir ninguna aplicación directa a una realidad latinoamericana específica, nacional, regional o local. Para esto último deben realizarse discusiones específicas que pueden o no enmarcarse dentro de un discurso básico sobre 'América Latina'.

⁴ En 1974, como indicamos antes, los países tercermundistas habría logrado aprobar en la Asamblea de Naciones Unidas una declaración sobre la necesidad de configurar un *Nuevo Orden Económico Internacional* que potenciara el desarrollo del Tercer Mundo. Por supuesto la declaración no condujo a ninguna política internacional efectiva, pero sí a muchos discursos, poses y eventos.

c. la tercera fecha está más cercana y corresponde al 11 de septiembre del 2001, fecha de los ataques artesanales y letales, de autoría todavía discutida, contra el territorio y población estadounidenses (Nueva York y Washington) y que abrieron paso a la declaratoria por su gobierno de una “guerra preventiva, global y total contra el terrorismo”. Esta fecha es importante porque liquida el paradigma geopolítico construido tras la Segunda Guerra Mundial. Ya ampliaremos esta última observación.

Si observamos estas tres fechas desde alguno de los ángulos que nos convocan esta mañana, por ejemplo el Estado latinoamericano, nos encontramos con prácticas patéticas en relación con el valor de la paz y el respeto a derechos humanos. No menciono la equidad de género porque el Nuevo Orden o Caos es ‘naturalmente’ patriarcal. Cito una de estas prácticas no al azar, para que hagan memoria: el ejercicio sistemático del *terror de Estado* por los regímenes de Seguridad Nacional latinoamericanos, terror que liquidó por miles a los disidentes o sospechosos de serlo, los exilió, los desplazó de sus territorios, los torturó, robó y transfirió a sus hijos pequeños... asuntos que han quedado hasta hoy y en lo fundamental legalmente impunes y que moralmente no han motivado arrepentimiento ni individual ni social. Para no ser omiso y en relación con las relaciones internacionales quiero recordar asimismo la invasión de Panamá (1989) por parte de Estados Unidos, en nombre de derechos humanos y de los valores democráticos.

En el período también encontramos subversiones, represiones y guerras como la que conmueve todavía a Colombia, o la llamada de Baja Intensidad que trituró a América Central en la década de los ochenta. Y violencia situacional y estructural contra todo tipo de derechos humanos, fundamentales, económicos, culturales, ambientales, que incluso la jerarquía católica había denunciado en sus *Documentos de Medellín* (1968). En ese tiempo se escribía que “la injusticia clamaba al cielo”. Pues sigue clamando.

Es cierto también que en el período largo nos encontramos con prácticas de oxigenación, como los procesos de democratización, con mayor o menor contenido ciudadano, que afectan incluso a México donde la elección del señor Fox al final del siglo pone fin al exclusivo control gubernamental del PRI. Que los resultados no hayan sido los que los mexicanos esperaban y necesitan es otro asunto. Y que los procesos de democratización se hayan decantado en democracias restrictivas y pongan hoy de relieve desafíos de gobernabilidad, también es otro asunto.

Pero, siempre en relación con el Estado y en este período largo encontramos una constante: el Estado latinoamericano se ha mantenido como un aparato patrimonial (*mercantilista*, pronuncian los neoliberales) y clientelista. Por ello resulta ineficaz en relación con los requerimientos del orden jurídico como el acceso a los tribunales,⁵ por

⁵ El Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá (2003), de responsabilidad del PNUD indica, por ejemplo, que acudir a los tribunales en esta región es una posibilidad remota debido a las barreras geográficas, económico-sociales y étnicas (el PNUD discretamente no menciona las políticas. Por “étnicas” debe entenderse racistas). La referencia

ejemplo, o a las necesidades que debe resolver el orden económico, como empleo, crecimiento, desarrollo, o a las necesidades de integración y equidad que son cuestiones tanto sociales como culturales. Entonces el Estado latinoamericano sirve para enriquecer, y mucho, a algunos en el mismo movimiento en que constituye y sanciona un orden que produce pobreza y discriminación social y cultural. Si se desea agravar esta descripción, 'nuestros' Estados, que nunca fueron de la ciudadanía, están en proceso de delegar y perder soberanía. ¿No la perdieron ustedes acaso con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte?

Por ello estamos hablando de un Estado *patrimonial*, es decir que sirve para aumentar la riqueza de quienes lo controlan, directa o indirectamente, *clientelista*, o sea que hace de las elecciones y de la administración del aparato estatal un negocio, y *ciudadanamente precario* porque las minorías dominantes y gobernantes transfieren soberanía a empresas extranjeras y a organismos internacionales para los cuales los intereses de los ciudadanos mexicanos (o de los latinoamericanos) no importan, ni mucho menos sus necesidades humanas.

Entonces, supongamos que decimos, "¡Que mal nos va en el Nuevo Orden!". Si, tal vez.

Pero reconozcamos que en el antiguo o antecedente tampoco nos iba muy bien en cuanto a derechos humanos fundamentales, políticos, sociales, económicos, culturales, o ambientales, por ejemplo. En este campo, donde es decisivo el Estado, encontramos

a. Violación sistemática de derechos humanos de todas las generaciones,⁶ violaciones que hasta el día de hoy permanecen impunes. Peor, que muchas veces ni siquiera son reclamados ante los circuitos de justicia. Ni me refiero al costo moral y cultural de esta impunidad.

b. Una ostensible manipulación de derechos humanos con finalidades particulares, partidistas, estatales, gubernamentales, eclesiales, mediáticas, etc. Un solo ejemplo: a muchos mexicanos y latinoamericanos parece gustarles el fútbol. Bien, con algo debe la gente entretenerse y ojalá gratificarse. Pero los jugadores profesionales que se disputan en el campo son esclavos modernos, algunos de ellos muy bien pagados, y la Federación internacional que los rige, a ellos y a los esclavistas que están en los clubes, se autolegitima como un orden jurídico paralelo en el que ni se ha escuchado hablar de derechos humanos. Con esto no estoy pidiéndoles que no vayan

más patética es la debilidad de los sistemas de defensa pública. En Nicaragua existe un defensor público por cada 372.000 habitantes. En Panamá, uno por cada 73.000. En Guatemala, uno por cada 39.000. Los más perjudicados son los pobres y quienes residen en zonas rurales. Los tribunales y los procedimientos jurídicos fueron hechos para sectores pudientes y ciudadanos.

⁶ Aunque el punto se discute, suele hablarse de cinco generaciones de derechos: fundamentales y cívicos o políticos, económico/sociales y culturales, de los pueblos y sectores 'diferentes', de las futuras generaciones (ambientales) y de control sobre el propio cuerpo y la organización genética de cada cual.

el domingo al estadio, sino mostrando nuestra poca sensibilidad cultural hacia derechos humanos. Como ustedes saben, los jugadores profesionales de fútbol son seres humanos (incluso lo son los árbitros) hasta cuando son derrotados escandalosamente.

c. Una doble escisión articulada entre lo que se dice y hace en el campo de derechos humanos y entre derechos políticos y los económicos-sociales, culturales y ambientales. Y esto no quiere decir que los que se llaman de 'primera generación', usualmente privilegiados, se cumplan para todos. Básicamente quiere decir que a los "ciudadanos por encima de toda sospecha" no se les puede tocar ni vida ni propiedades, lo que me parece a derecho. Ahora, a los otros, pues depende de quien se las toque. Creo que en México ustedes tienen bien claro esto. Recientemente han tenido el caso de Digna Ochoa que debería avergonzar al Estado mexicano y a los medios masivos. Pero no. Ahí no pasa nada. O, mejor, pasa de todo.

Quisiera ampliar esta última observación con una situación costarricense reciente. Hace algunas semanas se asesinó en forma particularmente cruel e imbécil a una pequeña hija de gente humilde. La asesinó un vecino. Como estos casos han venido proliferando y la prensa descubrió que puede sacarles provecho comercial, entonces sectores de opinión pública han reaccionado con indignación y algunos piden que se les imponga la pena de castración a quienes violan a pequeños. La *Casa Alianza*, una ONG creo que de origen canadiense, alienta este procedimiento que se dice ha sido muy eficaz en Dinamarca. Ignoro qué ocurra en Dinamarca o Canadá, pero se me hace difícil imaginar que en América Latina se castre a religiosos y religiosas que abusen a niños, o que se castre a militares delincuentes de alta graduación, o a hijos de políticos y opulentos, ni a policías. A campesinos, a cesantes, indígenas y opositores políticos, gente así, sin duda. Pero no veo posible que se castre a obispos ni gente 'importante'. Y no exactamente porque esta gente 'educada' no incluya pedófilos y violadores.

Quiero agregar que personalmente no me parece la pena de castración masculina o femenina, aunque condene las agresiones sexuales materiales, psicológicas y culturales contra cualquier ser humano, niño, joven, adulto o anciano. Ambas situaciones, la castración como pena, y la agresión sexual como hecho social, me parecen incivilizadas, bárbaras. Desde luego, en todas sus formas deben estar tipificadas como delitos.

Lo que quiero resaltar con esta sumaria, y quizás arbitraria, mirada sobre derechos humanos y violencia 'antes' del Nuevo Orden es que ni antes ni ahora, pese a lucecitas como este curso, que condensa un programa sostenido por 15 años, y ustedes, en este tiempo largo, los latinoamericanos no hemos creado ni nos hemos potenciado para crear una sensibilidad cultural hacia o de derechos humanos en América Latina.⁷ No hemos sabido darnos las instituciones económicas y sociales que

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que depende de la OEA no posee la independencia política ni la fuerza para cumplir ni siquiera la función de institución precursora o fundante en este campo.

facilitarían u obligarían al Estado en esta tarea. Antes fuimos muy deficitarios. Y tal vez ahora lo seremos todavía más, según lo veremos en el próximo apartado al que quiero transitar rápidamente.

3 América Latina en el Nuevo Orden

¿Cómo nos va en el Nuevo Orden?

De las posibilidades presentadas para ubicar este nuevo orden elijo la década de los noventa entre otros factores porque la década anterior fue bautizada por los siempre impecablemente ataviados funcionarios de CEPAL como “década perdida” y de “doloroso aprendizaje”. Y claro, ninguno de esos calificativos es muy propicio para la paz social ni militar (recordemos la crueldad de las guerras centroamericanas, por ejemplo), ni para derechos humanos. Y el balance en equidad de género tampoco es favorable. Otra razón para elegir la década de los noventa es que en ella un sector de los actores centrales de los regímenes de Seguridad Nacional, las Fuerzas Armadas, se ven obligadas a abandonar la escena política abierta y ahora ejercen su poderío tras bambalinas. No es lo mejor, pero evita muchas muertes y desapariciones. Por desgracia, como lo experimentan los mexicanos, no todas. Baste recordar los asesinatos masivos e impunes de mujeres en Ciudad Juárez. En la década de los noventa se concretan asimismo los acuerdos de paz en América Central aunque la construcción social de la paz no se haya producido.

Como elijo la década de los noventa para hablar del Nuevo Orden, debo por fuerza distinguir en el período dos etapas.

a. la etapa de “los buenos negocios compartidos”, que puede asociarse con la administración Clinton;

b. la etapa, casi recién iniciada, de la guerra preventiva y global contra el terrorismo, puesta en circulación el año 2001.

Estimo que se trata de períodos diferentes.

En el primero se nos toma en cuenta, es una manera de decir, en los tratados de libre comercio, por ejemplo. Se negocia con nosotros. Los mexicanos tienen esto claro. También tienen claro que no les ha ido bien a muchos, en particular a los pequeños productores agrícolas, con el tratado que firmaron con Estados Unidos y Canadá. Y de paso se han enterado que aunque les vaya mal, el tratado es irreversible. Eterno. Aunque ustedes le hayan retirado su voluntad. Me imagino que esto ocurre para que aprendan la transformación de la ideología liberal acerca de los contratos cuando se practica el monopolio y el oligopolio y cuando se negocia con uno más débil.

En breve, ¿qué aportamos nosotros, latinoamericanos, en estos buenos negocios compartidos? Desde luego recursos naturales y materias primas. Mano de obra barata. Emigrantes ambiguamente no deseados. Transferencias de recursos mediante pagos de deuda externa, propiedad intelectual, intereses bancarios y zonas francas. México es prácticamente un modelo de esta situación. ¿Qué obtenemos? Dividamos la pregunta: ¿Qué deberíamos obtener según la doctrina? Deberíamos

obtener *crecimiento sostenido* que debería ser sustentable. También deberíamos conseguir *competitividad primermundista*. Incluso deberíamos alcanzar la ansiada *modernización*. Ustedes dirán si esto se está alcanzando en México después de casi diez años de “buenos negocios compartidos”, o al menos si se ven señales o signos de que se esté alcanzando.

¿Qué obtenemos, según al parecer una porfiada realidad? Ni crecimiento sostenido ni sustentable.⁸ Por el contrario, se acentúa una polarización social (pocos ganan más y muchos reciben cada vez menos) que torna imposibles el crecimiento nacional efectivo y también el desarrollo. De paso, pone todavía más dificultades para una integración cultural de los diversos esto, claro, suponiendo que se la deseara. Ustedes conocen la situación del México profundo, la situación de sus pueblos y naciones y comunidades indígenas. También ustedes sospechan que el México de los buenos negocios, el México de las minorías dominantes, no apuesta a la integración de esas otras minorías porque en el Nuevo Orden ellas son “perdedores” clásicos. También conseguimos desafíos de gobernabilidad democrática que más o menos quiere decir, para lo que nos ocupa, que los gobiernos electos no consiguen los medios (a lo mejor es una suerte) para administrar la gestión pública, aunque sí para aplicar los planes económicos porque ese tipo de decisión se independiza y tecnocratiza. Conseguimos reforzar las migraciones no deseadas, como en México o Nicaragua, y, a veces, una brutal explosión de empobrecimiento y hambre, como en Argentina. En muchos países, desde luego en los centroamericanos, el envío de dinero por parte de los emigrantes empobrecidos ocupa uno de los primeros lugares del ingreso de divisas de esos países.⁹ ¡Y el buen negocio lo hacen las compañías que transfieren electrónicamente ese dinero porque se quedan con una parte sustancial de este tráfico entre necesitados!¹⁰

Conseguimos asimismo debilitar o perder soberanía nacional porque, sin contar con nuestro permanente subdesarrollo ciudadano y republicano, además de la camisa de fuerza de los tratados de libre comercio y la legislación de la Organización Mundial

⁸ América Latina continúa produciendo pobreza y desempleo en el siglo XXI. Sus economías más dinámicas, a juicio de CEPAL, son “aquellas con tipos de cambio más competitivos o que concentran las inversiones y recursos naturales no renovables”, o sea aquellas que se empobrecen social y naturalmente. La pobreza afecta a poco menos del 50% de la población. El desempleo ronda el 9%. Por ello CEPAL descubre [en el año 2003] que el capitalismo latinoamericano “debe aprender a autofinanciarse” (Tiempos del Mundo, 14/08/03, p. 29).

⁹ Los emigrantes latinoamericanos enviaron divisas a sus países de origen por más de 32.000 millones de dólares (cifras del BID) en el año 2002. Están a la cabeza de los migrantes mundiales con más del 30% de los retornos. En términos absolutos, México encabeza la tabla con 10.502 millones y lo sigue Brasil con 4.600 millones. Pero si se considera el porcentaje del Producto Interno Bruto que significan estos retornos, la lista la encabezan Haití con el 26%, Nicaragua con el 15.2% y El Salvador con el 13%. En algunos países este retorno es el principal ingreso en divisas. En el Salvador las remesas cubren el 80% del déficit comercial.

¹⁰ Los garroteros más despiadados llegan a cobrar hasta un 30% por su intermediación. Pero el promedio es 15%. El BID estima que en el 2002 unos 3.000 millones de dólares enviados por los emigrantes se quedaron en los bolsillos de los agentes financieros.

de Comercio y la tutela neoliberal del FMI, se nos amenaza año a año con figurar entre quienes lavan dinero, violan derechos humanos, no practican la democracia, ayudan al terrorismo global, no respetan el ambiente, migran indecentemente, ponen trabas al libre comercio, o de elegir gobernantes que no son aceptables para los buenos negocios de la empresas estadounidenses, como Lula, Kirchner o Chávez. Con Fox no hay problema.

Al abrirnos comercialmente sin cautela, como se nos exige, conseguimos también gran vulnerabilidad financiera, es decir sufrimos gravemente por los malos manejos, manejos especulativos de capital en cualquier lugar del mundo. No existe voluntad política global para controlar esos capitales. ¡Sería terrorismo!

Retornemos a las remesas que envían los emigrantes no deseados a sus familias en sus países de origen. ¡El gran negocio lo hace la Western Union, entre otros, por los porcentajes leoninos que cobra por la transferencia de ese dinero! Y estamos hablando, muchas veces, de la realidad de los más empobrecidos. ¿De qué es signo este buen negocio *a costa de los humildes y de su trabajo* que hace la Western Union? *De que la lógica de los 'buenos negocios' subordina a la lógica de derechos humanos* en el sentido de que si existe una oportunidad de obtener beneficios, si existe una demanda en el mercado,¹¹ no importa el sufrimiento humano, no importa la realidad social.

En la fase de buenos negocios los derechos, como *capacidades*, pertenecen a las empresas o corporaciones, a la inversión, a las fusiones, a los flujos de capitales y no a los ciudadanos ¡y mucho menos a las necesidades humanas de la población! En la fase de 'buenos negocios compartidos' los ciudadanos latinoamericanos, que son en realidad productores/consumidores en desventaja estructural, tienen obligaciones, no derechos: deben ser eficientes y competitivos.

¡Y ésta es la cara 'buena' del Nuevo Orden para América Latina. Una en la que 'nos toman en cuenta' para los tratados de libre comercio y se nos cita para el Consenso de Washington! Los elegidos como gobernantes nos consuelan diciéndonos que peor sería si nos ignoraran. Quizás. Pero el problema es que por alguna razón, debemos ser cautivantes, no se nos ignora. Simplemente los buenos negocios compartidos nos admiran tanto que nos asesinan como naciones y pueblos. Y no exactamente de paso, devastan nuestro hábitat natural y nuestros recursos.

No creo que necesite hablar de derechos humanos y de Estado en estas condiciones. Y un orden de explotación y violencia institucionales debe ser considerado patriarcal aún si lo dirigiesen mujeres.

La *segunda fase* de este Nuevo Orden es la de la guerra preventiva y global contra el terrorismo declarada por el presidente Bush en el 2001.

¹¹ El volumen de las remesas de los latinoamericanos desde Estados Unidos crece sostenidamente y su incremento es muy superior al del conjunto de la economía. La proyección indica que al 2012 alcanzará la suma de 300.000 millones de dólares. ¡Arrebatarnos una parte sustantiva a los pobres es un gran negocio!

Este período más reciente contiene la *ruptura con el paradigma geopolítico que dominó la mayor parte del siglo XX*. Ustedes recordarán que tras la Segunda Guerra Mundial emergieron como vencedores Estados Unidos y la Unión Soviética. Los publicistas estadounidenses señalan que después de su victoria Estados Unidos se mostró generoso. No se apropió de la parte de Europa que le correspondía sino que cooperó con su reconstrucción y fue fundamental para lograr la creación de Naciones Unidas, organización internacional que se encargaría de mantener la paz y seguridad mundiales.¹² Para lo que nos interesa, podemos regalar esa versión de la 'generosidad' estadounidense con Europa, generosidad que, en todo caso, nunca ha aplicado a este hemisferio. Lo que importa es que la Asamblea General de Naciones Unidas se compone de Estados nacionales *autónomos e iguales* entre sí, es decir que pueden dialogar como iguales, concertar como iguales, aliarse como iguales. En la Asamblea General, cada Estado vale un voto, ya se trate de Belice o del Reino Unido, ya de El Salvador o de Estados Unidos. Como propuesta, la Asamblea General constituye un factor civilizatorio porque descansa en el imaginario de que el planeta podrá alcanzar la paz aunque existan culturas diversas, formas económicas diversas, gobiernos diversos, Estados diversos, siempre y cuando esos diversos se reconozcan como legítimamente humanos, o sea no delincan, y se acompañen. Es un imaginario hermoso, aunque esté secuestrado por un clasista y geopolítico (y potencialmente delictivo) Consejo de Seguridad. Cada Estado un voto. Cada pueblo un igual. Cada cultura, una expresión legítima de humanidad. Y la obligación de escucharse dialogar y negociar.

Esta Asamblea General hermosa es la que votó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. La redactó el Consejo Económico y Social de ese mismo organismo. La misma declaración histórica que se adoptó como convenio internacional en la década de los sesenta.

Bueno, este imaginario es el que se ha interrumpido o roto para siempre.

El *paradigma de la guerra preventiva* afirma la capacidad y obligación (moral, legal) *unilateral* de Estados Unidos para castigar a los Estados, pueblos, naciones, regímenes políticos, culturas e individuos que el mismo Estados Unidos estime amenazan o podrían amenazar en algún momento su Seguridad Nacional.

Como toda guerra preventiva, esta modalidad de violencia y agresión es *eterna*. Hoy están en lista, según declaraciones del presidente Bush, 60 o más "oscuros lugares de mundo".

¹² Para quienes por razones de existencia cotidiana lo hayan olvidado, Naciones Unidas tiene como fines institucionales mantener la paz y seguridad internacionales, desarrollar relaciones de amistad entre los pueblos y sus culturas, promover la cooperación internacional para el desarrollo y fomentar el respeto por derechos humanos y libertades fundamentales. Desde luego, lo que ha hecho en casi sesenta años de existencia es administrar las guerras buscando el beneficio de las grandes potencias que poseen como rehén su Consejo de Seguridad y generar una burocracia clientelar indiferente y escéptica respecto de las necesidades humanas de la población mundial. Aún así, como concepto, Naciones Unidas es una institución civilizatoria.

La declaratoria de guerra preventiva significa, brevemente, que la agenda de intereses de Estados Unidos se sobrepone a cualquier otra agenda y que su propia agenda está dominada por la geopolítica caracterizada como amenaza militar y represión. A esta agenda se agregan hoy, con oportunismo, países títeres como los de la antigua Europa del Este, el Reino Unido, España y, cínicamente, Rusia.

América Latina no tiene capacidad, ni voluntad política para crear esta capacidad, para criticar esta agenda que trasforma de un solo tajo el paradigma de relaciones internacionales vigente. El nuevo paradigma proclama adecuada la desigualdad entre Estados de acuerdo a su capacidad militar y el derecho y obligación moral de los Estados más fuertes para agredir territorios y liquidar poblaciones de los Estados más débiles, de aprovechar sus riquezas, instalarles gobiernos y modernizarlos de modo que los asaltantes materialicen buenos negocios, esta vez, como se advierte, no necesariamente compartidos. En términos estrictos la guerra preventiva torna innecesarios los 'acuerdos' de libre comercio y a la OMC. Y aunque la ideología de derechos humanos sigue manejándose para justificar las agresiones, aparece disminuida por el énfasis en la seguridad. La violencia armada y letal es justa porque se propone dar seguridad a la población de Estados Unidos y al mundo. Esta ideologización se encuentra en el ya clásico descriptor iusnaturalista de derechos humanos del siglo XVII: John Locke,¹³ y también en el apacible filósofo republicano de finales del mismo siglo, Emmanuel Kant.¹⁴

Ustedes están familiarizados con la doctrina de guerra global preventiva. Agresiones a los territorios, poblaciones y gobiernos de Afganistán e Irak, justificadas ambas, la última espectacularmente, con mentiras. Amenazas a Irán, Siria, Corea del Norte, Cuba, esta última por el mero hecho de existir. Campo de concentración en Guantánamo en donde los prisioneros son no/personas naturales y jurídicas y como tales se les desprecia, tortura y maltrata. Ni siquiera se les considera animales. Yacen en un limbo ontológico, eso sí maniatados y encapuchados. Como la guerra preventiva contra el terrorismo es buen negocio, el gobierno de Estados Unidos avisa que los tratados de libre comercio pasan a formar parte de su estrategia de seguridad. ¡Mal momento para derechos humanos! ¡Mal momento para la humanidad! Cuando aparece un lucecita, como la Corte Penal Internacional, Estados importantes la rechazan, Estados Unidos castiga a los Estados y pueblos que la apoyaron y exige, para formar parte de ella, quedar fuera de su jurisdicción. Si esto se acordara, la Corte, con sus limitaciones y potencialidades, habría nacido jurídicamente muerta.¹⁵

¹³ Véase J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*.

¹⁴ Véase I. Kant, *Sobre la paz perpetua*.

¹⁵ Es conveniente enfatizar una situación que puede parecer truculenta. El gobierno de Estados Unidos celebró festivamente la muerte de dos de los hijos, Uday y Qusai, y probablemente un nieto, de Saddam Husein (julio del 2003). Obsérvese que festeja la liquidación de individuos en una masacre, no la consecución de objetivos militares. Es un signo de que la guerra está dirigida por gánsters. La guerra, por sí misma, es un fenómeno negativo. Pero si al ejército estatal con mayor capacidad destructiva de la historia humana lo dirigen gánsters, pareciera imprescindible pensar una alternativa al crimen que se presenta como orden y empezar a construirla ya.

El paradigma de la guerra global preventiva no solo rompe con el imaginario que quiso dominar las relaciones internacionales durante la mayor parte del siglo XX. Como corresponde, quienes impulsan este paradigma buscan enraizarlo en la realidad humana y ciudadana de los habitantes de Estados Unidos, desean que alcance fuerza y cohesión internas para una movilización de guerra infinita y, dada la desproporción de medios, cobarde y salvaje. Escribe un 'intelectual' de derecha de ese país, glosando a Bush júnior:

Ahora, cada estadounidense debe saber cuál es su deber. Los padres tienen el deber de educar bien a sus hijos. Los maestros tienen el suyo, que es representar a su país y enseñar a los estudiantes con el.// Las corporaciones tienen el deber de funcionar honestamente y con total transparencia. Los beneficiarios de la seguridad social tienen el deber de busca trabajo. Los adictos a las drogas y al alcohol tienen el deber de arrepentirse y retribuir a la sociedad. Y los sacerdotes, pastores y rabinos tienen el deber de ser un ejemplo viviente de Dios. La era del "sí te gusta, hazlo", se terminó, al igual que se acabó el tiempo de limitarse a observar a los regímenes terroristas. La acción ha reemplazado a la apatía y el patriotismo tiene una nueva causa. Y las seductoras teorías del relativismo moral donde ciertas verdades son consideradas como meras construcciones culturales, deberían ser rápidamente enterradas.¹⁶

En esta segunda fase, el Nuevo Orden, como se escucha, es el tiempo de las *obligaciones*, no de las capacidades y facultades humanas. El Nuevo Orden trae su propia Edad Media consigo. Estructuralmente entonces no es tiempo de derechos humanos. Es tiempo de 'seguridad' no de apuesta y compromiso.

¿A qué corresponde el tiempo del "sí te gusta, hazlo", denostado por Bennett?

Al de las mujeres, por ejemplo, que demandaron control sobre sus cuerpos y sus relaciones, que querían mirarse desde sí mismas para ganar autoestima efectiva. Este tiempo se acabó. A cumplir con su naturaleza de tener hijos y cuidar la casa.

También correspondía al tiempo en que emborracharse a veces o seguido no era delito ni podía ser penalizado, excepto que la borrachera incluyera ofensas jurídicamente tipificadas. Ahora hay que arrepentirse por beber.

El desempleado tiene la obligación moral de emplearse, aunque la economía no crezca ni produzca empleos de calidad humana. ¡A asalariarse, carajo!

El Nuevo Orden es aquí el tiempo de las *obligaciones objetivas leídas desde la autoridad*. Es decir desde las prácticas de poder. Es Moisés redivivo bajando del monte. O sea, adiós derechos humanos incluso en su restrictiva versión ciudadana. Adiós modernidad.

Lo más grave es que los ciudadanos estadounidenses consienten en cambiar derechos cívicos por seguridad improbable porque está basada en la agresión, la exclusión y la guerra. Y autorizan que les revisen su correspondencia, que la prensa se autocensure, admiten sin chistar las revisiones y presiones cotidianas, celebran un presupuesto para un nuevo sistema totalitario de Seguridad Nacional, se arroban con

¹⁶ W. J. Bennett, *Un llamamiento a la dignidad*.

las novedades tecnológicas que facilitarán espiar, controlar y manipular a los ciudadanos durante toda su existencia, contribuyen a la consolidación de un ambiente de terror político que sellará los terrores económico, social y libidinal que les han antecedido. Y esto en el país que estaba orgulloso ¿o era sólo un estereotipo? del ejercicio irrestricto de sus libertades individuales.

Internacionalmente la doctrina de guerra preventiva hace retroceder la geopolítica hasta la primera Guerra Mundial. La única *pequeña* diferencia con esa época es que ahora esta geopolítica rapaz se expresa en un mundo en el que muchos Estados poseen armamento nuclear, en el que otros pueden llegar a tenerlo y, sobre todo, en el que ninguno renunciará a poseerlo y a desarrollar tecnologías que permitan utilizarlo¹⁷ porque es la garantía actual de sobrevivencia. Como contrapartida de esta capacidad letal para destruir el planeta, los Estados desean alcanzar un *dominio total* sobre su población para orientarla *contra otras poblaciones*. Y en este momento, que es crucial, la ciudadanía estadounidense decide cambiar derechos jurídicamente vigentes por seguridad improbable. Pueden imaginar lo que ocurrirá en el resto del planeta si los distintos delirios estadounidenses actuales consiguen prosperar.

Para el planeta es importante que George Bush, Rumsfeld, Rice, y su camarilla no sean reelectos. Un nuevo período de gobierno les permitirá avanzar de tal manera en su proyecto que administraciones estadounidenses posteriores quizás no puedan ni quieran revertirlo. Y es un proyecto en que la ciudadanía y la humanidad no tienen cabida y la especie puede desaparecer. Esta observación lúgubre nos abre el paso para el último punto.

4 Derechos Humanos como Movilización y Movimiento Social

Vistos desde cualquier ángulo éste es un mal momento para derechos humanos. Pero muchos poetas desde distintas culturas han escrito que la noche nunca es más oscura que cuando va a amanecer. La diferencia es que noche y amanecer no necesitan ser producidos (aunque sí significados) porque se siguen de la rotación del planeta, mientras que derechos humanos requieren tanto ser producidos como significados.

Si éste es un mal momento para derechos humanos ello quiere decir que estos derechos exigen ser diagnosticados, revalorizados o resemantizados para que el trabajo político con ellos y desde ellos resulte convocador para mayorías sociales. Sin tremendismo, de la posibilidad de crear una sensibilidad política y moral hacia derechos humanos, una cultura efectiva de derechos humanos, depende hoy la sobrevivencia *humana* de la humanidad. Este desafío era importante *antes* del Nuevo Orden, pero hoy resulta decisivo. Debemos ir *hacia la creación planetaria de una cultura de derechos humanos*.

¹⁷ El punto a discutir respecto de la posesión de armamento destructivo masivo no es si se lo posee, sino si se lo puede utilizar militarmente en una confrontación. La prensa guerrerrista y la propaganda estadounidense (cuesta ya distinguir entre ellas) escamotean sistemáticamente esta cuestión.

Para ello debemos transformar nuestra comprensión del valor y rango de las instituciones jurídicas y con ello la del Estado. Debemos analizar y discutir su carácter sociohistórico y asumir que en un mundo sin trascendencia, como debía ser el moderno, no puede darse una moral universal o global que no pase por la resignificación planetaria de las instituciones jurídicas positivas y, con ello, de derechos humanos, resignificación que debemos hacer desde las necesidades y particularidades sentidas como liberadoras por las mayorías. *Derecho alternativo* puede querer decir: *resignificación social o popular* de los códigos y procedimientos existentes, o formulación de nuevos códigos y *procedimientos* desde su resignificación popular, femenina, de clase, ambiental; también, *liquidación del monopolio jurídico* en manos del Estado o radical recaracterización del Derecho, de sus instituciones y procedimientos a partir de su comprensión sociohistórica, o sea política. La moral comunitaria no puede ser reemplazada por el Derecho, pero éste es el único que, gestado multitudinaria y republicanamente, popularmente,¹⁸ en su particularidad, desde su particularidad, puede apuntar hacia la producción colectiva del ser humano, hacia la potenciación de uno o muchos sujetos liberadores y liberados, particulares y genéricos, coexistentes en unidades administrativas pero también, si se las potencia autopotencian para reconocerlas y asimilarlas, articuladoras de experiencias de humanidad. En los tiempos modernos una administración políticamente liberadora, por su gestación y comprensión, puede alcanzar en el tiempo largo el rango de una *moral planetaria básica*.

Elijo como experiencia fundante para esta transformación del Derecho la lucha por derechos humanos, debido a su fundamento sociohistórico, a su propuesta universal e integral en tensión con necesidades diferenciadas y particularizadas, por potenciar articulaciones humanizadoras entre diversos, por su proyección utópica, por su requerimiento para institucionalizarse, sin guerra, como Derecho positivo planetario. Esta lucha demanda estudio y análisis, movilizaciones más frecuentes y constantes para denunciar tanto sus violaciones circunstanciales y sistémicas como sus tergiversaciones y utilizaciones ideológicas e igualmente para rescatar estos derechos, resignificarlos, defenderlos y promoverlos como banderas y procedimientos de lucha popular y colectiva.

Una cultura de derechos humanos demanda asimismo una profunda transformación de nuestras prácticas y concepciones educativas. Educar no es enseñar, sino testimoniar para contribuir a producir aprendizajes, o la necesidad de aprendizajes, colectivos. La educación no se radica en un aula o en textos escolares, sino en todas las instituciones sociales: en la familia, en el barrio, en la diversidad de los procesos económicos, en la relación con el Estado y el gobierno, en la producción simbólica y en

¹⁸ No compartimos, para América Latina, la distinción entre "multitud" y "pueblo" que atribuye al primer concepto la fluidez de un haz de relaciones y congela al segundo en una unidad con identidad homogénea que se expresa como soberanía material abstracta (Véase, Hardt y Negri, *Imperio*, p. 104).

la utilización/apropiación de sus mediaciones y alcances. Vista así, puede reclamarse a toda 'aula' el constituirse políticamente como espacio potenciador de la *autonomía de sujetos*. La familia espacio potenciador o empoderador, la cotidianidad del barrio espacio potenciador de sujetos, la actividad económica espacio potenciador, la iglesia, la responsabilidad ciudadana, la escuela, los medios masivos. Tomar en serio la educación para que el ser humano sea posible como *sujeto particular* (niño, mujer, indígena, trabajador, ciudadano, etc.) *con proyección universal*, como proyecto de humanidad, contiene la revolución política de la educación y ella no es solo ni exclusivamente tarea de maestros, aunque maestros como ustedes sean indispensables para gestar esta lucha e irradiarla.

Necesitamos un movimiento social centrado en derechos humanos entendidos sociohistóricamente, es decir como transferencias de poder social y personal que posibilitan prácticas productivas de autoestima legítima. Un movimiento que tenga como eje articulador la producción de una cultura de derechos humanos, de una sensibilidad de reconocimiento, acompañamiento y solidaridad humanas. De una cultura que apueste al riesgo de asumir al diferente que se empeña por crecer liberadoramente como referente de aprendizaje y humanidad, como estímulo para crecer vital y socialmente desde las carencias propias. ¡Todo el planeta un aula! ¡Toda relación humana un aula para gratificar la creatividad y la vida! ¡Cada cultura y pueblo un aula! ¡Qué la relación con uno mismo sea un aula! Sueño, sin duda. Pero toda política liberadora demanda horizontes, sueños, multitudinaria producción del deseo de esperanza.

Empeñarse y testimoniar una cultura de derechos humanos, aun cuando hoy se sea minoría, es una experiencia civilizadora. A esta enorme tarea política, reconstructora de las experiencias de humanidad en la historia, llama este curso modesto y limitado pero infinito por su intensidad y proyección.

Referencias Bibliográficas

- BENETT, W. J., "Un llamamiento a la divinidad", en *Tiempos del Mundo*, año 7, n. 8, p. 28, febrero del 2002, San José de Costa Rica.
- HARDT, M. y Negri, A., *Imperio*, Barcelona, España, Paidós, 2002.
- HEIN, Wolfgang, "El fin del Estado-nación y el nuevo orden mundial. Las instituciones políticas en perspectiva", en *Nueva Sociedad*, N. 132, julio/agosto 1994, Caracas Venezuela.
- KANT, Emmanuel, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, España, Tecnos, 1985.
- LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, Indiana, EUA, Hackett, 1980.

A Política Externa dos EUA como Obstáculo ao Desenvolvimento do Direito Internacional*

Durval de Noronha Goyos jr.**

Resumo: O artigo analisa como a política externa unilateral dos EUA impede o desenvolvimento do direito internacional, a partir da violação de acordos multilaterais, como da Carta da ONU, e da recusa daquele país em celebrar ou ratificar tratados nas mais diversas áreas: ambiental, direitos humanos, Tribunal Penal Internacional, militar, trabalhista, lei dos tratados, etc.

Resumen: El artículo analiza como la política externa unilateral de los EUA impide el desarrollo del derecho internacional, por violación de acuerdos multilaterales, como la Carta de la ONU, además de la recusa de ese país en celebrar o ratificar tratados en diversas áreas: ambientales, derechos humanos, Tribunal Penal Internacional, militares, laborales, etc.

Abstract: The article demonstrates how the unilateral foreign policy of the USA has been an obstacle to the development of international law, from the violation of multilateral treaties, such as the Charter of the UN, to the refuse of that country in entering or ratifying agreement in sundry areas, such as environment, International Criminal Court, human rights, military, labour, law of treaties, etc.

Enquanto o direito doméstico de um dado Estado advém de uma estrutura legal formatada de acordo com uma Constituição promulgada por um poder constituinte, o direito internacional não tem a mesma legitimidade, tampouco a clareza normativa do primeiro. Ao contrário, as normas de direito internacional são criadas pelos estados soberanos para regular suas relações, os organismos por eles criados e a atuação, conduta e/ou operação de seus sujeitos em certas áreas domésticas, transnacionais ou multinacionais, de tal maneira que gozem de proteção ou tutela legal. Contudo, como a balança de poder entre os Estados é desigual, o direito internacional, criado por tratados, também tende a refletir a desigualdade em suas normas. Da mesma maneira, o direito internacional também difere do direito doméstico em suas manifestações, devido ao fato de que sua supremacia sobre o poder bruto ainda está por ocorrer.¹

* Texto básico da apresentação feita por ocasião da solenidade de abertura do V Modelo da Organização das Nações Unidas em São Paulo, Brasil, no dia 12 de dezembro de 2003.

** Advogado no Brasil, Inglaterra e Gales, e Portugal. Sócio sênior de Noronha Advogados. Árbitro do GATT e da OMC. Professor de pós-graduação de direito do comércio internacional.

¹ Durval de Noronha Goyos jr., *Arbitration in the World Trade Organization*, Legal Observer, Miami, 2003, p. 7.

Desta forma, o direito internacional e o bruto exercício do poder, que não são a mesma coisa, mas precisamente o contrário, freqüentemente aparecem como se o fossem. A diplomacia é largamente usada pelos Estados mais poderosos para atingir tal objetivo. O jurista espanhol, Pastor Ridruejo ensina que “o direito internacional clássico foi, em suas origens, basicamente oligocrático, ou seja, concebido por um pequeno grupo de grandes potências para servir e legitimar os seus próprios interesses nacionais”.² Assim, a falta de implementação de uma ordem legal transnacional causou o questionamento, por parte de muitos juristas, da própria existência do direito internacional, não somente pelo processo ao mesmo tempo ilegítimo e falho de sua criação, mas também pelas dificuldades de execução de suas regras.³

Todavia, a segunda metade do século XX presenciou um importante desenvolvimento de normas internacionais, obtido através de muitos tratados iguais e outros que, embora desiguais, representavam um arbítrio menor com relação à prática que substituíam. Tais normas, embora ainda longe da perfeição, inegavelmente criaram importantes regras de relacionamento para os Estados e demais sujeitos de direito internacional, promovendo um certo *modus vivendi* jurídico nas relações internacionais, bem como valores caros para toda a humanidade, a exemplo da questão dos direitos humanos. Este progresso foi ainda representado por normas internacionais em muitas outras áreas, como ainda no comércio internacional, meio ambiente, desarmamento, trabalho, etc. O referido desenvolvimento normativo do jus inter gentes despertou em muitos a esperança que o tradicional arbítrio e o exercício das próprias razões nas relações internacionais viessem a ser substituídos pelo estado de direito, à semelhança do que tem ocorrido no âmbito do direito doméstico mundo afora.

O colapso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991,⁴ representou um marco na história das relações internacionais em muitos e diversos aspectos, mas notadamente na formatação da política externa dos Estados Unidos da América (EUA), que livres da concorrência pela hegemonia, abandonaram até mesmo o parco esforço de desenvolvimento do direito internacional levado a efeito em conjunto com a comunidade das nações até então, com o objetivo de construir uma ordem jurídica transnacional que legitimasse seu império, um *jus imperium*. Tal mudança de atitudes deu-se ainda pela adoção da cândida, brutal e pragmática política externa de substituição do direito internacional pelo diktat do poder maior e absoluto, expresso na conformidade dos percebidos interesses nacionais daquele país.

Assim, em setembro de 2002, a administração Bush, em seu documento de estratégia de segurança nacional⁵ repudiou nada menos do que a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), no tocante ao uso da força, ao autorizar o seu uso

² J.P. Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª edição, editorial Tecnos, Madrid, 1996.

³ Durval de Noronha Goyos jr., *Ensaio de direito internacional*, Observador Legal Editora, São Paulo, 2000, p. 102.

⁴ V. Tratado de Alma Ata de 1991.

⁵ The National Security Strategy of the United States of America.

preventivo e unilateral, ao contrário do disposto no artigo 2 (4) da Carta da ONU que proíbe especificamente o uso da força armada contra um outro país, a menos que em auto-defesa ou sob a égide daquela organização internacional, por meio de apósita deliberação de seu Conselho de Segurança. Logo em seguida, em outubro do mesmo ano, o Congresso dos EUA autorizou o Poder Executivo daquele país a empreender guerra contra o Iraque, mesmo sem a aprovação do Conselho de Segurança da ONU. A diplomacia estadunidense já havia ameaçado (sic) a ONU em setembro de 2003 no sentido de que, recusada a aprovação à guerra, os EUA tomariam a iniciativa unilateralmente.⁶ Não obtida a aprovação necessária, os EUA e o Reino Unido (RU), um estado cliente do primeiro, empreenderam uma aventura militar ilegal invadindo o Iraque. Contudo, nenhum dos argumentos políticos utilizados para tentar coonestar o crime são admissíveis como justificativa perante o direito internacional.⁷

Ora, se os EUA violaram a Carta da ONU, o tratado internacional de maior hierarquia, o que dizer dos de inferior posição? De fato, tal ação não se apresenta isolada e, como se bem pode imaginar há, ao contrário, uma tendência firme e constante por parte daquele país de abandonar a ordem jurídica internacional. Tal se nota desde a sistemática recusa na ratificação da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, de 1969, que inter alia afirma a hierarquia superior dos tratados internacionais sobre o direito doméstico, da mesma forma que impede o uso de argumentos de direito doméstico para exonerar um Estado do cumprimento de uma obrigação internacional, paradigmas que são categoricamente rejeitados pelo ordenamento jurídico constitucional dos EUA.

Da mesma maneira, na área ambiental, o Protocolo de Kyoto de 2001, tratado que procura, num primeiro momento, limitar os danos ambientais para, em seguida, revertê-los, foi repudiado pelos EUA, justamente o país que maior poluição causa. Por outro lado, no campo militar, o Tratado de Banimento de Minas, de 1997, que procura reduzir os danos à população civil do uso de minas, não foi assinado pelos EUA, que alegaram incompatibilidade aos seus interesses militares. Ainda na área militar, os EUA derogaram, na administração Bush, o Tratado de Mísseis Anti-Balísticos (Tratado ABM) de 1972, que limitaram o expansionismo militarista nuclear, durante a guerra fria. No mesmo setor, os EUA frustraram a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio Ilícito de Armas de Pequeno Porte, impedindo uma regulamentação internacional eficiente da fonte da violência urbana em muitos países do mundo. Sempre na área militar, os EUA opuseram-se ao Tratado de Banimento de Testes Nucleares de 1996 e frustraram o Novo Protocolo adicional à Convenção sobre a Proibição de Armas Biológicas e Tóxicas (CIAB), de 2001, porque recusam-se a admitir inspeções.⁸ Não bas-

⁶ V. Michael Glennon, "Why the Security Council failed", in *Foreign Affairs*, Nova Iorque, EUA, maio/junho 2003, p. 16, ss.

⁷ V., neste particular, "Scrutiny by the courts could put a stop to this military adventurism", por Robert Alexander, *The Times' Legal Supplement*, Londres, 14 de outubro, 2003.

⁸ V. Jean Ziegler, *Os novos senhores do mundo e seus opositores*, Terramar, Lisboa, pp. 39, 40.

tassem tais medidas, os EUA ainda repudiaram a Convenção sobre a Proibição de Armas Químicas (CIAC) de 1993.

No setor de direitos humanos, os EUA rejeitaram o Novo Protocolo sobre a Convenção de 1987 sobre a Tortura, da mesma forma que rejeitaram a Convenção sobre a Eliminação de todas formas de Discriminação contra as Mulheres e, até mesmo, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Nem mesmo a criação da Corte Internacional de Justiça, decidida por tratado de 1998, foi apoiada pelos EUA, que temia o enquadramento criminal de agentes políticos e militares de sua administração direta. Neste caso, os EUA inovaram na ordem jurídica internacional pretendendo a remoção de sua assinatura ao tratado, que naturalmente jamais foi ratificado por aquele país. Mais ainda, os EUA buscaram assinar tratados bilaterais de impunidade criminal de seus agentes, como aqueles firmados com Israel, Romênia, Tajiquistão e Timor Leste.

A própria Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1949, um dos principais baluartes internacionais de normatização dos direitos humanos foi repellido em sua quase totalidade pelos EUA nos recentes conflitos em que este país se envolveu, notadamente no Afeganistão e no Iraque, mas já anteriormente no Panamá. A questão do tratamento dos prisioneiros de guerra dos EUA no Afeganistão, regulada pela Convenção de Genebra que, em seu artigo 4 (1) considera até membros de milícias sujeitos à sua abrangência, envolve violações de direitos humanos na vasta maioria de seus artigos, incluindo, mas sem limitação, os de número 13, que trata de tratamento humano, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 40, 41, e 118, que trata da repatriação imediata após a cessão das hostilidades.

Ainda no segmento de direitos humanos, os EUA retiraram-se da Conferência Internacional sobre o Racismo, realizada em Durban, na África do Sul, em 2002, iniciativa que contou com o quase unânime apoio da comunidade internacional. À semelhança, os EUA, apenas no ano de 2003, no âmbito da Assembléia Geral da ONU, votaram contrariamente a duas resoluções apresentadas pela Comissão de Direitos Humanos daquela organização internacional. A primeira delas declara o direito humano ao mais alto padrão de saúde física e mental, aprovada com 166 votos, com o voto isolado de oposição dos EUA. A segunda delas dizia respeito ao direito ao acesso a medicamentos no contexto de pandemias como as doenças relacionadas com a AIDS, a malária e a tuberculose, aprovada por 167 votos, novamente com o voto contrário isolado dos EUA.⁹

No setor trabalhista, os EUA ratificaram apenas 14 das 185 convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). À guisa de comparação, o Brasil ratificou 90 convenções. Dentre as convenções não ratificadas pelos EUA estão as de número 100 e 111, por exemplo, que tratam da discriminação no trabalho. Da mesma

⁹ V. Rodaldo Sardenberg, "Iniciativas do Brasil na ONU no campo dos direitos humanos", in *O Estado de S. Paulo*, 6 de janeiro de 2004, p. 2.

forma, os EUA não ratificaram a Convenção OIT 138 que trata da proibição ao trabalho infantil. Das duas convenções sobre trabalho forçado, a OIT 29 e a OIT 105, os EUA não ratificaram nenhuma, o que permite a prática de trabalho forçado nas prisões estadunidenses com remuneração simbólica. Pelo menos três estados federados dos EUA exportam bens fabricados em prisões daquele país. Igualmente, os EUA deixaram de ratificar a Convenção OIT 98, que trata do direito de organização sindical e de negociação coletiva e a Convenção OIT 111, que trata de assegurar o direito à remuneração igual por trabalho assemelhado. A falta de adesão a um grande número de normas da OIT faz com que haja severas limitações ao direito de organização sindical e greve nos EUA.¹⁰ Este precário histórico, contudo, não impede uma retórica oficial tanto santimonial quanto especiosa da diplomacia daquele país crítica das normas trabalhistas de outros países.

Os obstáculos colocados pelos EUA à formação e desenvolvimento do direito internacional são ainda freqüentemente acompanhados de uma forte manipulação e desestabilização dos organismos internacionais incumbidos de sua aplicação. Na própria ONU, vimos como uma autorização do Conselho de Segurança, havida no caso do Afeganistão, pode levar a graves violações de direitos humanos e desrespeito ao direito internacional. Na Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995, verifica-se uma gigantesca manipulação do sistema, em detrimento dos países em desenvolvimento, para favorecimento de um núcleo central dos países desenvolvidos, notadamente dos EUA.¹¹ O Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial funcionam como departamentos da Secretaria de Comércio dos EUA, promovendo objetivos estratégicos da política externa daquele país, mediante favorecimentos ou sanções, conforme apropriado, como ocorreu no seu vergonhoso tratamento da Argentina, no passado recente. No igualmente escandaloso caso da Organização para a Proibição das Armas Químicas, deu-se o afastamento de seu diretor-geral, o competente diplomata brasileiro, Embaixador José Maurício Bustani, induzido pelos EUA, motivado pelo cumprimento por parte do diplomata de seu dever e dos objetivos estatutários daquela organização, que eram antagônicos aos interesses nacionais daquele país.¹²

Não se deve imaginar, contudo, que a formulação de tal política externa de abandono do exercício de desenvolvimento do direito internacional junto à comunidade das nações seja apenas um capricho idiossincrático de um tiranete obtuso, caricato e sanguinário. Tal formatação tem raízes bastante profundas no universo político e econômico dos EUA e, de um modo geral, independem da figura de seu presidente. Não obstante, mesmo dentro da lógica do poder bruto, faz-se necessária a consolida-

¹⁰ V. "Summary of the ICFTU Report on Workers' Rights in the United States", *International Conference of Free Trade Unions*, July 14, 1999.

¹¹ V. Durval de Noronha Goyos jr., *Arbitration in the World Trade Organization*, op. cit., p. 39, ss.

¹² V. Phyllis Bennis, *Before & after: US foreign policy and the war on terrorism*, Arris Books, Gloucestershire, Reino Unido, 2003, pp. 192 e 193.

ção de um jus imperium, que está sendo promovido por aquele país mediante uma rede de tratados desiguais tanto bilaterais como regionais. Este movimento compreende, mas não exclusivamente, os acordos comerciais e tenderá a acelerar-se num futuro próximo.

La Conciliación Jurídica Laboral en Puebla-México

Florencia Correas Vázquez*

Resumen: El presente artículo trata de la forma como se lleva la conciliación jurídica en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla. Cabe mencionar que una síntesis del mismo fue presentado en el *Cuarto Congreso Nacional de Sociología del Trabajo* realizado en Hermosillo, Sonora en el mes de abril del 2003. *La conciliación jurídica laboral en Puebla – México* es una reflexión sobre los alcances de la administración de la justicia laboral en su etapa conciliatoria. El trabajo de campo consistió en entrevistar a los funcionarios y a los abogados defensores de las partes involucradas en los conflictos laborales. De las entrevistas con estos personajes se advierte cómo la *conciliación laboral* está sujeta a las posibilidades del trabajador a defender sus derechos y no a la administración de la norma jurídica. Las conciliaciones parten de la renuncia por parte del trabajador del 50% de lo establecido por la ley en caso de despido injustificado. Los funcionarios lo justifican aduciendo que en esta etapa todavía no se sabe quien tiene la razón. Los abogados defensores tienen claro que la concertación no es lo mejor para sus clientes y que, especialmente, beneficia a la institución laboral. Aunque algunos consideran que también es favorable para los actores del conflicto por las implicancias de un juicio en las siguientes etapas del proceso. De todas la *conciliación laboral* esta sujeta a las políticas del Estado y a las presiones sociales. No existe en la legislación reglas mínimas para que se de el acuerdo entre las partes y todo que a la voluntad de los actores participantes del proceso (funcionarios, abogados litigantes y actores del conflicto laboral). Es por eso que se plantea la necesidad de reglamentar este proceso en beneficio de los trabajadores y de los patrones.

Resumo: O presente artigo trata da forma como se processa a conciliação jurídica na Juntal Local de Conciliação e Arbitragem de Puebla. Vale mencionar que uma síntese do mesmo foi apresentada no Quarto Congresso Nacional de Sociologia do Trabalho realizado em Hermosillo, Sonora, no mês de abril de 2003. *La conciliación jurídica laboral en Puebla – México* é uma reflexão sobre os alcances da administração na sua etapa conciliatória. O trabalho de campo consistiu em entrevistar funcionários e advogados defensores das partes envolvidas nos conflitos laborais. Dessas entrevistas conclui-se que *conciliação laboral* depende das possibilidades do trabalhador para defender seus direitos e não da administração da norma jurídica. As conciliações partem da renúncia, por parte do trabalhador, de 50% do que é estabelecido por lei em caso de despedida injustificada. Os funcionários justificam a prática do acordo dizendo que nesta etapa ainda não sabem se tem razão de causa. Os advogados de defesa têm claro que o acordo não é o melhor para seus clientes e que, especialmente, beneficia à instituição laboral. A *conciliação laboral* está sujeita a políticas de Estado e a pressões sociais. Não existem regras mínimas estabelecidas na legislação para que se dê o acordo entre as partes (funcionários, advogados litigantes e atores do conflito laboral). É por isso que defendemos a necessidade de regulamentar este processo em benefício dos trabalhadores e dos patrões.

* Investigadora del Posgrado en Sociología del Instituto de Ciencias Sociales y H. de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Abstract: The present article deals with how juridical conciliation in the Conciliation and Arbitration Board of Puebla is processed. It is worth mentioning that the synthesis of the article was presented at the 4th National Sociology of Labour Congress, that took place in Hermosillo, Sonora, in April 2003. *The Juridical Labour Conciliation in Puebla – Mexico* is a reflection of the administration range at its conciliatory stage. The fieldwork consisted of interviewing employees and defense lawyers of the parties involved in the laboral conflicts. From these interviews the conclusion that the *laboural conciliation* depends upon the employee's possibilities to defend his rights and not of the juridical norm administration, was reached. The conciliations come from a worker's waiver, of 50% of what is established by the law in case of unjustified dismissal. The employees justify the use of the agreement saying that at this stage they are still not sure whether they have their rights proven. The defense lawyers have it clear that the settlement is not the best for their clients and that this benefits especially the laboural institution. The *laboural conciliation* is subjected to the State policies and social pressures. There are not any rules established in the legislation so that a settlement is achieved between the parts (employees, litigant lawyers and the laboural conflict makers. That is why we defend the need for regulation of this process benefiting both employers and employees.

1 Introducción

La actualización de la legislación y la administración jurídica laboral son temas de discusión tanto en los foros políticos y académicos como en las conversaciones cotidianas de los ciudadanos. Con esto quiero decir que la justicia, en general, está bajo la observación y la evaluación de la ciudadanía. Hasta no hace mucho tiempo cuestionar el honor, la honradez o la decisión de un juez o una autoridad responsable de la administración de la justicia hubiese sido impensable. Sin embargo, hoy es un tema de cualquier conversación cotidiana. Y, tal vez, lo que más llama la atención es que los mismos abogados son quienes cuestionan severamente la conducta de sus colegas.

Si bien las normas jurídicas debe ser adecuadas a los cambios que se van produciendo en la dinámica de las relaciones sociales, ya que éstas son la causa de la existencia de aquellas y no viceversa, los ajustes de la legislación deben ser llevados a cabo teniendo en cuenta las consecuencias sociales que implican. Es decir, las variaciones en las leyes deben considerar los efectos que van a causar en la vida cotidiana de los ciudadanos de cada país y no tanto, como algunos quisieran, los mandatos de los organismos internacionales o los poderosos del mundo.

2 Las Relaciones Laborales y las Normas Jurídicas

Los datos que a continuación se detallan forman parte del marco teórico y el trabajo de campo de mi tesis doctoral *Alcances sociológicos de la justicia laboral*, presentada en 1996 en el Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM cuyo texto original está en prensa. Esta investigación fue llevada a cabo entre

los años 1989 y 1995 y se circunscriben a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Puebla.¹

Las normas jurídicas del trabajo regulan las relaciones entre los propietarios de los medios de producción (capitalista, empresario o patrón) y aquellos que, por el pago de un salario, ponen a disposición de los primeros su fuerza de trabajo. La concordia entre los dos actores del proceso de trabajo – patrón y obrero – es indispensable para que exista equilibrio social, y por ende la permanencia del sistema. Cuando en una sociedad existen conflictos laborales generalizados, se podrá pensar que esa sociedad está en proceso de cambio.

En México las relaciones de trabajo – individuales y colectivas – están regidas por la Ley Federal de Trabajo cuyos objetivos están expresados en su artículo segundo de la siguiente manera:

Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones.²

De acuerdo con ese artículo, el derecho de trabajo mexicano tiene dos objetivos que son el equilibrio y la justicia social, que se logrará a través de una serie de principios que están contenidos en el artículo tercero de la misma ley.

El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respecto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.³

De esta forma queda claro que la ideología del legislador intenta desmentir la teoría marxista, que consideraba a la fuerza de trabajo como mercancía, y que por justicia social entiende que el trabajador y su familia tengan un nivel económico que le permitan vivir “decorosamente” -concepto por sí mismo ambiguo y no definido- y le asegure la salud.

Cuando los intereses de uno de los actores del proceso de trabajo se ven afectados por la acción del otro pueden concurrir a una instancia gubernamental – las juntas de conciliación y arbitraje – con el objeto de dirimir sus diferencias. Estas instituciones fueron creadas como el fin de lograr que los patrones y los trabajadores en conflicto, llegue a un acuerdo beneficioso para ambas partes, evitando de esta forma un proceso judicial más largo y costoso.

El objetivo y funcionamiento de estas instituciones están reglamentados por la Ley Federal de Trabajo. Existen dos instancias para resolver los problemas laborales, que son la junta Federal de Conciliación y Arbitraje y la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. A la primera le corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos de

¹ El texto original de la tesis puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM.

² Artículo 2, título primero, *Ley Federal de Trabajo*.

³ Artículo 3, título primero, *Ley Federal de Trabajo*, (Estrato).

trabajo en todas las ramas de la industria y las actividades de competencia federal y a la segunda todos los problemas laborales que no sean competencia de la anterior. En cada estado de la república funciona una Junta Federal y una Junta Local. El trabajo de campo de esta investigación se limita a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla, y al análisis de la problemática de los conflictos individuales.

3 Los Conflictos Laborales

En el proceso de trabajo, en una sociedad capitalista como lo es México, participan sujetos antagónicos como lo son el propietario del capital o patrón, y el dueño de la fuerza de trabajo o empleado. Cada uno de estos actores tiene necesidades, aspiraciones, urgencias, metas diferentes y opuestas. Esta situación motiva que los actores, por lograr satisfacer sus expectativas, se enfrenten a una lucha o confrontación. A esta última, en materia de trabajo, se le conoce con el nombre de *conflictos laborales*. Las leyes laborales regulan la conducta entre los sujetos antagónicos del proceso de trabajo. Sin embargo, los conflictos entre ellos se presentan con frecuencia y es interés del grupo que dirige la sociedad solucionarlo, a fin de evitar que repercutan en las relaciones sociales generales.⁴

Las soluciones a los conflictos laborales pueden llegar por un acuerdo entre los actores del proceso de trabajo, o por la participación directa de personas que forman parte del poder público, y cumplen funciones especiales para tal fin. Estas personas son los funcionarios públicos.

De acuerdo con el análisis del 5 % de los expedientes terminados y archivados en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla, los asuntos laborales que atiende esta institución son originados por la rescisión del contrato individual de trabajo, por parte del patrón.⁵

El 99% de los trabajadores demandan por *despido injustificado*, solicitando todas las prestaciones que les otorga la ley, como son la indemnización de tres meses de salario, el porcentaje del aguinaldo, de vacaciones, pago de las aportaciones para la vivienda, el seguro social, participación en las ganancias y otras menores determinadas por la ley. Por su parte, son pocas las veces que el patrón contesta una demanda, y cuando lo hace, aduce *inexistencia de la relación laboral, faltas injustificadas, de honradez, de probidad, o, simplemente niega el despido*. La carátula de los expedientes en la mayoría de los casos señala el conflicto como *demandas de diversas prestaciones*. Sólo dos casos fueron señalados como *despido injustificado*. Tal vez la razón de esta forma de titular los documentos se deba a que el conflicto, es su comienzo, no está definido.

⁴ Cfr., Correas Vázquez, Florencia, "La sociología del derecho laboral", *Crítica Jurídica* N°17, Curitiba- BR, 2001.

⁵ Cfr., Correas Vázquez, Florencia, Tesis doctoral. *Op.cit.*

Independientemente de la denominación de los conflictos, lo real es que los trabajadores recurren a las instituciones laborales, cuando su relación de trabajo ha terminado. Es decir, cuando ya no hay posibilidad de un acuerdo directo con su empleador y el trabajador se encuentra sin el trabajo.

En México, a diferencia de otros países, la conciliación laboral es obligatoria. De tal manera que cuando el trabajador o patrón inician un proceso judicial laboral deben pasar por una etapa conciliatoria. Lograr la conciliación entre las partes en conflicto es el objetivo principal de las juntas de conciliación y arbitraje.

4 La Conciliación Laboral

Si la mayoría de los conflictos laborales se resuelven vía conciliación, es muy importante que analicemos cómo se da el acuerdo entre los patrones y los trabajadores en conflicto.

La palabra *conciliar* proviene del latín *conciliare* y quiere decir ponerse de acuerdo, concordar en algo. En una conciliación, las personas en conflicto tratan de solucionar sus problemas con base en el respeto de sus respectivos derechos. De manera tal que en las cuestiones laborales, la conciliación debería estar basada en el respeto de los derechos que le otorga la Ley Federal de Trabajo a cada una de las partes de la relación laboral.

Aunque las normas jurídicas laborales no establecen la existencia del *conciliador*, en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje ha sido creada una oficina de conciliación. Esto responde, seguramente, a la gran cantidad de asuntos que se ventilan en la institución laboral antes mencionada.⁶

En los conflictos colectivos, a los conciliadores les corresponde analizar las reclamaciones del sindicato, la revisión salarial, las violaciones al contrato colectivo y procurar subsanar las faltas cometidas por las partes dentro de la administración de dicho contrato.

Por lo general, en las audiencias de conciliación participan el presidente de la institución, el conciliador, los abogados del sindicato y de la empresa, y algunos miembros del comité directivo del aquél.⁷

En los problemas individuales, la actuación del conciliador consiste en averiguar sobre las reclamaciones de la parte que comienza el juicio -que siempre es el trabajador- ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje. Los empleados despedidos solicitan la intervención de la autoridad laboral, para que el patrón les pague la indemnización o lo reinstale a su trabajo, de acuerdo con lo establecido por la Ley

⁶ Cfr., Correas Vázquez, Florencia, "Alcances sociológicos de la justicia laboral", en *El uso y la práctica de la Ley en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1997.

⁷ Correas Vázquez, Florencia, *Investigación de campo llevada a cabo en las oficinas de Conciliación de la Junta Local de Conciliación Y Arbitraje de Puebla durante los años 1998 y 2000*.

Federal de Trabajo. En este caso, en las audiencias de conciliación participan el conciliador, las partes, y, aunque la ley lo prohíbe, los abogados de éstas. Como la gran mayoría de los patrones y de los trabajadores desconocen la Ley, la conciliación se convierte en un acuerdo entre funcionarios y abogados. Durante el trabajo de campo pude observar que los funcionarios presionan a los trabajadores para que acepten lo que les ofrece el patrón aduciendo que un juicio, además de lento, es costoso y se ignora quien va ser el ganador. El dinero que ofrece el empleador siempre va a ser ganancia para el empleado. Esta es un pensamiento que domina la ideología jurídica.

5 La Conciliación en Términos de la Costumbre

De acuerdo con la costumbre, la conciliación para los casos de despido injustificado, se resuelven en los siguientes términos:⁸

- a. El 50 % de indemnización o sea 45 días en vez de los 90 días fijados por la ley;
- b. 12 días por año trabajados en vez de los 20 días que determina la norma laboral;
- c. Porcentaje de aguinaldo, antigüedad y vacaciones tal como lo especifica la legislación;
- d. Renuncia por parte del trabajador, de los salarios caídos.

El acuerdo o conciliación entre las partes en conflicto se inicia a partir de aquí. El conciliador en turno, notifica a actores que *la negociación debe partir de estas reglas*. En una palabra, el funcionario da a entender, aun que no lo afirma directamente, que estas reglas están contenidas en la ley.

A través de entrevistas de realizadas en 1999 a trabajadores y patrones se advierte que el 63% de los trabajadores reconoce no tener información sobre la Ley Federal de Trabajo, mientras que el 70 % de los patrones ha leído o tiene conocimiento de algunos aspectos de la mencionada ley. Es de reconocer que la mayoría de los empleadores no asisten a la conciliación sino que lo hace a través de su representante legal. Esta circunstancia aumenta el desequilibrio en la relación obrero patrón.

6 Opiniones Acerca de la Conciliación⁹

a. Los funcionarios: Los funcionarios – el presidente y el conciliador – justifican este procedimiento diciendo que, por una parte, en la etapa de conciliación se desconoce

⁸ Información proporcionada por el Conciliador de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla, José de Jesús Cano González, 1993.

⁹ Entrevista realizadas a los operadores jurídicos entre los años 1989 y 1994. La información más amplia está contenida en la tesis doctoral ya citada.

cuál de los actores del conflicto tiene razón y cuál no; y que, por otra, se inclinan a pensar que cuando un empleado es despedido siempre media una razón justificada; por tanto, puede perder todo lo que obtiene con un arreglo de este tipo.¹⁰

b. Defensores de los trabajadores: No existe acuerdo entre las opiniones de los abogados litigantes sobre la conciliación. Los defensores de los trabajadores se expresan negativamente de esta parte del proceso jurídico. Algunos manifiestan que los funcionarios parten del supuesto de que, en el momento de la *conciliación*, no se ha estudiado el caso, y se desconoce quien tiene la razón. Y en virtud de esta situación, le proponen al trabajador un porcentaje de sus derechos. Otros dijeron que las instituciones de trabajo tienen muchos intereses, y le proponen al empleado concertaciones muy desventajosas, basándose en sus necesidades económicas. Y un tercer grupo dijo que a los funcionarios sólo les interesan evitarse trabajo.

La mayoría fue muy enfática al decir que las conciliaciones están viciadas por las circunstancias de que el trabajador se encuentra formando parte de la población desocupada, por lo que acepta condiciones muy por debajo de lo que le corresponde. Tanto el patrón como los funcionarios, son conscientes de esta situación, y por eso les ofrece una retribución mucho menor a la que el empleado despedido tiene derecho.

Lo real es que los abogados fueron críticos en este aspecto. La mayoría de ellos reconoció que al trabajador no le conviene concertar con el patrón, pero recalcaron que la situación del primero es tan angustiosa, que quiere el dinero inmediatamente. Esta necesidad se ve reforzada por la conducta de los funcionarios que permanentemente promueven el acercamiento entre los actores del conflicto.

Es lógico que los funcionarios insistan en la conciliación por que es su trabajo y su objetivo. Mientras más casos se resuelvan en esta instancia, la efectividad de la institución será mayor. La crítica de los abogados está relacionada a las condiciones en que se llevan a cabo y el apoyo que dan a los patrones.

c. Defensores de los patrones: De acuerdo con la opinión de los representantes legales de los patrones, la etapa de la conciliación es fundamental para los intereses de sus defendidos.

Según los entrevistados los funcionarios, a través de la conciliación, tratan de que las partes del conflicto lleguen a un acuerdo, y, reconociendo que los trabajadores tienen derechos irrenunciables, tienen otros que son factibles de discutir. Esta apreciación no concuerda con lo establecido por la ley.¹¹ Algunos también opinaron que los funcionarios de las juntas de conciliación y arbitraje no saben lo que es conciliar y mucho menos les importa y lo único que tratan es evitarse trabajo.

Todos los entrevistados estuvieron de acuerdo en que las autoridades laborales tienen una ingerencia directa en la concertación entre los actores del conflicto, ya sea promoviendo el acto o presionando a trabajadores y patrones para que acepten

¹⁰ Información obtenidas a través de entrevistas realizadas al presidente de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, Licenciado Arturo Alonso y del conciliador, José Cano González. (1992).

¹¹ Cfr. *Ley Federal de Trabajo*, título primero, artículo 5º, partado XIII.

la conciliación que ellos proponen. El licenciado Porfirio Yepes hizo referencia a que la actitud de la autoridad no era justa para el trabajador. ¡Adviértase que se trata de un abogado empresarial!

Respecto de cuál de las dos partes le conviene más la conciliación, los abogados empresariales estuvieron en desacuerdo, dando respuestas muy variadas. Unos dijeron que a los dos actores del conflicto les convenía concertar; otros que al patrón, porque a veces la indemnización era muy alta e injusta – porque el empresario creía tener la razón –, alguno dijo que al trabajador, porque a veces a éste le es imposible cobrar un laudo o juicio terminado; y finalmente, hubo quien opinó que les conviene a los abogados de los trabajadores porque cobran altos porcentajes de lo acordado.

Se podría decir que respecto de la *conciliación*, los abogados empresariales tienen opiniones comunes en el aspecto teórico, pero no en la práctica. Así, consideran que la etapa de *conciliación* tiene implicaciones diversas, y esta discrepancia, seguramente, está relacionada con su experiencia profesional.

7 Reflexiones Acerca de la Conciliación Laboral

Las juntas de conciliación y arbitraje fueron creadas con el objetivo de que los actores de un conflicto laboral pudieran llegar a un acuerdo sin pasar por un largo y costoso juicio ante la Suprema Corte de Justicia. En este sentido se verían beneficiados las dos partes, patrón y trabajador. También se favorecería a las instancias judiciales pertinentes en cuanto el volumen de los juicios a tratar sería, obviamente, menor.

El último objetivo se cumple y en este sentido la aplicación de la Ley en el aspecto de la conciliación es eficaz. Así lo valoran los funcionarios. En entrevistas con cada uno de ellos se pudo constatar que califican su trabajo por la cantidad de conflictos laborales que se resuelven a través de la conciliación. No les importa cuáles sean los resultados de ésta ni cuánto se demore. El asunto es que los conflictos no lleguen a la Suprema Corte de Justicia. Es por eso que en esta etapa de conciliación ellos presionan al trabajador para que arregle su asunto en ese momento.

En una oportunidad¹² que asistí como observadora a una audiencia de conciliación, presencié que cuando un empleado despedido no aceptaba lo que le ofrecía el patrón, el funcionario le manifestó que como estaba en la etapa de conciliación no podía exigir la totalidad de las prestaciones, sino que debía renunciar, por lo menos, al cincuenta por ciento de sus derechos. Como el trabajador nunca había leído la ley dio por cierto lo que estaba diciendo el funcionario. Sin embargo, no existe en la norma

¹² Los datos que a continuación se detallan fueron obtenidos a través de la observación no participante en las audiencias de conciliación, en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje durante el año 1999 y forman parte del trabajo de campo de la investigación *Poder y derecho laboral*, auspiciada por el Instituto den Investigaciones de Ciencias Sociales y H. de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

artículo alguno que determine tal cosa, y, más aún, el artículo N° 15 de la *Ley Federal de Trabajo* establece que los derechos de los trabajadores son irrenunciables.¹³ Pero esto no lo saben los empleados y, por eso, a veces, aceptan conciliaciones que en nada lo beneficiaran. En Otra oportunidad, otro trabajador, maestro de profesión, que conocía la ley y ya tenía otro trabajo – muy importante – se negó rotundamente a aceptar lo que el empleado gubernamental le manifestó y prefería juicio, dando por terminadas las pláticas conciliatorias respondió al funcionario: “No tengo apuro. Tengo trabajo. Mientras más se demore el juicio más me deberá pagar la escuela. Y usted está mintiendo”. El conciliador debió levantar la sesión.

Otro aspecto importante de la conciliación es que estén presente los abogados defensores de los patrones lo cual está prohibido por la ley. La conciliación es más entre abogados que entre actores. Y aunque no estuvieran. Como el que asiste es el representante del patrón, el empleado de confianza, por lo general, es abogado o administrador. Es decir, un profesional del derecho.

Todo lo anterior nos indica que el trabajador se encuentra en una situación de inferioridad económica y cultural frente a su antiguo patrón. El Estado que tiene que hacer cumplir la ley, conocedor de la precaria posición en que se encuentra el asalariado ejerce sobre él todo su dominio para que acepte arreglos inferiores a los establecidos por la norma jurídica. Esto con fin de que se solucione lo más rápido posible el problema y el caso no llegue a los tribunales. A pesar de todo, el Estado no violenta la ley porque la conciliación es un acuerdo entre las partes, por lo que la institución tiene funciones de mediadora. Pero en la realidad no es así. El funcionario presiona al trabajador y excepcionalmente lo hace con el patrón.

Por otra parte, los actores de los conflictos laborales que atiende la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla se los puede calificar como de un nivel económico social bajo. Tanto trabajadores como patrones.¹⁴ El 56 % de los empleados entrevistados no tenía ningún adiestramiento profesional (albañiles, plomeros, molineros, etcétera), ganaban dos salarios mínimos.

CUADRO N° 1 - OCUPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

1. Sin capacitación técnica	56%
2. Con capacitación técnica	22%
3. Profesional	6%
4. Maestro	6%
5. Técnicos	4%
6. Empleados de confianza	6%

¹³ Apartado XIII. Artículo 5 de la *Ley Federal de Trabajo*.

¹⁴ Datos obtenidos a encuestas realizadas, durante los años 1998 y 1999, a trabajadores y patrones que asistían a las audiencias de conciliación en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla como parte del trabajo de campo de la investigación *Poder y derecho laboral*, llevada a cabo por la autora de este artículo.

El nivel de escolaridad de los trabajadores que acuden a la Junta de Conciliación y Arbitraje de Puebla se lo puede calificar como medio-bajo. El 24% de los trabajadores entrevistados tenía estudios secundarios incompletos y el 18% era analfabeto o sólo sabía leer y escribir.

CUADRO N° 2 - NIVEL DE ESCOLARIDAD DE LOS TRABAJADORES

1. Analfabeto o sólo lee y escribe	18%
2. Primaria	16%
3. Secundaria incompleta	24%
4. Secundaria completa	12%
5. Carrera técnica	10%
6. Estudios de Preparatoria	4%
7. Estudios superiores incompletos	6%
8. Estudios superiores completos	6%

La situación de los patrones no era mejor. Las empresas demandadas por sus empleados ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Puebla son, en mayor porcentaje, de capital nacional, pequeño y mediano. Tales como baños públicos, constructoras, tienda de ropa, puesto del mercado, hoteles, restaurantes, etcétera. Los empleadores demandados más importantes fueron el Zoológico Áfricam, La Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y un Supermercado de capital internacional.

CUADRO N° 3 - TIPO DE EMPRESAS DEMANDADAS

1. Pequeño capital nacional	50%
2. Gran capital nacional e internacional	10%
3. Prestaciones de servicio	35%

En cuanto al tamaño de la empresa, en cuanto número de trabajadores, se puede calificar como pequeñas a medianas. El 35 % de ellas tiene de 51 a 100 trabajadores y el 25 tiene hasta 5 trabajadores.

CUADRO N° 4 TAMAÑO DE LA EMPRESA

1. Hasta 5 trabajadores	25%
2. De 6 a 30 trabajadores	20%
3. De 31 a 50 trabajadores	5%
4. De 51 a 100 trabajadores	35%
5. Más de 100 trabajadores	15%

Ante esta situación planteada, la opinión de los actores, sus defensores y los funcionarios, creo que la *conciliación jurídica laboral* no puede seguir quedando a la discrecionalidad de las autoridades laborales en turno. Hoy se dice que para resolver un conflicto laboral, la parte más vulnerable que es el trabajador debe renunciar al 50% de las prestaciones fijadas por la ley. Mañana, tal vez, otra administración dirá que es el 60% ó 70%, por que es en realidad lo que ofrecen los patrones y al trabajador le es difícil cobrar más de eso. Y así se podrá seguir argumentando.

Tal vez, las personas que se encuentran ante un conflicto jurídico, en este caso laboral, están dispuestas a encontrar una solución conciliatoria. Esto con el fin de evitar un engorroso y caro juicio. Sin embargo, en virtud de sus derechos ciudadanos, el trabajador y el patrón no pueden estar sujetos a intereses políticos de los funcionarios. No pueden engrosar las estadísticas que valoren la efectividad del trabajo de los empleados públicos y sirvan de escalón para su carrera política.

Por estos motivos, es que creo que es urgente que se legisle sobre este aspecto jurídico de la conciliación. Deben existir criterios mínimos que beneficien a ambas partes o que ayuden a resolver el problema jurídico lo más equitativamente posible. La conciliación laboral no debe estar sujeta a presiones por parte de los funcionarios a que las partes lleguen a un acuerdo a *como de lugar*. En México, existe una Ley Federal de Trabajo que, mientras no se cambie, se debe aplicar en todas sus etapas. La Junta Local no tiene facultad para legislar como lo hace. Tiene una función mediadora pero no la capacidad de crear normas jurídicas que perjudican flagrantemente a la parte más débil de las relaciones laborales.

Referencias Bibliográficas

CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, "Alcances sociológicos de la justicia laboral", Tesis Doctoral, UNAM, 1996.

CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, "Alcances sociológicos de la justicia laboral", en *Uso y la práctica de la ley en México*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1997.

CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, "La sociología del derecho laboral", Curitiba-Paraná-Brasil, *Crítica Jurídica* N. 17, 2000.

CORREAS VÁZQUEZ, Florencia, "Poder y derecho laboral", Curitiba-Paraná-Brasil, *Crítica Jurídica*, N.18, 2001.

CORREAS, Oscar, *Introducción de la crítica del derecho moderno*, Puebla, Universidad autónoma de Puebla, 1988.

CORREAS, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Oaxaca, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1994.

DURKHEIM, Emilie, *La división del trabajo social*, Madrid, Alkal Universitaria, 1989.

DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1984.

JEAMMAUD, Antoine, "El derecho Laboral en la salvaguardia de la dominación capitalista", en *Crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

LHUMAN, Niklas, *Sociología do direito I y II*, Río de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1980, 1985.

MARX, Karl, *El capital, Tomo I, Libro primero, El proceso de producción del capital*, México, Siglo XXI, 1981

NEFFA, Julio César, "Reflexiones acerca del estado del arte en Economía del Trabajo y del Empleo", en *Trabajo y Empleo, Un abordaje interdisciplinario*, Buenos Aires, EUDEPA y PAITE, 1996.

SOBREVILLA, David, *El derecho, política y justicia*, México, Siglo XXI, 1991.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1981. Ley Federal de Trabajo.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Poema

Globalization

Somebody wrote
on philosophy of misery,
somebody else
on misery of philosophy.
Both in a splendid way,
and their words
are still in the wind.
Nevertheless truth
is in another place
of streaked sky,
among the mistery
of cold stars.

Misery in this world
was an algebraic theorem
that we could never resolve.
For those that were indifferent
there was no solution.
Others didn't practice charity,
because logically they figured
that the result would be null.
And those that didn't know algebra
died of hunger night and day.

In the milky way of globalization,
where the poor men get married
to poor girls ill-treated by their masters,
all of us are walking upon a stick.

How many times in life,
my beloved on the sepiolite,
have you looked in the mirror:
Is this still me,
or is it this world's
brute national product?

Domenico Corradini H. Broussard

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Reflexiones e (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos

David Sánchez Rubio*

Resumen: Este trabajo forma parte de un estudio más amplio que saldrá publicado en formato de libro, y que se centra en el concepto de “intervención de humanidad”, también comúnmente llamada “intervención humanitaria”. En ambos estudios pretendemos abordar esta figura política, ética y jurídica, intentando realizar una serie tanto de aclaraciones como de cuestionamientos terminológicos. Asimismo, discutimos sobre algunos de los más comunes y generalizados planteamientos que sobre los dos conceptos se establecen. El principal propósito es remarcar el rechazo del uso de la fuerza armada como instrumento de protección de los derechos humanos, y principalmente en su versión de violencia más cruda: la guerra.

Resumo: Este trabalho forma parte de um estudo mais amplo que sairá publicado em formato de livro e se centra no conceito de “intervenção de humanidade”, também comumente chamada de “intervenção humanitária”. Em ambos os estudos, pretendo abordar esta figura política, ética e jurídica, tentando realizar uma série de esclarecimentos como as de questionamento terminológicos. Da mesma forma, discutimos sobre algumas das mais comuns e generalizadas teorizações que sobre os dois conceitos se estabelecem. O principal propósito é remarcar o desaprovção ao uso da força armada como instrumento de proteção aos direitos humanos e, principalmente, em sua versão mais violenta e mais cruel: a guerra.

Abstract: The present work is part of a much ampler study, that shall be published as a book, that centres itself on the “intervention of the humanity” concept, also generally called “humanitarian intervention”. In both studies, we intend to approach this political figure, ethical and legal, trying to carry out a series of clarifications as the ones of terminological questioning. In the same way, we shall discuss about some of the most ordinary and generalised theorizations on what the two concepts are established upon. The main purpose is to show the disapproval of the use of force as an instrument of protection of the human rights, and, mainly, in tis most violent version: the war.

1 Sobre la Defensa Internacional de los Derechos Humanos en Situaciones de Violaciones Graves y Masivas

La conformación de un mundo global ha provocado la conciencia de un destino común para toda la humanidad. La globalización y sus diversos procesos han posibilitado espacios de interconexión entre las personas pertenecientes a diferentes

* Universidad de Sevilla.

puntos de la Tierra. La convivencia entre los seres humanos ha alcanzado dimensiones planetarias, articulándose múltiples y heterogéneos ámbitos tanto de jerarquías y subordinaciones, como de horizontalidades y solidaridades. Vivimos en una sociedad global, distinta del pasado por su incrementada complejidad e integración. Hemos llegado a la conciencia de que el mundo es un lugar en el que países, civilizaciones, pueblos y culturas en apariencia separadas, simultáneamente, son inseparables. Asimismo, desesperanza y esperanza, pesimismo y optimismo se unen y se funden para mostrar la contradictoriedad que tan perturbada y tan desorientada mantiene a la comunidad internacional.

Desesperanza no sólo porque el sistema económico dominante excluye y rechaza en su lógica de funcionamiento a millones de personas, sino también porque un gran número de conflictos y catástrofes de muy distinta naturaleza, ha incrementado el clima de perturbación de la comunidad internacional, al multiplicar las crisis humanitarias, con sus secuelas dramáticas de tragedia humanas y de víctimas. Gran parte de dichas situaciones provocan directamente violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, que atentan contra obligaciones *erga omnes* del Derecho internacional. Los medios de comunicación se han hecho eco de tales acontecimientos, influyendo en la opinión pública, principalmente de los países desarrollados y, por ello, propiciando la reacciones políticas y jurídicas, con el establecimiento de mecanismos institucionales para la exigibilidad de una responsabilidad internacional penal individual, y con la actividad tanto de los activistas de derechos humanos y el "nuevo humanitarismo".¹

La esperanza viene marcada, entre otras cosas, por estas posibilidades de respuesta que parecen brindar los sentimientos solidarios de la gente en nuestro planeta, aunque no se hagan por el momento con la contundencia debida. Pero, sobre todo, esperanza porque existen unas instancias universalizadas de defensa y de protección de los seres humanos frente a determinadas agresiones a su dignidad. La lucha por los derechos humanos y su garantía, han abierto espacios y opciones hacia un mundo menos injusto, como mecanismo de apelación y enfrentamiento contra la adversidad consciente e/o inconscientemente provocada desde las múltiples expresiones del poder.

Dentro de esos contextos de conflictos y catástrofes, y fruto del proceso de humanización del Derecho internacional con la internacionalización de los derechos humanos y la centralidad de la persona, se han propuesto nuevas formulaciones normativas tanto desde el punto de vista doctrinal, como institucional. Se habla y, hasta se exige, que la comunidad internacional tiene un derecho a reaccionar frente a situaciones que atentan contra la dignidad del hombre, y a interpelar violaciones

¹ Ver María del Carmen Márquez Carrasco, "La nueva dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz: la práctica reciente del Consejo de Seguridad", en Joaquín Alcaide, María del Carmen Márquez Carrasco y Juan Antonio Carrillo Salcedo, *La asistencia humanitaria en el Derecho internacional contemporáneo*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1997, pp. 81-82.

graves y masivas de los derechos fundamentales que se producen al interior de un Estado y sobre sus ciudadanos. En los últimos tiempos, muchas de las reacciones internacionales a las situaciones de conflicto, incluyendo aquellas a las que se suma el uso de la fuerza armada, tienden a ser etiquetadas como “humanitarias”. En múltiples foros internacionales, medios de comunicación y reuniones entre gobernantes de Estados, se utilizan las expresiones “intervención” o “injerencia”, añadiéndoles el adjetivo de “humanitaria”. Incluso términos aún más sorprendentes y contradictorios como “humanitarismo militar”, “guerra humanitaria” y “bombardeo humanitario”.

Pocas personas se van a negar ante afirmaciones tales como que “*existen valores y principios universales que fundamentan y justifican una intervención directa en el territorio de un país soberano, cuando éste aplica decisiones contrarias a normas y convenios de la comunidad internacional*”;² o “ante la vigencia de un núcleo duro mínimo de derechos humanos fundamentales imprescindibles y universales, como son los derechos a la vida y a la integridad física y moral, la comunidad internacional debe reaccionar, incluso con la fuerza, en el momento en que son vulnerados de manera grave, masiva y sistemática”.³ El hecho es que lo que aparentemente se presenta como una respuesta lógica, clara y justificada de la comunidad internacional para detener trágicos y denigrantes acontecimientos ocasionados por la acción agresiva del ser humano, en virtud de la defensa de unos valores universales aceptados por todas las naciones, ofrece fuertes dosis de conflicto, y una gran polémica y un intenso debate doctrinal. Guerras como la del Golfo Pérsico a principios de los 90 y la de los Balcanes (Bosnia-Herzegovina y Kosovo), así como la actual crisis de Irak en el marco de las denominadas guerras justas y/o preventivas y la defensa de la seguridad internacional dentro de la lucha contra el terrorismo, han provocado reacciones favorables y desfavorables de todo tipo ante la forma de actuar de las Naciones Unidas y de las grandes potencias, por medio de la OTAN. Observando detenidamente el problema, que no es nuevo, poco sorprende tanta disparidad de criterios. Tampoco que tenga tantos detractores como defensores. Unos y otros para fundamentar y justificar sus posiciones, abordan toda una serie de elementos de carácter jurídico y ético, que giran en torno a los siguientes bloques temáticos:

1. Pese a que son muchos los que no se preocupan por el uso de los términos, hay quienes subrayan la importancia que tiene la utilización correcta de las palabras, pues ello evita confusiones innecesarias e impide la ocultación de la disparidad de significados, que suele diluirse cuando se produce la mezcla de esferas diferentes o la

² Véase Emma Bonino, “Las distintas formas de intervención”, *Revista de Occidente*, n. 236-237, p. 25.

³ Ver, en este sentido, Eusebio Fernández, “Lealtad cosmopolita e intervenciones bélicas humanitarias”, *Revista de Occidente*, n. 236-237, p. 63. También aparece este trabajo modificado, en su libro *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001; La cita no es literal. Nosotros la hemos construido libremente, en función de la posición defendida por el autor.

intromisión de unas en otras. La polémica se centra entre quienes defienden la conveniencia de mantener separadas la idea de asistencia humanitaria por un lado, propia del Derecho internacional humanitario, y el uso de la fuerza armada de protección, que se vincula más con el Derecho internacional de los derechos humanos y de coexistencia pacífica.

2. Asimismo, la convivencia tensa y conflictiva entre los dos troncos básicos del ordenamiento internacional: a) el Derecho internacional de coexistencia pacífica, vinculado a la estabilidad y a la seguridad internacionales; y b) el Derecho internacional de los derechos humanos, que se plasma en la tensión existente entre cuatro de los principios constitucionales del Derecho internacional: el principio de no intervención, junto con el principio de prohibición del uso de la fuerza, con los que se protege el principio de la soberanía nacional; y el principio de protección y/o salvaguarda de los derechos humanos. La doctrina polemiza sobre cuál de ellos prevalece, y en función de cuál adquiriera un rango superior, se establece la legalidad o la ilegalidad de la “intervención humanitaria”. Dada la dificultad y la indeterminación de las normas internacionales, las dudas permean los argumentos. Como ejemplo, tenemos las reflexiones hechas por Yves Sandoz,⁴ para quien por una parte, este concepto, en un sentido amplio, autoriza la intervención armada de un Estado en el territorio de otro Estado para poner término a las violaciones graves y masivas de los derechos humanos, pero a pesar de ello, este tipo de actuación no tiene cabida en el sistema previsto por la ONU. Incluso en su sentido restringido, la intervención armada para salvaguardar a sus propios ciudadanos en otros Estados, también es rechazada por la doctrina como ilícito. Pero por otra, considera razonable que los Estados deban tener derecho a abrir los ojos. La interdependencia cada vez más marcada entre los Estados, el desarrollo de los derechos humanos y la emergencia del principio de solidaridad, subraya el autor, permiten señalar que hoy los Estados no gozan del “derecho a la indiferencia”.

Además, en el seno de estas discusiones, se suele destacar la ausencia de una jurisdicción y una autoridad planetaria capaz de hacer legalmente efectiva la protección y la garantía de los derechos humanos fundamentales. Pese a las posibilidades que ofrece la organización de Naciones Unidas y, en concreto, el sistema de seguridad colectivo establecido a partir de la Carta, los avances son exiguos y las dudas de actuaciones unilaterales o multilaterales, pero al margen de las decisiones del Consejo de Seguridad, están justificadas. Para algunos, la intervención bajo determinados requisitos llenaría esa laguna, para otros, sólo y exclusivamente se debe de intervenir dentro del sistema de seguridad colectiva establecido conforme a la Carta de Naciones Unidas.

⁴ Ver Yves Sandoz, “Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia: ¿de qué hablamos?”, en *www.wfn.org*, (*The Worldwide Faith News Archives*).

3. En tercer lugar, otro de los bloques temáticos se refieren a la legitimidad o ilegitimidad ética y moral del uso de la fuerza armada. En este sentido, C. Beitz y Ernesto Garzón Valdés, comentan que el auténtico problema ético de las acciones bélicas consideradas humanitarias no es el conflicto entre los principios de no intervención y el de protección de los derechos humanos, sino que sean operaciones armadas que, como tales, pueden causar muertes y víctimas tanto en la población del país sobre el que se realiza la injerencia, como en los soldados de los propios actores de la intervención. Resulta un contrasentido que para proteger los derechos humanos de un grupo se tengan que lesionar los del otro.⁵ Aparte de las opiniones sobre la proporcionalidad o desproporcionalidad de los medios, y de las consecuencias y resultados negativos o positivos provocados por este tipo de actuación, la cuestión de la centralidad de lo humano y del mantenimiento de la vida y su posible sacrificialidad se nos hace crucial. Se reactualizan doctrinalmente algunas de las teorías justificativas de las “guerras justas” desde las cuales se suelen situar quienes apuestan por la intervención. Aquí también entra a escena la discusión sobre las “nuevas guerras” en las que se presuponen unas categorías exclusivistas de seres humanos. Hechos como los ataques aéreos ocurridos en Kósovo, demostraron que las vidas de los occidentales tienen preferencias sobre otras, y entre los propios occidentales, también las vidas de unos son más valoradas que las de otros. Para evitar las bajas de la OTAN, se pusieron vidas de civiles en peligro, incluida la de aquellos a quienes supuestamente la operación debía proteger.⁶

4. Finalmente, otro ámbito temático de reflexión importante gira en torno a la existencia o inexistencia de un mínimo moral planetario, y sobre la universalidad o no de un catálogo amplio o reducido, abierto o cerrado, de derechos humanos. Desde que Norberto Bobbio proclamara que la Declaración Universal es la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores, y que demuestra, por primera vez, que toda la humanidad lo comparte universalmente,⁷ desde diversas y múltiples instancias han salido a la palestra voces discrepantes sobre el alcance resaltado por tal tipo de aseveración. Para muchos, principalmente para personas pertenecientes a culturas no occidentales, los derechos humanos representan valores eurocéntricos, que son fruto de procesos colonizadores y hegemónicos. No sólo se trata de posiciones relativistas y escépticas en el peor sentido de la palabra, sino también de planteamientos que proponen construir dialógica y participativamente otros caminos de universalidad, que sean expresivos de una auténtica interculturalidad.

⁵ Véase Ernesto Garzón Valdés, “Guerra e diritti umani”, *Región Práctica*, n. 13, 1999, p. 47.

⁶ En este sentido, ver Mary Kaldor, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001, p. 207.

⁷ Norberto Bobbio, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, que, entre otras de sus obras, aparece en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, p. 133.

2 Ampliando y Abriendo Horizontes

Desde nuestro punto de vista, uno de los principales defectos de los que adolecen las reflexiones y el tratamiento de la “intervención o injerencia humanitaria” o “de humanidad”, reside en la reducción, la unidimensionalidad, el perfil sesgado y la estrechez de las perspectivas. Para explicar algo mejor esto vamos a utilizar una idea de Joaquín Herrera Flores retomada de Douglas R. Hofstadter en su libro *Gödel, Escher, Bach. Un Eterno y Grácil Bucle*.⁸

El iusfilósofo español, mientras profundiza sobre el problema de si es posible o no es posible establecer una Constitución europea, se refiere a la dimensión “lagunar” de toda ideología en tanto que oculta y niega, sin negarlo explícitamente, determinados contenidos que son básicos, porque definen y marcan sus objetivos más concretos. Entendida como sistema de representaciones y de normas que nos guían a la hora de conocer y de actuar, la ideología es “lagunar” porque en su pretensión de generalizarse, oculta su particularidad bajo el manto de un universalismo homogenizador. Al final, acaba mostrándose como un discurso al margen de los espacios sociales y políticos, sin historia y sin tiempo; además, termina expulsando cualquier aspecto subjetivo. La ideología liberal, señala Joaquín Herrera, junto a estos mecanismos, llega a autonombrarse como el paradigma del “género humano” y escamotea el conflicto, disimula la dominación y oculta la presencia de lo particular, en tanto que particular, dándole la apariencia de universalidad.⁹ Dentro de este marco, ante la pregunta de la necesidad o no de una Constitución europea, el autor señala los límites y las insuficiencias de aquellas respuestas que se limitan a moverse entre un “sí” o un “no”, y que resultan insatisfactorias. La razón se debe a que el entendimiento del contexto de la pregunta, que en este caso suele situarse en el marco del Estado nacional, es demasiado pequeño para la utilidad de la respuesta, y debe ser matizado y ampliado. No se trata de un interrogante mal planteado, sino de una pregunta que oculta intencionalmente determinados elementos considerados fundamentales. Se necesita ampliar el contexto para poder entender mejor el problema que se debate. Y aquí entra la idea de Hofstadter que queremos proyectar sobre la “intervención de humanidad”. En su esfuerzo por mostrar la incompletud de los sistemas formales, este autor toma como ejemplo la dialéctica entre lo que en el arte se llama la relación entre *figura* y *fondo*. La primera muestra la significación explícita del fenómeno a estudiar o a contemplar (en nuestro caso, el fenómeno de la “intervención de humanidad” y de la “intervención humanitaria”). El *fondo*, en cambio, aparece como la *significación implícita* del mismo, es decir, el marco, el contexto sin el cual la figura aparece carente

⁸ Tusquets, Barcelona, 1987 y Joaquín Herrera Flores, “Las lagunas de la ideología liberal”, en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 151-152.

⁹ *Ibid.*, pp. 132-133.

de sentido.¹⁰ Pone un ejemplo muy ilustrativo: tenemos la creencia ingenua y falsa de que el ruido es un efecto colateral, aunque necesario, de cualquier colisión entre dos objetos. No nos damos cuenta de que si chocan en el vacío, no se producirá ningún sonido. Al final atribuimos el ruido exclusivamente a la colisión, ignorando la gran importancia que tiene el medio, que hace de vehículo entre los objetos y el oído.

En el caso que nos concierne, se suele incurrir en la costumbre de abordar tanto la “intervención de humanidad” como la “intervención humanitaria”, utilizando una perspectiva bastante reducida. Por lo general, se ubican las dos figuras desde un doble ámbito: a. uno referido al conflicto tradicional entre la guerra y la paz entre los Estados y, en concreto, con relación a las tradicionalmente llamadas “guerras justas”; b. el otro ámbito, se coloca dentro de la bifurcación del ordenamiento internacional que se plasma, a su vez, en sus dos ramas básicas: el Derecho internacional, de origen westfaliano, de coexistencia pacífica bajo el principio de soberanía, vinculado a la “estabilidad internacional” y a la “seguridad internacional”; y el Derecho internacional de los derechos humanos, dentro del cual hay que situar el Derecho internacional humanitario, pese a que sea considerado por muchos como un sistema normativo distinto. Estas dos ramas del ordenamiento internacional también se encuentran en una situación de tensión permanente. Pues bien, sobre este doble plano de guerra/paz y principio de soberanía/principio de salvaguardia de la dignidad humana, se delimitan los análisis tanto de la “intervención de humanidad” como de la “intervención humanitaria”, dándose prioridad a uno o a otro, en función de que se acentúe el carácter realista o idealista de los fenómenos interpretados. Asimismo, desde estas premisas ya se condiciona y disminuye el marco de explicación, al asociarse ambos conceptos con un tipo de intervención exclusivamente militar, en donde “quirúrgicamente” se utiliza un contingente bélico como medio para el uso de la fuerza con el propósito, bien de proteger a las víctimas de violaciones graves y masivas de derechos humanos, bien de hacer llegar la asistencia humanitaria internacional a quienes se encuentran en peligro de supervivencia. La cultura militarista que aspira a una acción directa de reacción, se sobredimensiona por encima de una cultura civil más atenta a las actividades de prevención y a las consecuencias de las medidas reactivas.

No es que estos planteamientos sean equivocados y erróneos, pues tocan elementos imprescindibles para la comprensión de ambas realidades. El problema es que los estudios realizados sobre la “figura”, pensamos, suelen ignorar elementos del “fondo” que consideramos esenciales para su mayor y más profundo entendimiento. ¿En qué sentido?

Por una parte, la “figura” sobre la “intervención humanitaria” y la “intervención de humanidad” se reduce a un plano dominado por el paradigma de los Estados nacionales, que son los sujetos por antonomasia del Derecho internacional tradicional.

¹⁰ *Ibid.*, p. 151.

Los conflictos interestatales y las luchas por el poder internacional son los principales objetivos colocados en los puntos de mira de las investigaciones de corte político y autocalificado de realistas. La posible aparición de otros actores se supedita al molde del Estado nacional.

Por otra parte, dada la peculiaridad del Derecho internacional, en el cual no existe ni un orden institucional más o menos centralizado con autoridad para ejercer legítimamente la coacción y la fuerza, ni un sistema de protección y garantía de los derechos humanos, las investigaciones jurídicas se centran en remarcar y subrayar sus deficiencias, y buscar salidas posibles con la proyección a nivel internacional, de la estructura jurídico-institucional interna que poseen los Estados constitucionales más avanzados. Siendo primordial la búsqueda de soluciones a partir de la normativa existente, al final todo se queda en una reducida interpretación de los artículos y disposiciones ofrecidas por los textos positivos internacionales (principalmente el artículo 2 y el capítulo VII de la *Carta de San Francisco* y las distintas resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU). Asimismo, la existencia de un núcleo duro y mínimo de valores universales, considerados reglas imperativas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, suele ser una de las principales fuentes de discusión. Dentro de ese debate, el concepto de “derechos humanos” desde el que se parte, por lo general es excesivamente formal y, al final, se utiliza como instrumento puntual de ingeniería institucional, perdiéndose el referente de los sujetos y, sobre todo, de los sujetos víctimas. Los derechos humanos quedan desgajados de los procesos de lucha que día a día desarrollan sus sujetos protagonistas, y se eterniza la gran separación que existe entre la dimensión normativa y la dimensión garantista y protectora del Derecho internacional.

El inconveniente principal con el que también nos encontramos, radica en el aislamiento, la separación y la fragmentación de todos estos enfoques políticos y jurídicos. Síntomas éstos que se dan no sólo al interior de los estudios, sino también en relación con la apertura o cierre que adoptan con respecto a otras disciplinas y a otras dimensiones de lo real, a pesar de que, nominalmente o con una simple técnica de yuxtaposición, queden mencionadas. Por esta razón, pensamos que el “fondo” es mucho más amplio. Desde una metodología relacional, compleja y respectiva dirigida a interpretar la realidad producida socio-históricamente, fenómenos como la “intervención de humanidad” y la “intervención humanitaria” implican elementos éticos, económicos, políticos, culturales, además de jurídicos, que forman parte de la “figura” y establecen un marco o “espacio en negativo” de fondo, más rico.

En este sentido, el contexto histórico-concreto en el que nos encontramos está conformado por instancias y factores que trascienden el marco interestatal. Nos referimos a los tan mencionados, pero poco integrados en los estudios jurídicos, procesos de globalización. Procesos que en su lógica de desarrollo están poniendo en crisis tanto a los Estados, como a los ordenamientos jurídicos estatales sobre cuyos moldes se intentan regular los conflictos internacionales. La globalización es todo un reto para el Derecho nacional e internacional y para las concepciones tradicionales sobre la guerra y la paz. Más todavía cuando incrementa y conforma una estructura

jerarquizada de la realidad. Si resulta que el orden internacional funciona sobre un sistema económico, político y cultural estructuralmente desigual y con tendencias claras de exclusión social, endémicas y normalizadas, en las cuales no se valora la vida de casi dos tercios de la humanidad, difícilmente se entiende cómo se puede legitimar sin discusión, actividades de intervención que, supuestamente, intentan remediar una situación anormal de violación grave y masiva de derechos humanos y recuperar la vida de las víctimas. Mucho menos cuando las medidas son adoptadas por quienes, de alguna manera, contribuyen al mantenimiento de un orden internacional injusto y excluyente, pese a los argumentos de legalidad que arguyen para justificar tales acciones.

Las respuestas que desde el ámbito del Derecho pueden y deben hacerse para paliar estos efectos tan negativos, se hacen necesarias y urgentes. Un asunto con tantos problemas éticos y políticos implicados, y en el que las relaciones de poder colisionan con el respeto de los derechos humanos de las personas, tienen que ser regulados por normas y principios. Parafraseando a Victor Hugo, el *derecho está por encima del poder*. No se puede construir la paz y una sociedad internacional volcada en el reconocimiento de las personas humanas, si sus cimientos se asientan en incuestionados materiales de miseria y de opresión de los fuertes sobre los débiles.

Dada la complejidad del fenómeno de la globalización, entre otras cosas, hay que tener en cuenta e incorporar, desde un prisma pluralista de carácter interdisciplinario e intercultural,¹¹ los siguientes factores que tanto influyen en la “figura” como conforman el “fondo” de la intervención humanitaria: la nueva fase del capitalismo financiero no productivo con sus estrategias globalizadoras de expansión e imposición de un modelo de desarrollo supeditado y orientado al capital especulativo; la preponderancia de otros actores internacionales como las empresas y grandes corporaciones transnacionales, organismos internacionales, entidades financieras y movimientos, colectivos o grupos pertenecientes a la sociedad civil; los impactos medioambientales y culturales provocados como consecuencia de los avances tecnológicos y científicos en materia de medios de comunicación, armamentos, salud... y los peligros ontológicos que conllevan; el incremento de la desigualdad internacional y las polarizaciones Norte/Sur y Occidente/No-Occidente; el predominio hegemónico de los Estados Unidos y el incremento de su nacionalismo militarista; la ruptura de las relaciones sociales más o menos solidarias subyugadas bajo una cultura sacrificial de la violencia; los desplazamientos interfronterizos de personas por razones de fuerza mayor; el problema del “terrorismo” y la seguridad internacional acentuados tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001;¹² el comercio de armas y el problema del narcotráfico, etc.

¹¹ En este sentido, ver Raúl Fonet-Betancourt, *Transformación intercultural de la filosofía*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2001, pp. 115, ss.

¹² Sobre el incremento del nacionalismo militarista usamericano a partir de los sucesos del 11 de septiembre y el ascenso de un derecho militar y de una institucionalidad jurídica de cuartel cimentado en el unilateralismo y la razón de la fuerza de USA, ver el espléndido trabajo de Eduardo Saxe-

3 Dudas, Inquietudes, Premisas e Hipótesis de Trabajo en Torno a la “Intervención Humanitaria” a Partir de la Articulación de Tramas Sociales

Las razones de subrayar la importancia que tiene la realización de una delimitación previa del “fondo”, además de hacerla con la “figura” de la intervención de humanidad nos permite situarla en un mundo concreto y específico de relaciones humanas. No se trata de realizar un ejercicio de laboratorio, aislando el objeto de investigación de toda impureza y de posibles distorsiones externas. Moviéndonos en la abstracción, la selección de elementos es inherente. Muchas cosas y muchos factores quedarán fuera, pero al menos, estamos sobre-avisados de determinadas circunstancias y, asimismo, abordamos el problema teniendo en cuenta una serie de hipótesis, intuiciones e inquietudes que en forma de premisas nos mueven a realizar estas reflexiones. Algunas de las premisas son las siguientes:

En primer lugar, cuando se habla de los derechos humanos, nos encontramos constantemente con lo que Santo Tomás denomina *habitus principiorum*, es decir, la costumbre y el hábito que la cultura occidental tiene de proclamar principios para no tener que vivir según ellos.¹³ La separación entre la dimensión normativa y formal de la dimensión efectiva y concreta de los derechos humanos se descubre principalmente a través de la manera de articularse y darle sentido a la acción humana. Por esta razón, es necesario en todo momento vincular los derechos humanos con las *tramas sociales* que los constituyen. En ellas se plasman y se reflejan los tipos inclusivos o exclusivos de reconocimientos, reciprocidades y conformaciones de los sujetos, dentro de las cuales se sitúan los ordenamientos jurídicos y las constituciones nacionales e internacionales, que pueden establecer límites sustanciales a acciones controladas por lógicas de rechazo y cosificación. Por muy bueno que sea cualquier principio, norma, criterio o institución, si está instalado en una lógica de dominación, inevitablemente operará como un dispositivo más de ésta. En este caso, el marco de los derechos humanos en tanto que internacionalizados, hay que establecerlo en el contexto de la globalización y en la relacionalidad en la que se sitúa y se desarrolla toda la comunidad internacional.

Jaime Oraa señala que la situación de los derechos humanos en el mundo contemporáneo experimenta una gran paradoja, en el sentido de que junto al avance innegable en el último lustro, tanto teórico-jurídico como institucional con el desarrollo de la legislación regional e internacional en materia de derechos humanos, asistimos simultáneamente a gravísimas violaciones de los mismos. Con sus palabras, no “se

Fernández, “Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial”, *Documentos de estudio*, n. 15, Universidad Nacional de Costa Rica, Heredia, 2002.

¹³ Ver Boaventura de Sousa Santos, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, Cortez Editora, São Paulo, 2000, p. 32. Existe traducción al castellano en la Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003.

trata solamente de que este siglo XX haya asistido posiblemente a las mayores masacres de la historia de la humanidad, sino que además existe una situación estructural de violación de estos derechos para las grandes mayorías".¹⁴ El incremento de las tendencias destructivas de la vida social y natural tiene como resultado la creciente exclusión y pobreza de la población mundial, acompañada de la aniquilación del entorno natural de la vida humana.¹⁵ ¿A qué se debe esto? ¿cuáles pueden ser las razones de esta gran contradicción, que refleja la separación que existe entre el reconocimiento institucional de los derechos humanos y su falta de aplicación y real reconocimiento para, al menos, dos tercios de la población del planeta que se muere de hambre? ¿Realmente existe una clara intención para que todo ser humano concreto y corporal, en tanto sujeto de necesidades, tenga reconocidas sus capacidades y potencialidades?, ¿o es que los discursos y las instituciones que los universalizan, únicamente hacen referencia a un sujeto abstracto, representativo de una específica manifestación de ejercer lo humano, de entre las múltiples posibilidades y manifestaciones que existen?

La historia está llena de infinitud de contactos y conexiones, de vínculos e interrelaciones, de procesos y trayectos que son imposibles de reflejar en su totalidad desde un punto de vista científico. Eric Wolf afirma que todos estos elementos no se toman en consideración en la mayoría de las investigaciones históricas. Incluso suelen abundar los enfoques que narran la historia como si fuera un relato de éxito moral, sobre el desarrollo de la virtud en la que se cuenta cómo los buenos ganan a los malos y, por el hecho de esa victoria, son los verdaderamente virtuosos.¹⁶ Asimismo, las narraciones quedan como "*una carrera en el tiempo en que cada corredor pasa la antorcha de la libertad al siguiente equipo*".¹⁷ Desde esa actitud se acaba por convertir los nombres con los que interpretamos la realidad, en cosas, con lo cual creamos falsos modelos de realidad. De esta forma, atribuimos a naciones, sociedades, culturas, la calidad de objetos internamente homogéneos y externamente diferenciados y limitados. El mundo termina por concebirse como una gran mesa de *pool*, en donde las entidades giran alrededor como bolas de billar, perdiéndose todo el sentido de la relacionalidad.¹⁸ Algo parecido sucede con los estudios tanto diacrónicos como sincrónicos sobre los derechos humanos. Se suele olvidar un factor primordial sobre los cuales se construyen y articulan: las *tramas sociales*.¹⁹

¹⁴ Jaime Oraa, "La gran paradoja de los derechos humanos en el mundo contemporáneo", en Antonio Marzal (ed.), *Los derechos humanos en el mundo*, J.M. Bosch/ESADE, Barcelona, 200, pp. 39, 46.

¹⁵ Ver Germán Gutiérrez, *Globalización, caos y sujeto en América Latina*, DEI, San José, 2001, pp. 220-221.

¹⁶ Ver Eric R. Wolf, *Europa y la gente sin historia*, FCE, México, 1987, p. 16.

¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹ Concepto e idea que hemos tomado de Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Tierra Nueva, Quito, 2000.

El carácter excesivamente formal de la mayoría de los discursos y de las concepciones modernas sobre los derechos humanos, adolecen de un excesivo carácter abstracto, tendencia que tiene su raíz y gestación en el orden burgués. De esta forma, se concibe al ser humano como “individuo”, y cada “individuo” pertenece a una idea de “humanidad” con independencia de las relaciones sociales que se establecen entre sí y de las lógicas que las animan. Ambas circunstancias se deshistorizan y se ignoran los concretos y complejos señalamientos sociales, que configuran las posiciones y las prácticas que protagonizan o sufren las diversas personas o grupos humanos.²⁰ Se puede hablar de “humanidad”, de “derechos humanos”, de “dignidad”, pero con independencia de las tramas sociohistóricas que dan una más completa medida de su operatividad y de su factibilidad. De ahí la importancia que tiene la atención a si se ponen o no se ponen los medios, y se facilitan o no se facilitan las condiciones para que los seres humanos puedan desplegarse como verdaderos sujetos. En función de cuáles sean las lógicas sobre las que se articulen las tramas y relaciones sociales, mayores o menores serán los medios proporcionados a los seres humanos para que el reconocimiento de sus derechos sea efectivo. Las lógicas bien pueden ser de dominación y marginación o de imperio, bien de emancipación y de solidaridades. El mismo Helio Gallardo, refiriéndose al contexto internacional actual, afirma que la humanidad no aparece como un proyecto a realizar, en tanto que expresa la voluntad particular y generalizada de reproducir prácticas de imperio y discriminación, mediante formas que pueden incluir la adscripción a declaratorias sobre derechos humanos, e incluso a una estricta judicialización. El resultado es que se respaldan los derechos humanos con normas jurídicas que garantizan su vigencia jurídico-formal pero no su eficacia social.²¹

En segundo lugar y en función de lo anterior, pero ya referido a la “figura” de la “intervención de humanidad”, resulta que si en condiciones normales predomina una situación general de no reconocimiento de los derechos humanos en donde, al menos, dos tercios de la humanidad no tienen elementos suficiente de subsistencia, parece un contrasentido tratar de argumentar, en abstracto, la justificación de la intervención en condiciones extremas, para salvar la vida de quienes son agredidos en sus derechos más fundamentales de forma grave y masiva. Da la sensación de que ante el drama de la exclusión, que es estructural, normalizado y también sistemático y masivo, pretendemos acercarnos a lo que se ha propuesto como una solución balsámica: la acción humanitaria sobrevenida y que se proporciona con el uso de la fuerza militar.

Antes de entrar en las condiciones y en los requisitos legales y morales para poder intervenir por razones humanitarias (quién decide, quién ejecuta, cómo y con qué medios, cuándo y durante cuánto tiempo, etc.), si partimos de un contexto de desigualdad económica, de asimetría internacional, institucionalmente precario en

²⁰ *Ibid.*, p. 132.

²¹ *Ibid.*, pp. 103-104.

democracia y en el reconocimiento de la capacidad de desarrollo de las potencialidades de los sujetos, controlado bajo una lógica de exclusión en la que predomina una racionalidad instrumental de cálculo medio/fin, en la que el capital está por encima de las personas y sus necesidades, nos encontramos con unas premisas que ya nos están avisando de la precariedad con la que pretendidamente pudiera justificarse un derecho de “intervención humanitaria” o “de humanidad”.

Como en las situaciones del normal funcionamiento del sistema socioeconómico global no se reconocen los derechos humanos, ni se valora la vida de todos los sujetos humanos como objetivo prioritario, la legitimidad de intervenir en situaciones de “anormalidad”, es decir, la “salvación” puntual y ocasional de vidas que se alega, posee todos los tintes de falsedad, hipocresía y cinismo. Al estar la situación del orden social imperante quebrada de raíz, también quedará rota y en entredicho cualquiera de las decisiones que a favor de la intervención de humanidad o humanitaria se tome.

En tercer lugar, hay que subrayar otro hábito en el seno de nuestra cultura y que se plasma con el tema de la “intervención de humanidad”: sólo nos preocupamos por los efectos directos e inmediatos de las acciones directas e ignoramos los efectos indirectos de las acciones directas. La “intervención de humanidad”, entendida en su real intención de evitar violaciones de derechos humanos, implica una acción directa, la militar, con motivo de situaciones límites de eliminación grave, masiva, directa e inmediata de vidas humanas. Pero en una situación cotidiana y de normalidad, vivimos en un contexto en el que hay una eliminación indirecta, grave, masiva y mediata de las vidas. Sólo se piensa que es anormal la agresión directa contra la vida de determinadas personas, pero no se reacciona ante los efectos indirectos provocados por otras acciones directas que, aparentemente no tienen el propósito de aniquilar seres humanos.²²

Incluso hay víctimas directas e indirectas en toda acción armada para salvar vidas. Todo esto tiene mucho que ver con el problema de la responsabilidad y la legitimidad de quienes actúan a favor de los derechos humanos sistemática y masivamente violados. Quienes tienen la suficiente capacidad de intervenir – suelen ser las grandes potencias, los más fuertes –, además de contribuir a mantener la cotidianidad de la exclusión, también suelen cerrar las puertas al reconocimiento humano con acciones muy directas: impidiendo la inmigración; no reconociendo los derechos económicos, sociales y culturales, que paradójicamente son los que permiten las condiciones mínimas vitales; manteniendo la deuda externa; proporcionando el armamento militar a los países y grupos del Tercer Mundo que están en guerra; etc.

²² Sobre los efectos indirectos de la acción directa, ver el trabajo de Franz Hinkelammert, “Los derechos humanos frente a la globalidad del mundo”, en *El retorno del sujeto reprimido*, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 199, ss.

Finalmente, está la cuestión de la vida y de la muerte, y en qué grado se valora la vida de los seres humanos. Intervenir con medios de muerte para salvar vidas, implica todo un proceso de reflexión sobre lo adecuado o inadecuado de adoptar específicas medidas y exige prudencia a la hora de hablar de un supuesto “derecho de intervención”. Asimismo, se hace urgente abordar problemas relacionados con la necesidad de adoptar medidas preventivas, y con la articulación de acciones solidarias más integrales desde una cultura de pacifismo activo, cuyo juicio de existencia se cimentan sobre el “matar es asesinato” y/o el “asesinato es suicidio”. La vida se genera desde la vida y no desde la muerte.²³

Tal como señala Fernando Vallespín, la “intervención humanitaria” en general es un ejemplo de la tensión del sentido universal y las condiciones locales de realización de los derechos humanos, además de que representa un típico supuesto de *hard choice* o decisión difícil que no admite decisión limpia ni libre de cargas, de ahí que se deban evitar las autocomplacencias y los espíritus autosatisfechos.²⁴ Por ello queremos insistir en lo siguiente: que no se den los requisitos para considerar legítima la “intervención de humanidad”, no quiere decir que en determinadas circunstancias se deban evitar situaciones graves de violación de derechos humanos fundamentales. No obstante, la acción bélica no es un mecanismo de garantía de los derechos humanos. Pensamos que, efectivamente, hay situaciones de hecho en las que la acción armada y violenta aparece y hay que emplearla transitoriamente, pero debemos quitarle el ropaje ideológico que legitima el uso de la fuerza y que lo bautiza y lo viste bajo el ropaje de una acción humanitaria. Nunca habrá por medio del uso de la fuerza armada una protección de derechos humanos, pues la utilización de instrumentos de muerte, también

²³ Partimos de la consideración que tanto el criterio de las condiciones de posibilidad de la vida como el principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana que se asienta sobre este criterio, son ambos unas de las principales instancias de comprensión y articulación de los derechos humanos, pues no hay situaciones más extremas que las provocadas por los actos de violación grave y masiva. En ellas es cuando se pone a prueba la capacidad de respuesta de la comunidad internacional, y resulta impactante que para salvar vidas humanas deba realizarse a través de un discutido uso de la fuerza. Sobre el criterio de vida como condición de posibilidad de todos los fines y el principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, ver la obra de Franz Hinkelammert. Entre muchos de sus libros: *La fe de Abraham y el Edipo occidental*, DEI, San José, 1991; *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996; *El grito del sujeto*, DEI, San José, 1998; *Sacrificios humanos y sociedad occidental. Lucifer y la bestia*, DEI, San José, 1998; y *El retorno, del sujeto...* También ver Enrique Dussel, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998. Por otra parte, este criterio y el principio correlativo tienen su fundamento en las tramas socio-históricas realmente existentes, y el principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana, sobre la base del criterio de las condiciones de posibilidad de la vida, es principio de las acciones, instituciones, normas, valores, etc. que, conforme a derechos humanos, se construyen en procesos socio-históricos. He de agradecer esta aclaración al aútil filósofo costarricense Norman José Solórzano Alfaro.

²⁴ Ver Fernando Vallespín, “Intervención humanitaria: ¿moral o política?”, *Revista de Occidente*, pp. 236-237, 2001, pp. 59-60.

genera situaciones de muerte. El propio José María Mendiluce subraya que toda “*guerra es atroz en sí misma y escenario propicio para actos especialmente atroces. La guerra no es nunca limpia ni inocente(...)*”.²⁵

Con todo esto, además, lo que queremos también es llamar la atención sobre el hecho de que hay indicios muy claros para sospechar y cuestionar, en situaciones reales, sobre las verdaderas intenciones de quienes, en nombre de unos derechos que en lo cotidiano no reconocen a la mayoría de la población del planeta, usan la fuerza militar. Cuando el ser humano no cuenta, extraña manera es la de recuperarlo a base de bombas y/o armas humanitarias.

Por último y como trasfondo, subyacen una inquietud y una duda adicionales, pero no por ello menores. La inquietud es la de si realmente la vida corporal y concreta de los sujetos humanos es el principal propósito de las medidas de asistencia; y la duda se centra en si la intervención armada, aún en casos extremos, es el medio más adecuado. Dentro de estas preocupaciones buscamos algunas de las razones que expliquen el por qué en situaciones de anormalidad se actúa con tanta contundencia, cuando en situaciones normales no se hace.

Como anticipo de las conclusiones a las que hemos llegado tras el estudio del cual forma parte este trabajo, siempre incompleto de un tema tan complejo como éste, afirmamos que en ningún caso ni en ningún momento consideramos que en la historia de la humanidad pasada y presente, se ha realizado un supuesto acto de “intervención de humanidad” con el único, el exclusivo o, incluso, el principal propósito de evitar una situación de violación masiva y sistemática de los derechos humanos.

Entendida la “intervención de humanidad” “*como la utilización de la fuerza armada para proteger frente a los criminales a las víctimas masivas y sistemáticas de sus derechos fundamentales*”,²⁶ y teniendo en cuenta el deber y la obligación de asistencia que toda la comunidad internacional tiene de proteger el derecho colectivo inderogable a la vida, consideramos que en ninguna ocasión se ha presentado una real y verdadera intención de salvar las vidas de las víctimas de dichas violaciones. Es decir, si supuestamente con la protección y la garantía de los derechos humanos se pretende proteger las libertades y los espacios vitales de todos los seres humanos, sin excepciones, en los casos de un uso legítimo de la fuerza por razones de humanidad, en ningún momento se ha considerado a las personas, a los sujetos humanos concretos y corporales, como los principales destinatarios de dicho tipo de actuaciones. Antes se han valorado y priorizado otro tipo de razones o circunstancias como: intereses económicos, razones de seguridad bajo el principio del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; la protección de intereses geoestratégicos y geopolíticos;

²⁵ Ver José María Mendiluce, *La nueva política. Por una globalización democrática*, Planeta, Madrid, 2002, pp. 50-51.

²⁶ Véase Fernando M. Mariño Menéndez, “Algunas consideraciones sobre el derecho internacional relativo a la ‘intervención’ armada de protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Occidente*, n. 236-237, 2001, p. 108.

la preocupación selectiva por los propios nacionales o por determinados colectivos más o menos afines ideológicamente; motivos religiosos... Es decir, en la balanza entre las mediaciones y las instituciones humanas junto a la racionalidad que las mueve por un lado, y los seres humanos reales, necesitados, concretos y corporales por otro, en todo momento ha habido una abdicación de lo humano no abstracto a favor de una idea sí abstracta de “civilización”, de “mercado”, de “libertad”, de “racionalidad instrumental calculadora”, de “riqueza”, de “eficiencia”, de “paz”, de “democracia”, de “equilibrio”, de “seguridad nacional o internacional”, de “seguridad del capital o del mundo de las finanzas”, de “derechos humanos” en abstracto, de “monopolio y control internacional del poder”, de “derecho o deber de injerencia”.

La inquietud que se nos presenta va mucho más lejos. Profundizando un poco más y con ciertas dosis de temeridad en el fondo, de lo que se trata es de reconocer si realmente, en nuestras actuaciones no sólo extraordinarias, como las que se requieren en los casos de intervención de humanidad, sino también en las ordinarias y cotidianas, tanto las llevadas a nivel de lo público e institucional como en el nivel de lo privado, como decimos, es realmente la vida y/o la dignidad de todos los seres humanos el fin primario y último que nos empuja a actuar. No ya la vida de unos pocos o unos cuantos seres humanos, sino de todos los seres humanos sin excepciones.

Por esta razón, partimos de la consideración de que la vida humana es el fundamento interno de la realidad. Funciona como criterio que juzga sobre toda acción, tanto sobre aquello que la produce, reproduce y desarrolla como sobre aquello que la aniquila o degrada. No nos referimos a ella como fin, ni como programa que se puede cumplir o en el que se fracasa. Se trata de la condición para cualquier cosa, acción o evento que esté dentro de los marcos de la realidad histórica del ser humano. A partir de este criterio, cuestionamos aquellos argumentos que, por ejemplo, con respecto a la justificación o el rechazo de determinadas guerras, ante la conciencia de exterminio global y total provocada por las armas nucleares, se condenan las situaciones de exterminio parcial y específico.²⁷ Ni éstas ni aquellas, en ningún caso, alcanzan cualquier grado de validación moral. Es decir, cualquier guerra no viene invalidada moralmente por la posibilidad de una “guerra final” en la que la humanidad queda eliminada, sino en la medida que cualquier guerra supone muerte – aunque sea la de un solo ser humano –, esto implica y es siempre el fracaso de todos. No existe un margen de muertos tolerable o sustentable.²⁸ La guerra, sea cual sea, es un infortunio, un drama y un fracaso para la humanidad, pues si valoramos la vida de todos los seres humanos, sin excepciones, la muerte de una sola persona nos afecta a la totalidad de los miembros de la especie, implica también la “muerte” de todos y cada uno de los integrantes de la humanidad.

²⁷ Ver por ejemplo, Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982; y Alfonso Ruiz Miguel, *La justicia de la guerra y de la paz*, CEC, Madrid, 1988.

²⁸ Ver Norman J. Solórzano Alfaro, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al Derecho moderno y su ciencia*, Tesis de Doctorado, Universidad Pablo de Olavide, 1 de julio de 2002, pp. 94, 95, nota 43.

Desde el punto de vista de la “intervención de humanidad”, tal como indica Tzvetan Todorov, ninguna acción que conlleve el uso de la fuerza armada y participe de una situación de guerra es un gesto humanitario, sean cuales sean las acrobacias verbales que utilicemos.²⁹ Por esta razón, dentro del ámbito de las relaciones internacionales, la acción bélica no es justificable en términos de legitimidad. Otra cosa es asumir el hecho de que en determinados casos se deba intervenir, pero nunca con el propósito de convertir el uso de la fuerza en un elemento de protección y garantía de los derechos humanos, porque la acción armada intrínsecamente es una violación de los derechos humanos.

Esta hipótesis de trabajo también guarda una estrecha relación con el empleo de los términos. Sin ninguna duda nos encontramos con conceptos indeterminados de difícil delimitación. Por este motivo se hace muy ardua y complicada la selección de una denominación precisa. Esto no será un impedimento para que, desde el principio, afirmemos nuestra disconformidad por el uso y la atribución de los rótulos “intervención de humanidad” e “intervención humanitaria” a los fenómenos implicados. Más adelante daremos más detalles de nuestras razones de por qué lo consideramos un error. Por ahora señalar que preferimos hablar de “intervención militar o armada”, ya sea considerada unilateral, multilateral o institucional en función de los actores internacionales intervinientes, y añadiéndole el adjetivo que corresponda en cada circunstancia. Es decir, si se trata de una intervención militar para proteger el desarrollo de la asistencia humanitaria, preferimos calificarlo de “intervención militar de protección de asistencia” en tanto que aplicación coercitiva de la función de asistencia internacional (que sería lo que se entiende por “intervención humanitaria” con el uso de la fuerza armada); si se pretende poner fin a una situación de violación grave y masiva de derechos humanos, preferimos llamarlo “intervención militar o armada de defensa del Derecho internacional” (equivalente a la “intervención de humanidad”). Debido a las utilizaciones generalmente admitidas, pese a las discrepancias, tanto de la “intervención humanitaria” como de la “intervención de humanidad” – incluso llegándose a incluir ésta en aquélla –, vamos a utilizar indistintamente estos términos con los dos que proponemos, pero poniéndolos entre comillas.

Una vez hecha la delimitación de algunos elementos del “fondo” en el que consideramos hay que situar el problema de la “intervención de humanidad” y, por extensión, de los derechos humanos, a partir de ahora pondremos especial atención a la “figura” sobre la cual se desenvuelven todas estas reflexiones, sin renunciar ni dejar de hacer referencias a cuestiones vinculadas, de alguna u otra manera, con ambas dimensiones de lo real. A lo largo de las próximas páginas nos detendremos en la reflexión sobre cuestiones vinculadas con los conceptos de “intervención humanitaria” e “intervención de humanidad”, así como una justificación de las razones por las que consideramos inadecuada la utilización de dichos rótulos.

²⁹ Tzvetan Todorov, *Memoria del mal y tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Península/HCS, Barcelona, 2002, p. 316.

4 ¿Qué se Entiende por “Intervención Humanitaria” y por “Intervención de Humanidad”?

Lo primero que tenemos que decir es que el rótulo “intervención humanitaria” junto con el de “injerencia humanitaria” son los que, por lo general, más se utilizan para designar indistintamente y aglutinar diversas situaciones en las que se hace un uso de acción bélica por uno o varios Estados en el territorio de otro, como mecanismo de protección de los derechos humanos y/o de la asistencia humanitaria. Por ello, existe una gran imprecisión terminológica al hablarse de “intervención de humanidad”, “deber de injerencia”, “derecho de asistencia”, “derecho de intervención”, “intervención de urgencia”, etc. Todas estas expresiones se suelen usar para referirse a los mismos acontecimientos. No obstante, la noción de “intervención humanitaria”, como las demás, son conceptos jurídicos indeterminados. Pese a que desde hace mucho tiempo la doctrina de la “intervención humanitaria” ha sido objeto de controversia en el seno del Derecho y en las relaciones internacionales, y sigue siéndolo en la actualidad, no se ha hecho una clara definición de la misma hasta el momento. Además, tal como anticipamos, a ello hay que añadir que los aspectos tanto jurídicos como éticos aparecen tan unidos y vinculados que es difícil deslindar las propuestas que pertenecen a uno u otro orden. En todo caso, la indeterminación del concepto y la diversa terminología empleada han contribuido a crear confusión sobre su contenido.³⁰ Incluso hay quienes, como nosotros, cuestionamos tales términos. Por tanto, no existe una definición que goce de aceptación unánime o universal.

En este sentido, el propio Yves Sandoz se lamenta de que muchas de las disputas sobre el tema del “derecho o deber de injerencia” malgaste demasiada energía con controversias provocadas sobre la base de equívocos. Entristece que los partidarios del humanitarismo, los “humanitarios”, busquen polémicas entre ellos. Para él, tres son los factores que conforman la causa de estos conflictos: a) los juristas se han encontrado con un concepto sin definir. Para hablar seriamente de Derecho es necesario hacerlo con definiciones, pues sin ellas se hace la empresa imposible; b) se ha oído de todo en el debate público lanzado paralelamente; y c) se ha aplicado a este concepto sin definir dos entidades no comparables, los Estados y las organizaciones humanitarias. Esta es la razón de que el “derecho de injerencia” sea una contradicción en términos.³¹

Asimismo, a pesar de los numerosos instrumentos normativos en los que se consagran los principios estructurales del Derecho internacional como son el principio de no intervención y el principio de prohibición del uso de la fuerza, frente a los cuales la “intervención humanitaria” y/o la “intervención de humanidad” serían una excepción,

³⁰ Ver María del Carmen Márquez Carrasco, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 200.

³¹ Ver Yves Sandoz, “Derecho o deber de injerencia...”

no se cuenta con ninguno en el cual se delimite con claridad y precisión la conducta prohibida por dichos principios, y tampoco en las escasas ocasiones en las que la jurisprudencia internacional se ha ocupado de eventuales supuestos de intervención, ha aportado una perfecta definición de esta conducta (como por ejemplo, en el asunto relativo al estrecho de Corfú y el referente a las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua). En realidad, ha sido la doctrina internacional la encargada de definir y perfilar los elementos constitutivos de la intervención, que “*supone siempre una injerencia coactiva en los asuntos de un Estado*”.³²

Por nuestra parte, dentro de la dificultad, trataremos de aclarar un poco todo este mare mágnun terminológico. Pero vayamos por partes. Primero, siguiendo el consejo de Sandoz, vamos a reflejar una serie de conceptos que la doctrina internacionalista ha dado tanto sobre la “intervención humanitaria” como sobre la “intervención de humanidad”. Después, entraremos a aclarar algunos elementos de los significantes e ideas que más vinculados están con ambas definiciones, como son el concepto de “intervención”, la idea de “humanidad” en relación al tema de la “asistencia humanitaria”, y el propósito de “protección de los derechos humanos”.

5 Los Conceptos de “Intervención Humanitaria” y de “Intervención de Humanidad”

En todas las definiciones sobre la “intervención humanitaria” y/o “de humanidad” realizadas a lo largo de la historia, se pueden encontrar algunos elementos básicos y recurrentes. Consuelo Ramón Chornet destaca a título de ejemplo: la apelación a la justicia o a la legitimidad de la “intervención de humanidad”; la existencia de leyes, principios o exigencias comunes a la noción de “humanidad”, cuya violación suspendería el derecho de soberanía, y que tendría como la concreción más típica el carácter irrenunciable de la defensa de los derechos humanos, etc.³³

A partir de la combinación de esos elementos recurrentes con otros adicionales, y teniendo en cuenta el actual contexto histórico en el que nos situamos, en principio y de manera provisional, consideramos que ambos términos se pueden utilizar, en un sentido general, para designar indistintamente, “*aquellas acciones armadas realizadas por uno o varios Estados y/u organizaciones internacionales sobre el territorio de otro y sin su consentimiento, para proporcionar a la población de éste, o bien una protección de sus derechos humanos más elementales, que están siendo vulnerados*”.

³² Fernando Pignatelli y Meca, “La intervención e injerencia humanitaria. ¿Un derecho, un deber, una excusa?”, *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares. III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa*, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2001, pp. 688-689.

³³ Consuelo Ramón Chornet, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 58-59.

de forma grave, masiva y sistemática, o bien para proporcionarle asistencia en aquellas situaciones de emergencia que ponen en peligro la vida, la seguridad, la dignidad o los bienes materiales indispensables para el ser humano".³⁴ De esta definición descriptiva inicial que proponemos, y en la que incluimos por igual ambos conceptos, deduciremos después las diferencias que existen entre uno y otro.

Tal como señala el internacionalista Fernando M. Mariño Menéndez, el régimen jurídico de una intervención armada para proteger los derechos humanos fundamentales vincula dos elementos: a) el uso de medidas de coerción armada por uno o varios Estados y/u organizaciones internacionales en el territorio de un tercer Estado sin su autorización; y b) para salvaguardar los derechos humanos fundamentales, esencialmente el derecho a la vida, a la integridad física y moral y la libertad de personas que allí habitan.³⁵ El medio empleado: la fuerza armada; los objetivos: la salvaguarda y protección de los derechos humanos fundamentales; y el hecho de la intromisión en la esfera de la soberanía de un tercer Estado sin su consentimiento, por tanto, son sus principales características. En el momento en el que se dé el consentimiento por parte del tercer Estado para intervenir con fines humanitarios, ya no tiene el debate relevancia jurídica al no haber violación de la soberanía territorial, ni tampoco hay intervención que, por definición, conforme una conducta no consentida.³⁶

Además, la profesora Pérez Vera afirma que por "intervención de humanidad" -que nosotros, reiteramos, ahora la asociamos con la "intervención humanitaria" sin establecer diferencias entre ambas-, se puede entender "*la institución jurídica que,*

³⁴ Ya en el año 1910, A. Rougier señaló en un sentido mucho más amplio que el aquí propuesto, que la doctrina de la "intervención humanitaria" *reconoce como un derecho el ejercicio del control internacional de un Estado sobre los actos de soberanía interior de otro contrarios a las 'leyes de humanidad'... siempre que los derechos humanos de un pueblo sean desconocidos por sus gobernantes, uno o varios Estados podrían intervenir en nombre de la Sociedad de Naciones, ya sea para pedir la anulación de los actos del poder público criticables, ya sea para impedir la reanudación de tales actos en el porvenir, ya sea para suplir la inacción del Gobierno tomando medidas cautelares urgentes y sustituir momentáneamente la soberanía misma del Estado controlado*. "La théorie de l'intervention d'humanité, *Revue General de Droit International Public*, vol. XVII, 1910, p. 472. Referencia tomada de Luis Peral Fernández, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Trotta, Madrid, 2001, p. 258.

³⁵ Fernando M. Mariño Menéndez, "Algunas consideraciones sobre el Derecho internacional relativo a la "intervención" armada de protección de derechos fundamentales", en *Revista de Occidente*, n. 236-237, p. 107.

³⁶ *Ibid*, p. 109. W.D. Verwey entiende que sólo es "intervención humanitaria" aquella realizada de modo unilateral o multilateral por los Estados, y que no está autorizada por relevantes organismos de Naciones Unidas, además de por el Estado sobre el cual se interviene. La concibe como la protección de los derechos humanos fundamentales por un Estado o grupo de Estados, particularmente el derecho a la vida de la persona nacional de otro Estado, por medio del uso de la fuerza, sin autorización de autoridades del Estado que la soporta y sin la autorización de los órganos relevantes de NNUU. Referencia tomada de Jaume Ferrer Lloret, *Responsabilidad internacional de los Estados y derechos humanos*, Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 287. La traducción es nuestra.

en el marco de la comunidad internacional de los Estados, trata de proteger a todo individuo, cualquiera que sea su nacionalidad, sus derechos fundamentales, es decir, aquellos que le pertenecen en cuanto que hombres, antes incluso de que forme parte de la sociedad política". Y supone e implica la injerencia activa de uno o varios Estados en los asuntos internos de otro, con vistas a imponerle el respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y, además, sólo se da en los supuestos que se realiza una intervención armada.³⁷ Por tanto, cualquier otro tipo de intervención que no sea ejecutada mediante el uso de la acción bélica, no se sitúan dentro del supuesto de la "intervención humanitaria" en el sentido general aquí propuesto. Entre los distintos grados de ejecución de la fuerza, sólo se tienen en cuenta las que se realizan con ataque armado. En el próximo apartado nos detendremos con más detalle sobre el particular.

Asimismo, de la definición inicial, dos son los supuestos que pueden escindirse en contextos de crisis humanitarias, y a partir de los cuales haremos la distinción "intervención humanitaria"/"intervención de humanidad":

a. El primer supuesto se refiere a los casos de protección militar o apoyo logístico o bélico para asegurar la seguridad de los envíos humanitarios. En concreto, *"a la fuerza militar que se utiliza para asegurar que la "ayuda humanitaria" prestada por organismos internacionales u organizaciones privadas (ONGs) llegue a las poblaciones en peligro"*.³⁸ Nos encontramos con acontecimientos de grave crisis humanitaria que justifican el empleo de la fuerza armada para socorrer a las personas en situación de grave necesidad y, con ello, asegurarles la llegada y la distribución de la ayuda humanitaria.

b. El segundo supuesto consiste en el uso de la fuerza armada para poner fin a violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales del ser humano, es decir, *"la utilización de la fuerza armada para proteger frente a los criminales a las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de sus derechos humanos fundamentales"*.³⁹

En el primer caso, nos encontramos con lo que entendemos por "intervención humanitaria", actividad vinculada con el concepto de "asistencia humanitaria". Aquella pretende abrir un espacio de seguridad que permita el ejercicio con ciertas garantías de las acciones de asistencia. La "intervención de humanidad", en cambio, ya implica el propósito expreso de proteger a la población de un Estado que es víctima de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales. Según Cesáreo Gutiérrez Espada, la primera consiste en imponer a un Estado (ante su silencio o aún

³⁷ E. Pérez Vera, "La protection d'humanité en droit international", *Revue Belge de Droit International*, 1969, pp. 401-402. Traducción que hemos tomado de Consuelo Ramón Chornet, *¿Violencia necesaria?*, p. 53.

³⁸ Ver Fernando M. Mariño Menéndez, "Algunas consideraciones sobre el derecho internacional...", p. 108

³⁹ *Ibid.* En el mismo sentido, ver Florentino Ruiz Ruiz, *Derechos humanos y acción unilateral de los Estados*, Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pp. 40, 201.

contra su voluntad) la asistencia, cuando se dan circunstancias de catástrofe humanitaria. Para proporcionar tal ayuda, por lo general, no hace falta el uso de la fuerza armada, aunque se dan casos en los que es necesaria la aportación de elementos militares de apoyo logístico, pero con la única finalidad de facilitar y hacer segura la asistencia, por lo que el uso de la fuerza no sería dirigida directamente contra un Estado. Como ejemplos, pone el establecimiento de zonas de exclusión aérea, zonas protegidas o santuarios, operaciones de asistencia humanitaria, o incluso levantar Estados que se derrumban y caen en pedazos como sucedió en Somalia. Se trata de una injerencia limitada y no comparable con intervenciones armadas contra Estados que violan los derechos humanos, que sí sería la característica de la "intervención de humanidad". Esta no supone una ayuda médica o sanitaria acompañada con un dispositivo militar de apoyo militar a los cooperantes, sino que pretende arrancar a las víctimas de las masacres de las garras de sus opresores.⁴⁰

De todas formas, ambas justificaciones aparecen unidas en todos los conflictos en los que se ha autorizado o empleado la fuerza armada en los últimos años. En la práctica, una situación conlleva a la otra, por lo que, en consecuencia, la distinción conceptual más que perder su sentido,⁴¹ demuestra que tanto el Derecho humanitario internacional como el Derecho internacional de los derechos humanos deben ser considerados como partes ambos, de un concepto más general y más amplio de derechos humanos, de ahí el hecho de que, en muchas ocasiones, merezcan el mismo tratamiento. Como veremos, la prestación humanitaria puede considerarse hoy ya un derecho humano fundamental.⁴²

No obstante, ante la indeterminación y la indiferencia en el empleo de los términos, reiteramos el uso indistinto realizado por la doctrina. Así, por ejemplo, podemos encontrarnos con especialistas que usan el rótulo de "intervención humanitaria" en tanto derecho, para referirse a lo que nosotros entendemos por "intervención de humanidad", como Romualdo García Bermejo que la define como "*el derecho de los Estados de recurrir a la fuerza sobre el territorio de cualquier otro Estado con el fin de proteger o salvaguardar las personas de tratos inhumanos que está sometidas por este último Estado y que no pueden evitarse más que por un recurso a la fuerza*".⁴³ O también Fernando Tesón, quien indica que como "la

⁴⁰ Ver Cesáreo Gutiérrez Espada, "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la 'Guerra de Kosovo')", en Antonio Blanc Altemir, *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, nota 26, p. 198.

⁴¹ Así lo considera Florentino Ruiz Ruiz, *Derechos humanos y acción unilateral...*, p. 201.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Ver Romualdo García Bermejo, "El derecho/deber de injerencia humanitaria en el derecho internacional actual", en VV.AA., *El derecho por razones humanitarias, III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Universidad de Sevilla y Asociación para las Naciones Unidas en Sevilla, Sevilla, 1995, p. 57; y Fernando Pignatelli y Meca, "La intervención e injerencia humanitaria. ¿Un derecho, un deber, una excusa?", p. 689.

justificación última de los Estados es la protección y refuerzo de los derechos naturales de sus ciudadanos, un gobierno que incurra en violaciones sustanciales de los derechos humanos traiciona el objetivo real para el que existe, y así no sólo pierde su legitimidad interna sino también su legitimidad internacional".⁴⁴

Finalmente queremos terminar con una pequeña precisión referida a algunos supuestos más o menos afines a la "intervención de humanidad" e "intervención humanitaria":

a. El término "intervención por motivos de humanidad" es otro de los utilizados en el pasado para designar operaciones de asistencia e intervenciones en los asuntos internos de un tercer Estado, principalmente en el siglo XIX. Pero, sobre todo, y es el matiz diferencial que queremos resaltar, para referirse a la protección de sus propios ciudadanos por parte de un Estado en otro país.⁴⁵ Con anterioridad al régimen establecido por la *Carta de San Francisco*, ha sido considerado lícito el uso de la fuerza armada por el Derecho internacional general para la protección de nacionales en el extranjero. La prohibición aparece y es establecida por la misma *Carta*.⁴⁶ En este supuesto concurren dos circunstancias: la violación de los derechos humanos fundamentales o de alguno de ellos en determinadas personas; y un conflicto entre la competencia territorial de un Estado y el personal de otro u otros. El predominio de los objetivos humanitarios, y la consideración como imperativa de la norma que reconoce los derechos humanos fundamentales que debe prevalecer sobre otras de la misma naturaleza, aporta la circunstancia adicional a la competencia personal sobre la territorial.⁴⁷

⁴⁴ Fernando R. Tesón, *Humanitarian intervention. An inquiry into Law and Morality*, International Publishers, New York, 1988, p. 3. Para otras definiciones, ver Florentino Ruiz Ruiz, *Derechos humanos y acción unilateral...*, nota 167, p. 184; y Consuelo Ramón Chornet, *¿Violencia necesaria?*, pp. 59-60.

⁴⁵ En este sentido ver Anne Ryniker, "La posición del CICR sobre la "intervención humanitaria", en www.iciss.gc.ca/report-e.asp

⁴⁶ Ver Florentino Ruiz Ruiz, *Derechos humanos y acción unilateral...*, pp. 185-186. Romualdo Bermejo García, distingue tres teorías respecto a su justificación: una restrictiva (ante la prohibición de los artículos 2.4 y 51 de la Carta); otra realista (en virtud de los artículos 1, 55 y 56 y el fracaso del sistema de seguridad colectiva previsto por la Carta); y otra basada en la legítima defensa (supone un ataque contra el propio Estado. *Ibid.*, p. 186). En la práctica, existe una tendencia similar a las justificaciones de las "intervenciones de humanidad". En realidad, en raras ocasiones las intervenciones de los Estados se justifican sobre la necesidad de proteger nacionales en el extranjero. Se acompaña con otros argumentos: como la legítima defensa y el estado de necesidad. *Ibid.*, p. 187.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 186. Según E. Spiry, los límites, una vez empleada la fuerza armada, son los siguientes: la proporcionalidad; un mínimo perjuicio al principio de autodeterminación y de no injerencia política; duración limitada a lo imprescindible; la comunicación inmediata a los organismos internacionales competentes. Para Antonio Remiro Brotons en cambio, son: una intervención puntual en el espacio y en el tiempo; que esté limitada y sea proporcional en los medios; que esté supeditada a la ineficacia del sistema de seguridad colectiva; que haya una carencia de colaboración del Estado territorial para resolver la situación; y que esté encaminada estrictamente a la protección de la vida de las personas. Se excluye, además, la protección de los bienes. *Ibid.*, p. 188.

b. Por otro lado, hay que distinguir la “intervención de humanidad” y la “intervención humanitaria”, de las operaciones de mantenimiento de la paz y de las acciones humanitarias en conflictos bélicos que sí tienen el consentimiento del Estado receptor. Con respecto a la “intervención de humanidad”, coinciden en los sujetos que intervienen (las Naciones Unidas y/o algunos de los Estados miembros), como en los medios (el empleo de las fuerzas armadas), pero se diferencian por la ausencia del consentimiento de la parte intervenida y en la finalidad, que ni es la de garantizar el cese de hostilidades, ni tampoco la resolución pacífica de un conflicto, sino la de establecer una situación política que excluya las violaciones masivas de los derechos humanos.⁴⁸ Para Eusebio Fernández, el medio utilizado es pleno y abiertamente bélico en las “intervenciones de humanidad” – que él denomina “intervención humanitaria”–. La finalidad, no es la de lograr la paz, ni la salvaguarda de un básico humanitarismo en las actividades bélicas, sino la restauración de los derechos básicos previamente violados en la población ayudada,⁴⁹ hecho que nosotros cuestionamos, tal como en su momento anticipamos y tal como más adelante profundizamos, porque no hay protección de derechos humanos que se logre a través de acciones armadas. Se puede hablar de “acción”, “medio” o “instrumento de apoyo” que de la misma manera que puede salvar vidas, también provoca situaciones de muerte. No obstante, retomando el razonamiento anterior sobre las operaciones de mantenimiento de la paz, idénticas diferencias se dan entre éstas con respecto a lo que entendemos por “intervención humanitaria”. En cuanto a las acciones humanitarias en conflictos bélicos, como veremos, no es lo mismo la actividad propia de la ayuda o asistencia, que no tiene nada que ver con el uso de contingente bélico pues se trata de una acción civil, que la actividad complementaria de apoyo militar que, ocasionalmente, pueda necesitarse para llevarla a cabo.

c. Aunque no vamos a detenernos en precisar los elementos que caracterizan las figuras de “estado de necesidad”, “fuerza mayor”, “caso fortuito” y “peligro extremo”, sólo comentar que son supuestos distintos a los de “intervención de humanidad” e “intervención humanitaria”, aunque a veces puedan confundirse.⁵⁰

5.1 El concepto de “intervención”

Tal como hemos señalado anteriormente, tanto la “intervención de humanidad” como la “intervención humanitaria” implican el uso de la fuerza armada. Pero en el

⁴⁸ Ver Enrique Múgica, “¿Está justificada la intervención bélica humanitaria?”, *Revista de Occidente*, n. 236-237, p. 129, para quien es irrelevante el consentimiento. Tal como hemos dicho antes, para nosotros, la ausencia de consentimiento del Estado intervenido es fundamental. Si hay consentimiento, no estamos en el caso de una intervención.

⁴⁹ Ver Eusebio Fernández, “Lealtad cosmopolita e intervenciones...”, pp. 64 y 65.

⁵⁰ Para mayor detalle véase Jaime Ferrer Lloret, *Responsabilidad internacional de los Estados*, pp. 294-297; y Cesáreo Gutiérrez Espada, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, 1988, pp. 44-59.

ámbito de las relaciones interestatales, hay diversos grados de uso de la fuerza, y no todas conllevan el ejercicio de una acción bélica. Muchas de ellas entran dentro de la imposición de sanciones o de la práctica de recomendaciones.⁵¹ Aunque en cierta forma, cada modalidad coactiva implica un determinado tipo de intervención o injerencia. En este sentido, Emma Bonino se queja de que el debate sobre el “derecho de intervención con fines humanitarios” se ha hecho más difícil, y hasta se ha distorsionado, por el previo supuesto de que las intervenciones son exclusivamente de carácter militar, “*olvidándose que, especialmente ahora, en tiempos de la globalización, hay muchas formas de traspasar las fronteras nacionales y las soberanías de los Estados sin apelar a las armas*”.⁵² Pero ¿qué se entiende por el concepto de “intervención”?

Tal como hemos señalado, los términos “injerencia” y/o “intervención” en el Derecho internacional no son tampoco unos conceptos jurídicos claros y determinados. Se suele denominar con ambos rútilos la acción de un Estado u organización internacional que procede al examen y solución de un asunto relevante de la competencia de otro u otros Estados.⁵³ Aunque para E. C. Stowell, el concepto de “intervención” queda reservado al uso de la fuerza en defensa del Derecho internacional, mientras que el concepto de “injerencia” es siempre contrario al Derecho internacional, por lo tanto siempre es ilegal.⁵⁴

Asimismo, Ernesto Garzón Valdés, en el ámbito de las relaciones internacionales, distingue dos tipos de intervención, uno de carácter más general y otro más estricto. En sentido general “*puede entenderse por intervención la influencia por parte de un agente externo en los asuntos internos de un país soberano*”.⁵⁵ El propio autor aclara que, dada la estrecha red de interdependencia que existe entre los Estados en el sistema internacional, en un contexto de interconexión global, y dado que esta influencia se puede llevar a cabo tanto por omisión como por acción, se hace difícil, por no decir imposible, que algún Estado se libre de este tipo de intervenciones.

Una versión más restringida es “*la que subraya el aspecto de la injerencia coactiva en los asuntos internos de un país, y puede desenvolverse de múltiples maneras: desde la imposición de programas educacionales o culturales, pasando por la presión diplomática, la aplicación de sanciones económicas, la incitación a la rebelión de algunos sectores de la población hasta la “amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2, 4 de la Carta de Naciones Unidas) y el “ataque armado” o la “invasión por la fuerza armada” (Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*

⁵¹ En este sentido, ver Federico Arcos Ramírez, *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad de las intervenciones humanitarias*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 20.

⁵² Ver Emma Bonino, “Las distintas formas de intervención”, p. 26.

⁵³ Fernando Pignatelli y Meca, “La intervención e injerencia humanitaria...”, p. 690.

⁵⁴ E. C. Stowell, *La théorie et la pratique de l'intervention*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 40-II, 1932, pp. 92, ss.

⁵⁵ Ver Ernesto Garzón Valdés, “Intervencionismo y paternalismo”, en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 383.

de Río de Janeiro de 1947, artículo 9, a, b)".⁵⁶ Por tanto tenemos, por un lado, las medidas que suponen el empleo de la fuerza armada y que entran dentro de la "intervención de humanidad" y la "intervención humanitaria"; y por otro lado, toda una gama de actividades coactivas e instrumentos de presión no armados, cuyos objetivos básicos son los de influir en determinados ámbitos que son de dominio interno de un tercer Estado.

En este mismo sentido, Mario Bettati señala que la intervención o la injerencia puede ser de dos tipos: material o inmaterial.⁵⁷ La material comporta una incursión física sobre el territorio extranjero y que, además, sea calificada de intervención o agresión por otro Estado o una organización internacional. La inmaterial, consiste solamente en inmiscuirse en los asuntos internos de un Estado extranjero, tomando posición sobre su régimen político, económico o social, en orden a hacerlo cambiar por la movilización de los medios de comunicación, la deliberación de una organización internacional, la ruptura diplomática o la utilización de otras presiones diversas. No comportan acción física ni presencia de ninguna clase en el territorio del país en el que se interviene.

Volviendo a Emma Bonino, ella distingue cinco tipos de intervención, aunque utiliza la denominación de injerencia: a) injerencia económica; b) injerencia judicial c) injerencia mediática; d) injerencia militar; y e) injerencia humanitaria.⁵⁸

a. La intervención económica viene provocada por la globalización y la influencia que los países del Norte ejercen sobre los países del Sur en materia de expansión del mercado. La movilidad sin trabas de bienes, servicios y mercancías representan el bien supremo de esta forma de mundialización. Se celebra que todos estos productos lleguen a todas partes porque es sinónimo de progreso y libertad. No sucede lo mismo cuando se habla de seres humanos o de principios y valores universales con los que respetar la dignidad y la dimensión participativa del ser humano. Hay que romper con este problema y esta contradicción, buscando la coherencia de hacer efectivos tanto los derechos humanos como la democracia, promoviéndolos en todos los pueblos (y en todas las instancias), sin excepciones. Sólo entonces se conseguirá un desarrollo económico y social justo, integral y equitativo.⁵⁹

⁵⁶ *Ibid.*, p. 384. Tres notas comunes que parecen constituir el núcleo firme de toda intervención en sentido estricto: 1) la ruptura manifiesta de las formas convencionales de interacción estatal; 2) el propósito de cambiar o preservar una determinada estructura política, económica, social o cultural del Estado en que se interviene y 3) la realización de la acción u omisión que configura la intervención, sin el consentimiento del gobierno del país intervenido.

⁵⁷ Ver Mario Bettati, "Un droit d'ingérence?", *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 95, n. 3, 1991, p. 644. Referencia tomada de José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 306; también ver Fernando Pignatelli y Meca, "La intervención e injerencia humanitaria...", p. 690.

⁵⁸ Para una clasificación del concepto de intervención en el marco de las Naciones Unidas, ver Juan Francisco Escudero Espinosa, *Aproximación histórica a la noción de intervención humanitaria en el derecho internacional*, Universidad de León, 2002, pp. 139, ss.

⁵⁹ Emma Bonino, "Las distintas formas...", pp. 26-27.

b. La intervención mediática desempeña una inapreciable labor de denuncia para despertar las conciencias tanto de los gobernantes como de los gobernados. Los medios de comunicación, junto con la colaboración de los “humanitaristas” y activistas de derechos humanos, sirven de testigos y de testimonios oculares de los actos de agresión y de los horrores causados por la guerra, y sucedidos en tantos otros y diversos escenarios de crisis. Periodistas y cooperantes movilizan a la opinión pública apelando al sentimiento moral de solidaridad y de compasión ante el sufrimiento humano. De esta manera, la política y la diplomacia no tienen más remedio que responder a estas demandas, antes que dejar en el olvido los efectos perversos tanto de la irracionalidad de los “señores de la guerra” y grupos sumergidos en la barbarie del aniquilamiento, como de las consecuencias provocadas por catástrofes naturales.

El riesgo que conlleva nuestra cultura consumista es el de hacer de las imágenes del sufrimiento ajeno un “mercado de horror”, de convertir en mercancía el dolor del prójimo para acabar dentro de un completo estado de banalización y pasividad.⁶⁰ No obstante, para Emma Bonino, pese a esa “pornografía del dolor”, el auténtico escándalo reside en lo que reflejan esas imágenes insorportables, más que en la insuficiencia de nuestras acciones para impedirlo. Pone como ejemplo lo reacios que son los señores de la guerra no sólo respecto al Derecho internacional, al Derecho humanitario y los derechos humanos, sino también respecto a cualquier forma de testimonio transmitido por los *media*.⁶¹

A pesar de todo, tampoco hay que olvidar que los medios de comunicación están controlados por los intereses del gran capital, del mundo de los negocios y de las grandes potencias, y esto conlleva a que mediante sus noticias sean correa de transmisión de las llamadas “políticas de doble rasero” que se dan en el ámbito de los derechos humanos. Habrá lugares y acontecimientos denunciados, pero habrá otros que políticamente no es correcto sacar a la luz, todo ello en función de determinados intereses geoestratégicos. Según convenga, se invisibilizan masacres en unos sitios y se supervisibilizan en otros. Ejemplos claros en uno o en otro sentido los hemos tenido en Guatemala, Panamá, Timor Oriental, Irak, Afganistán, y tantos otros lugares.

c. En cuanto a la intervención judicial, ésta expresa una modalidad de injerencia de Derecho a nivel global, más propia de la última década, y que culmina con la creación del Tribunal Penal Internacional Permanente en 1998, capacitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio. Los tribunales *ad hoc* constituidos por decisión del Consejo de Seguridad de la ONU en La Haya en 1993 para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, y en Arusha en 1994 para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda han servido de antecedentes, junto a los

⁶⁰ En este sentido, ver Michael Ignatieff, *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*, Suma de Letras, Madrid, 2002, pp. 45-48.

⁶¹ Emma Bonino, “Las distintas formas de intervención”, pp. 28-29.

tribunales que se crearon en Nuremberg y Tokio para juzgar a alemanes y japoneses con motivo de la II Guerra Mundial.

Para la autora italiana, la capacidad disuasiva del Tribunal Penal Internacional representa una justicia sin fronteras permanentemente activa, que intimidará a los reales y potenciales criminales de guerra, minando sus esperanzas de impunidad.⁶²

d. La intervención militar, en tanto derecho a emplear la fuerza como remedio extremo – por haber fracasado todas las demás formas de injerencia –, para impedir o interrumpir la comisión de un crimen contra la humanidad. La autora italiana en base a la existencia de unos valores fundamentales y universales como la paz, el pleno respeto de los derechos humanos y la cohabitación en la diferencia, defiende lo que nosotros entendemos como “intervención de humanidad” y así manifiesta su opinión favorable sobre la actuación de la OTAN en la guerra de Kosovo. La soberanía del Derecho y de los derechos del individuo están siempre por encima de la soberanía estatal, y los crímenes contra la humanidad no deben quedar impunes. La defensa de los derechos humanos no tiene que considerarse como algo opcional y como instancia sólo aplicables por razones de oportunidad.⁶³

e. Finalmente está la modalidad de intervención humanitaria, que Emma Bonino califica, curiosamente, de “desarmada”, y que, aparte de que trataremos con mayor detenimiento en el próximo apartado, nos servirá de conexión, pues hace referencia a la cuestión de la “acción de asistencia humanitaria” y la relación que tiene con la defensa de los derechos humanos. Para ella, es artificiosa la separación de ambos supuestos. La acción humanitaria es “*en sí misma una forma de mantener, en situaciones de emergencia, algunos derechos fundamentales, empezando por el derecho a la vida y a la dignidad de las personas*”. Hoy en día, no hay catástrofe humana que no venga acompañada de violaciones deliberadas y masivas de los derechos humanos. Por esta razón, la “intervención humanitaria”, en tanto acción de asistencia, no debe reducirse a una defensa de los derechos violados tardía, limitada y a posteriori. Hay que articular toda una política de conjunto que ponga la atención a la dimensión preventiva de los conflictos, antes de que sucedan, pero cimentada sobre los derechos humanos, en donde desde una injerencia humanitaria preventiva, se ponga coto a los focos potenciales generadores de víctimas.⁶⁴

5.2 Sobre el concepto de “asistencia humanitaria” y el problema de la protección de los derechos humanos

La “asistencia o acción humanitaria” guarda relación con la tendencia que el ser humano posee de moverse en una dolorosa y trágica contradicción. Tal como señala Xabier Etxeberria, anidan en las personas, simultáneamente, inclinaciones hacia

⁶² *Ibid*, pp. 30-31.

⁶³ *Ibid*, pp. 31-34

⁶⁴ *Ibid*, pp. 27-28.

la destrucción y la opresión de sus semejantes, y una espontánea tendencia que le empuja a compadecerse del que sufre y que le incita a prestarle ayuda. La acción humanitaria, desde la solidaridad con el sufriente, expresa la lucha contra diversas expresiones del dolor humano y manifiesta el afianzamiento de un principio humanitario “que no sólo incite a remediar o paliar los sufrimientos existentes, sino que vaya imponiéndose a nuestras tendencias destructivas y a las expresiones del poder personal y estructural en la que se encarnan”.⁶⁵ En este sentido, el primero de los *Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* es el principio humanidad, que insta a esforzarse en prevenir y aliviar el sufrimiento de las personas en todas las circunstancias, y lucha contra diversas expresiones del dolor humano.⁶⁶ La acción humanitaria es el lugar en el que el principio humanitario adquiere una progresiva precisión.

En cuanto a su concreción, el concepto de “asistencia humanitaria” se expresa según el contexto en el que se ubique bien como asistencia, que consiste en la aportación de alimentos, ropa, atención médica, cobijo y socorro moral, intelectual y espiritual en situaciones extremas, bien como protección, que tiene como finalidad poner a los seres humanos fuera del alcance de la violencia o de la privación de sus derechos fundamentales. Este contexto es el propio de los derechos humanos en espacios sociales de normalidad.⁶⁷ Efectivamente, el código de las organizaciones no gubernamentales humanitarias concibe la acción humanitaria como ayuda de socorro que tiene por finalidad satisfacer las necesidades básicas, entendiéndose por éstas las referidas a las necesidades corporales más elementales y en sus niveles básicos. Pretende garantizar con ello la supervivencia de las poblaciones amenazadas por los desastres, además de servir de condición de posibilidad de otras necesidades no estrictamente asociadas a la supervivencia, como las vinculadas con determinadas vivencias de libertad e igualdad.⁶⁸ El caso es que, tanto en situaciones de conflicto o de emergencia como en situaciones de paz, la articulación de las tramas sociales para crear condiciones de existencia implican estas mismas acciones. La protección de derechos humanos y la asistencia humanitaria son realidades análogas, no diferentes tal como generalmente se entiende. Lo que cambian son los contextos (el “fondo”), no la “figura”.

No obstante, el principio humanitario por medio del cual se resuelve la tensión trágica entre la tendencia a causar sufrimiento y la tendencia a aliviarlo, ha servido para ir superando, bajo su aspiración de universalidad, las limitaciones y el no reconocimiento que determinados seres humanos han experimentado como

⁶⁵ Ver Xavier Etxeberria, *Ética de la acción humanitaria*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 9 y “El marco ético de la acción humanitaria”, en AA.VV., *Los desafíos de la acción humanitaria*, Icaria, Barcelona, 1999, pp. 101-102.

⁶⁶ *Ibidem*, también en Yves Sandoz, “Derecho o deber de injerencia...”

⁶⁷ A. Durand habla de dos aspectos de la “asistencia humanitaria”, pero nosotros preferimos hablar de dos contextos diferentes en los cuales se plasma. Ver su trabajo, “El CICR”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n. 46, 1981, p. 13.

⁶⁸ Véase Xavier Etxeberria, *Ética de la acción humanitaria*, pp. 39, 41.

consecuencia del privilegio y la especial atención que se les ha dispensado a otros seres humanos. La práctica de auxiliar a un semejante en una situación de apuro, bien por circunstancias personales, bien por una catástrofe, una guerra o por una ruina económica, se ha dado en todos los tiempos y en todos los pueblos, pero no de manera universal. Históricamente se ha discriminado la tendencia a aliviar el sufrimiento, realizándose una separación entre quienes eran considerados verdadera y plenamente humanos – normalmente aquellos pertenecientes al propio grupo –, frente a los que lo eran pero de una manera confusa, o incluso frente a quienes eran tachados de no-humanos o in-humanos – considerados los otros, los extraños, los extranjeros, los bárbaros, los homúnculos, etc. –. La solidaridad hacia nuestros congéneres, la empatía que nos hace “ser un sólido”, puede ser *orgánica*, sólo reducida hacia aquéllos que pertenecen y participan de nuestra identidad grupal (familia, grupo, pueblo, nación, comunidad de creencias, cultural o histórica...), pero también puede ser *abierta*, al estar dirigida a todo ser humano, independientemente de su nacionalidad o comunidad. Su ámbito y su pertenencia es la humanidad entera, no siendo nadie ajeno a ella.⁶⁹

Desde el punto de vista de la “asistencia humanitaria”, nos encontramos con este tipo de solidaridad universal que se abre a todos, pero desde la perspectiva de los más necesitados. El principio humanitario se expresa en ella con el compromiso hacia quienes se encuentran amenazados, en situaciones de precariedad existencial y doliente. “La solidaridad no se define tanto por su pura relación universal, cuanto por el compromiso respecto al amenazado, no se define por su imparcialidad sino por su “parcialidad” por el débil y oprimido, o, si se quiere, persigue la imparcialidad (igualdad) a través de esa parcialidad”.⁷⁰ De ahí que todo ser humano tenga el derecho de ser asistido cuando lo necesite. Nos encontramos con una parcela relacionada con los derechos humanos que se articula en determinadas circunstancias extremas y excepcionales.

Pero desde el punto de vista de la realidad socio-política actual, el modelo de organización de los seres humanos ha sido el establecido por el Estado. De la misma manera que veíamos cuando hacíamos mención al proceso de internacionalización de los derechos humanos en su expresión institucional y normativa que los mayores niveles de protección de éstos se obtenían a nivel estatal e interno, lo mismo sucede con la ayuda solidaria. Es la ayuda intraestatal la que se ha considerado prioritaria. En cambio, las relaciones interestatales han sido vistas como relaciones de fuerza, de poder, que han obstaculizado en muchas ocasiones la universalización efectiva del principio humanitario. De nuevo el principio de soberanía ha supuesto una limitación a este proceso, aunque el deber de asistencia comienza con la responsabilidad de cada

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 9, 34-35.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 35. Sobre los distintos modelos de solidaridad, ver también Ernesto J. Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, (Cuadernos de solidaridad, n. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 93, ss.

Estado de atender a sus ciudadanos. En el momento que, por diversas razones, no puede o no quiere proporcionar la ayuda, entran a escena los mecanismos establecidos por las normas del Derecho internacional humanitario.

Por esta razón se habla de dos sistemas normativos diferentes: por un lado está el Derecho internacional humanitario, también llamado “derecho de los conflictos armados” y “derecho de guerra”, y que se aplica en situaciones de conflicto armado y de emergencia.⁷¹ Por otro lado está el Derecho internacional de los derechos humanos, que se aplica en todo momento, tanto en la guerra como en la paz, y en la mayoría de las ocasiones se limita a hechos en los que sólo intervienen los Estados. Aunque la finalidad de ambos es proteger a la persona humana, lo hacen en circunstancias y según modalidades diferentes. “*Si el derecho humanitario tiene como objeto proteger a las víctimas procurando limitar los sufrimientos provocados por la guerra, los derechos humanos protegen a la persona y favorecen su completo desarrollo*”.⁷² El caso es que al establecerse sistemas distintos, parece que nos encontramos con realidades distintas. Si observamos detenidamente, el principio de humanidad es el mismo que se manifiesta en la idea institucional de derechos humanos asociada generalmente a lugares sociales de normalidad. Lo único que cambian son los marcos espacio-temporales, las circunstancias, es decir, los contextos. La proyección del principio de humanidad, vinculado con la dignidad humana, se manifiesta de manera diversa cuando se encuentra en condiciones de conflicto o en condiciones de paz. Pero resulta que esta dualidad de contextos se interpreta como fenómenos e instituciones diferentes, cuando en realidad pensamos que la polémica sólo se ciñe a una cuestión terminológica, a problemas de denominaciones y de adecuación de palabras.

En cierta medida, en este sentido viene dada la queja manifestada por Emma Bonino y que hemos mencionado antes. La autora italiana pone el dedo en la llaga cuando afirma que es artificiosa la separación que se traza entre la “asistencia humanitaria” y la protección de los derechos humanos. De esta forma aborda el aspecto crucial de toda esta problemática que estamos remarcando: que la “asistencia humanitaria” forma parte de lo que entendemos son los derechos humanos, entendidos en un sentido que, aunque lo engloba, va más allá de su componente institucional y jurídico-positivo, pese a la opinión generalmente aceptada que afirma la existencia de dos sistemas o regímenes normativos internacionales distintos (como son, por un lado, el Derecho internacional humanitario y, por otro, el Derecho internacional de los derechos humanos), aunque sí reconoce la estrecha relación entre ambos, e incluso su

⁷¹ El Derecho internacional humanitario “*es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado, es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra*”. CICR, *Derecho internacional humanitario. Respuestas a sus preguntas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1998, p. 1.

⁷² *Ibidem*, p. 40.

complementariedad.⁷³ Consideramos los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana, procesos que se dan tanto en situaciones de emergencia como en conflictos armados o en situaciones de “paz”. Es como si dijéramos que los derechos humanos y la asistencia humanitaria son procesos análogos que se desenvuelven en situaciones que no son idénticas ni similares. Ambos son dos manifestaciones de procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana. Además, en uno y otro contexto, uno de los principales dispositivos de activación que moviliza esos procesos guarda relación con ese “imperativo categórico” que echa por tierra “todas las relaciones en que el hombre sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable”.⁷⁴

Las consecuencias de esta separación artificiosa son múltiples y los principales perjudicados son los mismos seres humanos. La principal consecuencia a efectos prácticos viene marcada por la paralización de la activación de los mecanismos que se adjudican a una y otra esfera, y que deben desarrollarse conjuntamente. Emma Bonino, por ejemplo, señala el desentendimiento de los gobiernos que descargan en las organizaciones humanitarias la gestión de los conflictos que no sabe o no quieren ocuparse, salvo para echar las culpas a éstas cuando no se ha eliminado el sufrimiento humano.⁷⁵

Asimismo, a través de esa separación, todo lo relacionado con el tema de la asistencia humanitaria se desmarca del uso de la fuerza, mientras que la protección de los derechos humanos se reduce a la intervención armada concreta, tardía y limitada. Sólo en situaciones calificadas de “extremas”, de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos de una población se pueden proteger los mismos por medio de la acción bélica, en tanto “intervención de humanidad”. Ésta pasa a concebirse como un elemento de garantía de los derechos humanos, un acto puntual y quirúrgico que, en teoría, pretende sanar o curar una situación de enfermedad en fase terminal, de muerte. Se establece un símil con las medidas que adoptan los bomberos para apagar fuegos.⁷⁶ Como consecuencia, se invisibiliza y se ignora que hay otras formas de evitar

⁷³ En este sentido, véase Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*, Universidad de Santiago de Cali, 1995, p. 16; y AA.VV., *Derecho internacional y ayuda humanitaria*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, p. 39.

⁷⁴ Palabras de Carlos Marx tomadas de Franz Hinkelammert, “Plenitud y escasez: la subjetividad del reino de dios”, *Pasos*, n. 100, p. 9, que a su vez las retoma de Erich Fromm, *Marx y su concepto de hombre*. (Karl Marx: Manuscritos económicos-filosóficos), FCE, México DF, 1964, p. 230.

⁷⁵ Ver “Las distintas formas de intervención”, pp. 27-28. La Corte Internacional de Justicia en sentencia 9 de abril de 1949, relativa al asunto del Estrecho de Corfú se ha referido a ciertos principios bien reconocidos en el Derecho internacional humanitario, tales como *elementales consideraciones de humanidad*, que son más absolutos incluso en tiempos de paz que en tiempos de guerra.

⁷⁶ En el primer sentido, dice Todorov: *Han regresado de nuevo a nosotros, por ejemplo, las metáforas médicas aplicadas al cuerpo social, que podían considerarse prohibidas tras su uso intensivo en los regímenes totalitarios: se habla de intervenciones quirúrgicas, se afirma que es*

las violaciones masivas de los derechos y de reducir los riesgos que provocan situaciones de emergencia y catástrofe. Al respecto, Andrés Ortega denuncia el hecho de que se gane en capacidad de intervención pero se carezca de instrumentos para resolver situaciones antes de que se degraden, de ahí la importancia de las actuaciones de prevención antes que de "curación". Y aunque también deben ofrecerse medios para reconstruir lo que previamente se ha destruido, primero hay que evitar aquello que provoca la destrucción.⁷⁷

Por parte de los defensores de una asistencia humanitaria diferenciada, se dice que la acción humanitaria está diseñada para contemplar las consecuencias, pero no las causas de los conflictos. No es su papel resolver conflictos. Su único objetivo es proteger la dignidad humana y salvar vidas (posee un carácter imparcial y neutral). No puede ser substituida por una acción política que estudie las raíces de los conflictos y que trate de solucionarlos. Son dos esferas que deben ser claramente distinguidas. Desde el punto de vista del CICR, por ejemplo, la acción humanitaria es inherentemente no coercitiva y no puede ser impuesta por la fuerza. *"La experiencia demuestra que cuando lo humanitario resulta enredado con una acción política o militar, contribuye más bien a sustentar los conflictos en vez de acabarlos"*.⁷⁸

El propio Jacques Forster, Vicepresidente del CICR, denuncia el peligro que lleva un uso de la ayuda de corte militarista, porque puede dar pie a que el Derecho internacional humanitario sea invocado para justificar una intervención armada. Además, abre la posibilidad a quienes invocan tal intervención armada para resolver una crisis humanitaria, para que puedan eximirse de un total acatamiento del Derecho internacional humanitario. Finalmente, tales expresiones implican que la acción humanitaria pueda ser impuesta por la fuerza y aplicada con éxito por actores que persiguen otros objetivos no humanitarios, como pueden ser políticos y militares.⁷⁹

Por otra parte, el Derecho internacional humanitario no tiene nada que ver con el derecho de los Estados a utilizar la fuerza, mientras los derechos humanos, supuestamente, sí. El papel de aquél está estrictamente circunscrito a poner límites a la fuerza armada, sin entrar en consideraciones de la legitimidad de su uso. Sí se reconoce

mejor prevenir que curar, como si las taras de la sociedad se dejaran analizar en términos de enfermedad. La imagen del cuerpo sólo se impone si se concibe a la humanidad como un todo, con un cerebro y un corazón, con brazos que actúan (siempre los mismos) y, también, zonas de enfermedad y corrupción, contra las que es preciso saber protegerse, extirpándolas si es necesario. Ver Tzvetan Todorov, Memoria del mal..., p. 333. En el segundo sentido, Javier Solana habla de un trabajo de bomberos internacionales: reactivo, rápido y eficaz. Pese a que habla de ayuda humanitaria, la asocia a la "intervención de humanidad", en "Introducción", Revista de Occidente, n. 236-237, 2001, p. 13.

⁷⁷ Andrés Ortega, "Antes mejor que después", *Revista de Occidente*, n. 236-237, 2001, pp. 153, ss.

⁷⁸ Ver Jacques Forster, "Intervención Humanitaria y Derecho..."

⁷⁹ En este sentido ver Jacques Forster, "Intervención Humanitaria y Derecho internacional humanitario", Discurso inaugural del Noveno Seminario Anual de DIH para Diplomáticos acreditados en las Naciones Unidas, marzo de 2000, en www.wfn.org, (*The Worldwide Faith News Archives*).

que en algunas circunstancias específicas, para que la acción humanitaria pueda llevarse a cabo con cierta efectividad, la acción militar puede realizarse para contribuir a mantener el espacio humanitario; por ejemplo la creación de corredores seguros para la entrega de la asistencia humanitaria. Pero posibilitar la acción humanitaria no debe ser el único objetivo de una intervención armada. Además, el “espacio humanitario” hace referencia a las condiciones que se crean para que la acción humanitaria pueda ser implementada con éxito, y los actores humanitarios pueda operar de acuerdo con sus propias reglas.

De todas formas, cualquier intervención armada (“intervención de humanidad”) u operación de socorro humanitario con apoyo de la fuerza (“intervención humanitaria”), es en sí misma un resultado de una prevención fallida.⁸⁰ La intervención armada con fines humanitarios, sin ser nunca inexorable a veces es necesaria, pero no una buena solución y seguirá siendo siempre un mal considerado por muchos “menor”, sólo asumible en situaciones extremas, pero no admite justificación como instrumento de protección de derechos. Es un tercer fracaso resultado de un doble fracaso previo: el primero el de la solución de las diferencias por medios institucionales, que corresponde a la comunidad internacional; el segundo fracaso es de quienes no quieren hacer valer el Derecho humanitario, cuya finalidad en las guerras es lograr que se apliquen las normas humanitarias sobre una base consensual, sin necesidad de recurrir a la fuerza. Ésta hay que ejercerla como un recurso excepcional reconociéndose en todo momentos su efecto de destrucción, y no entenderla como método satisfactorio para solucionar problemas humanos. *“Erigir en sistema la intervención armada con fines humanitarios sería un desistimiento de la comunidad internacional frente a sus verdaderos desafíos: prevenir los conflictos y promover los valores esenciales que encierra el derecho internacional humanitario”*.⁸¹

Pues bien, nos encontramos con una falta de legitimidad de las fuerzas armadas como sujetos de la acción humanitaria y de los derechos humanos. El militarismo y su mediación institucional privilegiada, no podrán ser actores ni sujetos de la acción humanitaria y de protección de los derechos humanos. *“Lo que ha sido y es causa fundante de violencia estructural -el militarismo- no podrá ser remedio ni antídoto*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Ver Yves Sandoz, , “Límites y condiciones del derecho de intervención humanitaria. Derecho de intervención y Derecho internacional en el ámbito humanitario. Hacia una nueva concepción de la soberanía nacional”, en *Sesión pública de la Comisión de Asuntos Exteriores y Seguridad del Parlamento Europeo sobre el derecho de intervención humanitaria*, Bruselas, 25 de enero de 1994, www.wfn.org. Cuando se intenta solucionar un problema por medios institucionales y de manera razonablemente pacífica, se suele afirmar desde un argumento más o menos cínico que está justificado el empleo de la fuerza, pues el fracaso de la vía pacífica reclama una acción más contundente. Frente a esto hay que decir que nunca la vía pacífica articulada activamente es un fracaso ante la irresolución de un conflicto, ni ante quien finalmente adopta el uso de la fuerza. Todo lo contrario, el fracaso aparece tanto en aquellas estructuras que impulsan a acciones violentas como en quienes acaban recurriendo a ellas como modos de resolución de conflictos.

para la herida más trágica de la globalización: las víctimas. El militarismo en su naturaleza constitutiva niega los derechos humanos al proponer como terapia frente a la fuerza del consenso (o disenso) y la palabra, la fuerza de las armas y la lógica de la violencia y la conscripción".⁸²

Por tanto, hay que rechazar la terminología empleada de "intervención de humanidad" y de "intervención humanitaria" como reacción y crítica a una cultura militarista global que reside y se aloja en toda pretensión de humanización emancipadora, y en toda forma de pensar y afrontar toda tentativa terapéutica para las heridas de la globalización.⁸³ Las garras del militarismo se extienden más allá de la esfera específicamente militar, apoderándose de todas las áreas del todo social. La acción humanitaria es civil, y también la lucha por los derechos humanos. Se trata de asumir la condición de las víctimas, desde los derechos humanos, englobando éstos tanto los momentos de emergencia y urgencia como los momentos de normalidad y de paz. Existe una contradicción inmanente cuando se habla de "intervención" añadiéndole el adjetivo de "humanitaria", en el sentido que el término "humanitario" debe reservarse a la acción encaminada a mitigar el sufrimiento de las víctimas y a generar condiciones de posibilidad de existencia.

De ahí que Anne Ryniker prefiera hablar de "intervención armada en respuesta a violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario". Incluso no sólo se reducen a esto, porque también se realizan con motivo de la amenaza a la paz y a la seguridad internacionales.

El ejercicio de la fuerza militar para matar no es ni un acto humanitario ni un acto de protección de los derechos humanos, dado que los tipos de acción humana implicadas se apoyan sobre valores como los de "humanidad", "universalidad", "neutralidad", "imparcialidad" que cada contexto modula. Tienen como objetivo ayudar a la población en peligro de existencia, tanto en situaciones de normalidad como de anormalidad. El recurso a la fuerza militar, en cambio, incluso para apoyar esos objetivos, entraña inevitablemente atentados contra la población civil, de destrucción de bienes y otros actos de violencia deliberada. Cuando se hace referencia a la "intervención de humanidad" y a la "intervención humanitaria", si acaso, podría hablarse de un "recurso a la fuerza militar para apoyar objetivos humanitarios en situaciones de crisis que resultan de violaciones en gran escala de los derechos humanos".⁸⁴

La propia Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los estados, creada en septiembre del año 2000, a iniciativa del ex Ministro de Relaciones Exteriores del Canadá, Lloyd Axworthy, en un plazo de un año ha culminado un intento

⁸² *Ibid.*

⁸³ Ver Asier Martínez de Bringas, "Los derechos humanos como núcleo fundante de la acción humanitaria", en David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores y Salo de Carvalho, *Anuario Iberoamericano de Direitos Humanos*, (2002/2003), Lumen/Juris, Río de Janeiro, 2002 (en prensa).

⁸⁴ *Ibidem.*

de instaurar un modelo jurídico de intervención. En su informe señala que ante la fuerte oposición expresada y manifestada por agencias, organizaciones y trabajadores humanitarios hacia cualquier tipo de militarización del mundo “humanitario”, considera inapropiado el uso de esta palabra para describir cualquier tipo de acción militar, pues se concibe como un anatema. La Comisión ha preferido, para evitar malentendidos y susceptibilidades, utilizar el término de “intervención” a secas o “intervención militar con el objetivo de protección humanitaria”.⁸⁵

Por nuestra parte, calificamos de “intervención militar reactiva de protección de asistencia” a la “intervención humanitaria”; y de “intervención militar reactiva de protección del Derecho internacional” a la “intervención de humanidad”. Nunca se puede argumentar desde la legitimidad moral el uso de la fuerza, pues no hay protección de derechos humanos a través de instrumentos que matan pese a que se tenga la intención de salvar vidas. No se articulan tramas sociales con lógicas de emancipación y de autoconstitución de sujetos por medio de la acción bélica. Se pueden dar otras razones, pero no como medios que pretenden incorporar como un elemento de garantía de los derechos humanos a las fuerzas armadas que actúan por medio de la violencia, por mucho que se intente adjetivar con términos tales como “pacificación” y/o “humanitaria”. Además, en el ámbito de las relaciones internacionales, el referente de los derechos humanos y de los seres humanos son secundarios en la toma de decisiones y en las medidas adoptadas.

5.3 Activismo en derechos humanos y asistencia humanitaria: un ejemplo

Veamos a continuación, y como finalización, un ejemplo de lo que consideramos representa esta postura que diferencia y confronta la “asistencia humanitaria” con los “derechos humanos”:

Según David Rieff, los imperativos morales del “activista de derechos humanos” y del “humanitarista”, son totalmente diferentes. El primero es un absolutista moral por excelencia, que cree “*defender los patrones que rigen los derechos humanos y, sobre todo, la legislación sobre derechos humanos al pie de la letra si no quiere arriesgarse a ver cómo fracasa toda su empresa*”.⁸⁶ El segundo cree en el “meliorismo”, su “*labor principal es proporcionar la ayuda que tan desesperanzadamente se necesita y que a menudo sólo ellos pueden ofrecer a las poblaciones pobres y en peligro*”. Los “humanitaristas” no pueden ni deben ser unos “puristas” como los “activistas de derechos humanos”. Por otra parte, este autor indica que se cree que ambos deben y necesitan trabajar juntos, que las emergencias humanitarias se deben

⁸⁵ *The responsibility to protect*, report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, diciembre 2001, p. 13. www.iciss.gc.ca/report-e.asp.

⁸⁶ Ver David Rieff, “¿Qué pasa cuando no todo lo bueno es compatible?”, en *El País*, sábado 13 de julio de 2002, p. 14.

a crisis de los derechos humanos y que hay que enfrentarse a ellas antes de enfrentarse a una emergencia humanitaria. Pero a pesar de todo, lo que está en juego para Rieff es más complejo que una simple división de trabajo: un *“activista de los derechos humanos quiere ver derrocado a un régimen opresivo, cree que ésa es la única solución a largo plazo. Por el contrario, quien se dedica a labores humanitarias quiere dar de comer a un pueblo, aunque sabe perfectamente que la ayuda alimentaria podría fortalecer al régimen opresor”*. Por tanto, se trata a menudo de un conflicto entre dos derechos diferentes, de ahí la trágica posibilidad de tener que elegir entre “buenas acciones” e “imperativos morales” que negamos, pues es como si nos obligaran a elegir la muerte sobre la vida.⁸⁷

Ante este razonamiento, al menos una cuestión nos planteamos: ¿acaso no nos encontramos con espacios de lucha por la dignidad y por un principio de humanidad plasmados en distintos niveles?

En este caso, proporcionar alimentos es un tipo de garantía de los derechos vinculado con condiciones de vida y en una situación anormal, de conflicto y de urgencia, mientras que el imperativo moral para derrocar un gobierno es una manifestación de resistencia y apertura de espacios de lucha con los que obtener nuevas situaciones favorables para la dignidad humana (que son de cierre para quienes mueren en el camino). Y en ese proceso de lucha y resistencia, simultáneamente, hay que proporcionar asistencia a toda víctima que lo necesite. Si no se combinan como dos facetas de un mismo problema, la idea de sacrificialidad invadirá las acciones a favor o conforme a derechos, principalmente las que implican el uso de la fuerza armada, pues intrínsecamente el sacrificio está tanto en su justificación como en su modo de actuación y ejecución. Nunca habrá derechos humanos para quienes mueren mediante el empleo de la fuerza.

Luchar contra el terrorismo o contra violaciones de derechos humanos en nombre de la libertad, la democracia, o los mismos derechos humanos sin importar que caigan vidas, o considerando que son inevitables, implica todo un bagaje ideológico que legitima un sistema u orden que está por encima de los sujetos que lo componen, más aún de quienes se le resisten y oponen. Mediante actos de fuerza armada se pueden salvar vidas pero sólo de manera indirecta, como un efecto secundario de una acción cuyo principal propósito es mantener la paz y la seguridad internacional, que legitima la estabilidad y el orden de quienes dominan el poder internacional, matando. No se pretende establecer unas condiciones de vida ni para quien se intenta “salvar”, ni para quienes forman parte de la humanidad, sin exclusión de nadie y sin prórrogas en el tiempo.

El hecho es que tenemos ante nosotros una curiosa manifestación de una mentalidad simplista, reduccionista, posicional y oposicional, que establece la distinción entre “activistas de derechos humanos” y quienes desempeñan tareas

⁸⁷ *Ibidem*.

humanitarias (“humanitaristas”). Detrás de esta postura subyace un imaginario de pureza por parte de quienes actúan en nombre de los derechos humanos, cuando de lo que se trata realmente es de que no nos veamos como la encarnación del derecho y la fuerza, y vencedores del mal absoluto. *“La tentación del bien es nefasta porque sustituye las personas particulares por objetivos abstractos”*.⁸⁸ Asimismo, implica una cultura de sacrificio, en cuyo razonamiento, hay personas prescindibles, sacrificables en nombre de los derechos humanos. Se trata de una posición que muestra un proceso de inversión ideológica y de reversibilidad de los derechos humanos. Además, se trata de una postura que legitima moralmente el uso de la fuerza armada, cuando los derechos humanos son procesos y tramas sociales por medio de las cuales nos podemos auto – constituir como sujetos. Las armas no son instancias que generen esas condiciones. Que se den casos en los que no haya más remedio que utilizarla, por pensarse que es necesario – aunque no inexorable, porque la necesidad ya contiene una toma de partido por parte de quien detenta el poder que declara tal necesidad –, no es una razón para tratar de incorporar el uso de la fuerza armada como un elemento más de protección y garantía de los derechos humanos. No hay dignidad humana que se afirme ni con la creación de situaciones de muerte, ni con la reacción frente a ellas por medio de mecanismos que también la provocan.

En definitiva, si observamos los hechos reales en los cuales se ha actuado bajo el rótulo de “intervención de humanidad”, en ningún momento, ni en el contexto espacio-temporal previo a la situación de violación masiva y sistemática de derechos humanos, ni durante el acto de intervención con el uso de la fuerza armada, ni posteriormente, se pretende articular una respuesta relacional, un sistema de tramas de reconocimientos, autoestima y autoapropiación de las capacidades humanas, en donde todos/as sean tratados como sujetos humanos. Ni quien comete el genocidio, ni quien supuestamente salva a las víctimas por medio de la fuerza, pretenden establecer espiritual y materialmente una reapropiación de las condiciones bajo las cuales es posible la actividad de autoproducción humana como actividad particular y genérica, social e individual y universal.

Para terminar, y frente a esta postura defendida por Rieff, comentar que existe un dicho popular que viene a decir que si te dan a elegir entre dos caminos, toma uno tercero. El propio Todorov, al respecto señala:

“La vida política pocas veces se reduce a opciones tan brutales y no es cierto que sea preciso elegir entre la cobardía de la indiferencia y el caos de los bombardeos. Tal consecuencia se impone sólo si se decide de antemano que ‘actuar’ significa ‘actuar militarmente’. Ahora bien, existen otras formas de intervención distintas a los ataques militares. No porque exista acuerdo sobre el fin existe, automáticamente, acuerdo sobre los medios”.⁸⁹

⁸⁸ Tzvetan Todorov, *Memoria del mal...*, p. 339.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 310.

Trabajar a favor de los derechos humanos, por el contrario, conlleva el desarrollo de actuaciones que establezcan condiciones de existencia y de vida para todos/as. La mejor forma para ello es la articulación tanto de medidas preventivas que eviten la aparición de situaciones de violaciones masivas y graves de los derechos humanos como de actuaciones reconstructivas dirigidas a establecer la paz y no a potenciar la guerra -entre las que se encuentra la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria bajo una lógica de colaboración, dialogicidad, reciprocidad, horizontalidad y respeto mutuo.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Resenha

Rolando Tamayo y Salmorán. Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Ed. UNAM, México, 2003.

Por Jacqueline Ortiz Andrade*

Razonamiento y Argumentación Jurídica. El Paradigma de la Racionalidad y la Ciencia del Derecho

Es el título del más reciente libro de Rolando Tamayo y Salmorán. En este libro, se describe la creación de la ciencia del derecho a partir de lo que el autor denomina como “ciencia clásica”, pues considera que las herramientas que los juristas –romanos- emplearon en la construcción de la ciencia jurídica fueron tomados del único modelo existente, hasta ese momento, el de la ciencia griega.

El libro se divide en cuatro partes. La primera está destinada a describir, a través de tres acontecimientos históricos, – en los tres capítulos que integran esta primera parte –, la estrecha relación que existe entre los conceptos de racionalidad y ciencia. La racionalidad sostiene el autor es una expresión que acompaña el nacimiento de la ciencia griega.

Tales de Mileto vs el resto del mundo, es el título del primer capítulo de este libro. Tales nos dice el autor, revoluciona el lenguaje, dando así origen al discurso científico. Antes de Tales el lenguaje era persuasivo y mitológico, después de Tales el lenguaje está libre de mitologías, es un lenguaje declarativo, que transmite, que no pretende convencer, y además susceptible de verificación, esto es, un lenguaje con precisión y rigor y por tanto enlazado íntimamente con la racionalidad. Es Tales, según nos dice Tamayo, quien con su nuevo discurso introduce el concepto de racionalidad.

En el segundo capítulo, EPI&THMH y la expansión del “conocimiento racional”, como su propio nombre lo indica, se describe la expansión de la ciencia como paradigma (ejemplo) de la racionalidad. El autor nos describe los acontecimientos

* Pasante de la licenciatura de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

que favorecieron a dicha expansión, tales como la incursión de los sofistas y el desvanecimiento de la mitología, entre otros.

El tercer capítulo. *Analytica Posteriora*. Ciencia y Metaciencia, está destinado a exponer – una parte del Tratado de Lógica de Aristóteles –, los Segundos Analíticos, en razón de que nuestro autor considera, que es de este escrito donde los juristas – romanos – tomaron las herramientas necesarias para la construcción de la ciencia jurídica. Toda vez que, para hacer ciencia es menester seguir el “modelo” descrito por Aristóteles.

La segunda parte del libro se compone de dos capítulos, en los que se describe el proceso de construcción de la jurisprudencia romana mediante los instrumentos heredados por la cultura griega. El primer de ellos está lleno, igual que todo el libro, de etimologías griegas y latinas, por lo que no resulta raro que comience con el desarrollo filológico de la expresión jurisprudencia. A lo largo de este capítulo (y en los primeros incisos del siguiente), el autor nos describe como es que el término jurisprudencia se fue acuñando como sinónimo de ciencia del derecho. Para terminar con esta segunda parte del libro, el autor se ocupa de la utilidad de la jurisprudencia como forma de interpretación y descripción del derecho.

La tercera parte del libro *Construcción de Inferencia Normativas*, se refiere en primer lugar, a la interpretación. Comenzando, por supuesto, con el significado etimológico de la expresión, pasando por diferentes tipos de interpretación, para mostrar como se interpreta el derecho. En el capítulo séptimo, Tamayo, nos habla de cómo los juristas determinan cual es el derecho aplicable a cada caso concreto, es decir cuales son las consecuencias jurídicas de las normas, aclarando que dichas consecuencias no derivan lógicamente de las normas. Lo que el autor quiere, es distinguir entre reglas lógicas y reglas hermenéuticas.

El capítulo siguiente (octavo) es una aclaración del significado de la expresión “derecho romano”, toda vez que Tamayo considera, que esta expresión se usa en forma inapropiada, ya que, afirma, es inadecuado utilizarla – como se hace – para aludir a la jurisprudencia romana y a su herencia. El último capítulo de esta tercera parte nos plantea el hecho de que, después de veinte siglos la jurisprudencia, se sigue ocupando de lo mismo, de lo que se ocupó en sus inicios. (describir el derecho), asimismo el autor trata de responder, – mediante el estudio del derecho comparado –, la interrogante: “¿La jurisprudencia es una ciencia aplicable a todo derecho positivo?”.

En la cuarta y última parte de este libro, Tamayo compara de una forma muy ilustrativa, la argumentación con un juego, que como tal tiene reglas que hay que cumplir y jugadas, (los argumentos) permitidas y jugadas no permitidas. A lo largo de este capítulo el autor nos describe el juego de la argumentación jurídica, que no es otra cosa que el desarrollo del proceso jurisdiccional.

Es necesario resaltar el hecho de que este libro cuenta con un gran valor histórico y filosófico en materia jurídica, que ninguna persona que tenga alguna relación ya sea directa o indirecta con el derecho debe dejar de leer.

Jul/Dez 2003

Revista Crítica Jurídica - N° 22

Resenha

Sérgio Resende de Barros Belo Horizonte: Editora Del Rey – 2003.

Por Maria Berenice Dias*

Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização

Com a obra “Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização” vem a público a tese acadêmica cuja defesa conferiu ao autor o título de Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual é Professor.

Trata-se de um trabalho de alto valor científico que, de forma pioneira, mostra a evolução histórica dos direitos humanos, identificando a situação jurídica do ser humano no seio da comunidade política. São analisadas de forma precisa as fases do relacionamento entre o indivíduo e a organização política, nas quais se passou da imposição de deveres pelo Estado à oposição de direitos ao Estado.

Fazendo uso de um raciocínio histórico-conceitual, o autor mostra que a ideologia liberal burguesa, do século XVIII, de acentuada tonalidade individualista, priorizou a liberdade individual como valor maior, em torno do qual se estruturou o funcionamento do Estado. Eis a origem das modernas declarações escritas de direitos, as quais surgiram para definir o espaço de atividade humana impenetrável pelo poder estatal, que se limitava a assegurar o direito à vida, à liberdade de credo e de culto, bem como à livre manifestação do pensamento, o direito à propriedade privada, etc.

A oposição dos direitos surge da constatação do equívoco da concepção liberal, cuja aplicação prática aprofundou as desigualdades sociais, em detrimento do ideal liberal de tornar o homem livre. O Estado de inspiração liberal, indiferente às questões sociais, revelou-se apoucado e, apartado da sociedade, não foi capaz de assegurar a plena realização do indivíduo. A história deixou flagrante que a liberdade pressupõe a igualdade de oportunidades entre todos os indivíduos. Pelo que se passou a buscar a igualdade social e, nessa medida, o Estado Liberal transformou-se em Estado Social, responsável pela implementação de programas de redução da desigualdade social. Foram impostos deveres funcionais ao Estado, prestações positivas para garantir o direito à educação, saúde, habitação, lazer, prática esportiva, etc.

* Desembargadora do Tribunal de Justiça do RS.

Trazendo as manifestações dos pensadores da época, a obra mostra o assombro que a Segunda Grande Guerra Mundial causou ante a constatação de que a evolução tecnológica era suficiente para a extinção do planeta e, por conseguinte, do próprio homem. A ciência mostrou-se uma ameaça à própria existência da humanidade. A consciência desse risco impulsionou o nascimento de novos direitos humanos – direitos de solidariedade – destinados à proteção do gênero humano contra si próprio – direito à paz, direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio cultural comum, etc.

Incontáveis as contribuições que o progresso da civilização trouxe para a melhoria das condições da vida humana, o que, no entanto, não levou ao arrefecimento das agressões aos direitos humanos: eis o paradoxo da civilização, como mostra Sérgio Resende de Barros. Além dos genocídios e dos atentados individuais aos direitos humanos, bem como das violações decorrentes do descaso das autoridades públicas, as inovações tecnológicas propiciaram novas maneiras de agressão dos direitos humanos, como evidenciam o surgimento de armas químicas e biológicas capazes de levar ao extermínio em massa.

A grande contribuição que a presente obra traz ao estudo dos direitos humanos é mostrar que, ao invés de estar havendo a banalização dos direitos humanos, têm surgido inúmeras espécies novas de direitos humanos operacionais ou instrumentais, que conferem proteção mais eficaz dos direitos humanos principais ou fundamentais. A tendência de incluir ilimitados direitos humanos operacionais na Constituição não tem levado à vulgarização direitos humanos fundamentais, mas, sim, da própria Constituição, desvalorizando o elenco constitucional, que deve conter apenas os valores superiores da organização política e nominar somente aqueles direitos humanos fundamentais que sejam princípios gerais de funcionamento do Estado, deixando a criação dos direitos humanos instrumentais aos cuidados do legislador infraconstitucional e do Poder Judiciário.

Esta nova visualização dos direitos humanos, partindo de uma preciosa avaliação histórica do seu desenvolvimento, certamente se constituiu em um marco no estudo deste instigante e moderno tema, pois, como diz o próprio autor: O paradoxo da civilização se resolve e se desenvolve a cada momento sem nunca findar. Um tal paradoxo é o próprio desafio da humanidade a si mesma, sobre si mesma. Sempre haverá uma necessidade gerando um dever sustendo um poder como valor jurídico; e sempre haverá um direito a ser condicionado ou recondicionado como direito humano.