Crítica jurídica

Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Número 3

Enero-Diciembre 2021

Publicación anual

Crítica jurídica
Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Número 3
2021

Crítica Jurídica A.C.

Crítica jurídica
Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Crítica Jurídica Nueva Época. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho es una publicación anual de Crítica Jurídica A.C. (México). Cuenta con la paticioacion académica de varias instituciones de las que se encuentran las siguientes:

Universidad Nacional Autónoma de México- UNAM
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil
Ecossistema Declatra – Defesa da Classe Trabalhadora
Faculdades do Centro do Paraná - UCP
Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - Univale

Director *In memoriam:* Dr. Óscar Correas Vázquez
Editora: Mtra. Marisela Acosta Rojas

ISSN: 0188-3968. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2019-121014525100-102 Contacto: cri_jur@yahoo.com.mx criticajuridica1@gmail.com www.criticajuridica.org

REVISTA ARBITRADA. Evaluada bajo la modalidad doble ciego.

Derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación sin la autorización previa y por escrito de Crítica Jurídica A.C. Las opiniones expresadas por las personas autoras no reflejan la postura de la revista ni de la institución responsable de su publicación.

Crítica Jurídica | Nueva Época
Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Director
In memóriam
Oscar Correas Vázquez †

Coordinadora Editorial
Marisela Acosta Rojas

Crítica Jurídica a. c.

Consejo Editorial

Alicia González Vidaurri
Universidad Nacional Autónoma de México

Alma Guadalupe Melgarito Rocha
Universidad Nacional Autónoma de México

Amanda Villavicencio Peña
Universidad Nacional Autónoma de México

Aníbal D'Auria
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Arturo Berumen Campos
Universidad Nacional Autónoma de México

Augusto Sánchez Sandoval
Universidad Autónoma Metropolitana, México

Carlos Ordoñez Mazariegos
Universidad Autónoma de la Ciudad de México

Daniel Sandoval Cervantes
Universidad Nacional Autónoma de México

Elina Ibarra
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Eros Roberto Grau
Universidad de São Paulo, Brasil

Humberto Rosas Vargas
Universidad Nacional Autónoma de México

Jaqueline Ortiz Andrade
Universidad Autónoma de México

Jorge Witker
Universidad Nacional Autónoma de México

José Gandarilla
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

José Rolando Emilio Ordoñez†
Universidad Nacional Autónoma de México

Juan Ramón Capella†
Universidad de Barcelona, España

Laura Prieto
Universidad Nacional Autónoma de México

Marcos Navas Alvear
Universidad Central del Ecuador, Ecuador

Peter Fitzpatrick†
Birkbeck, University of London, Inglaterra

Walter Mondelo
Universidad de Oriente, Cuba

Wanda Capeller
Instituto de Ciencias Sociales y Políticas de Toulouse, Francia

Wilson Ramos Filho
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Consejo de Producción

Diseño de Editorial.....**Rebeca S. Guerrero Islas**



"Fosas de Tetelcingo"
José Manuel Galván *El topo*

Índice

Carta de la Editora 15

El reconocimiento de la Justicia Indígena: la experiencia de los juzgados indígenas en Puebla
Rosa Alonso Pérez 19

Geocultura y derecho. Apuntes para un diálogo entre la antropología jurídica y la teoría del derecho.
Javier Azzali 41

El capitalismo de la violencia para una sociología política de los no derechos
Wanda Capeller 61

La concepción juridicista del Estado en el pensamiento marxista
Óscar Correas 81

Sociología del Derecho y violencia: en memoria de Óscar Correas
Erick Gómez Tagle López 89

El lugar del Derecho en la tradición socialista. Jalones de una historia compleja
Carlos Herrera 109

Ni dios
Elina Ibarra 131

143 Óscar Correas, doctor de la Universidad de Saint-Etienne
Antoine Jeammaud

153 Un crisol del trabajo en Brasil- un breve análisis de los efectos de desregulación sobre el empleo y los ingresos de los trabajadores
Ricardo Nunes, Wilson Ramos Filho

181 Debates jurídicos-sociológicos sobre Estado e Marxismo
Julio da Silveira Moreira

203 Siete tesis equivocadas sobre el derecho indígena en Mesoamérica
Carlos Salvador Ordoñez Mazariegos

219 Los límites teóricos del modelo de soberanía política democrática
Jaime Eduardo Ortíz Leroux

243 La discriminación justificada en la sociedad liberal
Carlos Manuel Rosales García

291 La ficción del estado y la teoría marxista. Apuntes para un ensayo
Humberto Rosas Vargas

325 Hacia la descolonización del Sur: descolonizar la libertad-decolonizar los derechos
German Medardo Sandoval Trigo

349 Crítica marxista de Estado: contribuciones de Nicos Poulantzas y Pachukanis
Matheus Silveira Moreira

Historia y derechos humanos: reducciones y dogmatismos
Sergio Martín Tapia Arguello 373

La hermenéutica de la sospecha en la perspectiva de Duncan Kennedy para la lectura alternativa de las decisiones judiciales
Ivonne Gabriela Tovar 399

Memoria de la Décimaquinta Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica
Amanda Villavicencio Peña 419

Normas editoriales de la revista Crítica Jurídica Nueva Época y lineamientos para el dictamen 425

Carta de la editora

Estimados lectores:

Es del conocimiento general, la dolorosa partida acaecida el día 22 de abril del 2020 del Dr. Oscar Correas Vázquez, pérdida irreparable de la comunidad universitaria y a nivel personal. Creador en México de la Critica Jurídica Latinoamericana y también uno de los exponentes más importantes en Latinoamérica de esta corriente imprescindible del discurso jurista.

En estos tiempos hemos padecido cuantiosas y lamentables pérdidas humanas entre la comunidad universitaria a nivel global. Desgraciadamente nuestro Concejo Editorial no estuvo exento de estos terribles hechos, como es el caso del Dr.Peter Fitzpatrick.

Trataré de hacer una breve reseña de uno de los eventos más traumáticos y tristes de la era contemporánea.

La pandemia provocada por el virus SARS-COV2 fue detectada en China en noviembre de 2019 y en cuestión de semanas o días se esparció por todo el planeta. El 27 de febrero de 2020, el gobierno de México informó que se había diagnosticado al primer mexicano, en nuestro territorio infectado con el virus, después de llegar de un viaje a Italia, siendo esta persona el primer deceso en marzo, no sin antes asistir a un concierto masivo en un recinto en la Ciudad de México, con una alta probabilidad de más contagios entre los espectadores.

A partir de entonces, la vida cambió para la mayoría de la gente. Se invitó insistentemente a la ciudadanía a resguardarse bajo el lema "Quédate en casa". El distanciamiento social se convirtió en parte inherente de nuestras vidas. Se suspendieron actividades productivas, de comercio y servicios. Escuelas y universidades cerraron sus puertas y a partir de entonces, la instrucción se transformó en una práctica a distancia con ayuda de la tecnología.

Después de año y medio de su aparición, este fenómeno social ha tenido impactos de diversa índole. En el aspecto psicosocial, sobresalen el dolor y sufrimiento de las familias que han perdido seres queridos o han padecido la versión grave de la enfermedad. El costo emocional ha sido muy elevado, y con frecuencia se reproduce con efecto multiplicador entre amigos y vecinos que se conduelen por la pérdida de sus conocidos. La impresionante cifra que reporta la Secretaría de Salud es de 260,000 fallecidos a fines de agosto de 2021, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) reporta una muy distinta, la realidad incuestionable es que la enfermedad ha provocado la muerte de cientos de miles de mexicanos.

Otro aspecto, más complicado de conocer, es el efecto de la pandemia en la salud mental de la población. Violencia, irritabilidad y depresión por el confinamiento. Miedo, ansiedad y hasta pánico por el riesgo de enfermar, o en el extremo opuesto exposición extrema al riesgo, son algunas de las reacciones a la situación que presenta la pandemia. Es probable que aún sea muy pronto para evaluar el efecto real en la salud mental de la población, pero hay algunos indicadores que permiten anticipar que el fenómeno de la pandemia, con su consecuente distanciamiento social y confinamiento, está teniendo efectos adversos. El número de suicidios se reporta en aumento, así como las denuncias por violencia doméstica. Es necesario saber las afectaciones a la población, para proponer medidas de apoyo eficaces, y mitigar los efectos presentes y futuros de la pandemia en la salud emocional de los mexicanos.

La economía en su conjunto también se ha visto afectada. Pero ahí dejemos a los expertos en economía que expliquen con sus datos duros. Lo que es visible es la desigualdad entre la población que se hizo más patente, cuantiosas pérdidas de empleo con sus terribles efectos, nula posibilidad para los estudiantes sin recursos de tener acceso a la tecnología, y para los que viven en el día a día, ser todavía más vulnerables al salir a buscar su sustento.

Otro hecho que no quiero dejar de mencionar, son la compra condicionada de las transnacionales farmacéuticas que con su sabida avidez de capital no abren las patentes, argumentando que "sería muy complicado producir más vacunas, liberando la patente" no es de extrañarse la falta de ética y moral, dando nula prioridad al derecho a la vida. Así que, faltará mucho tiempo para que lleguen las vacunas a los países más pobres, que por supuesto siguen teniendo un gran cúmulo de decesos. Caso verdaderamente dramático, pero por otras razones, es de mencionar la situación de Brasil con Bolsonaro y su equipo, que ha mostrado su gran desprecio por la vida.

La pandemia seguirá rondando el planeta mientras los contagios no se detengan, por lo que debemos estar conscientes de la situación que enfrentamos y aprender a vivir con ella, mitigando en lo posible sus efectos.

Quisiera finalizar con las disertaciones de Oscar Correas sobre el destino de su legado. Es un hecho conocido que presidió tanto la Revista Crítica Jurídica como las Conferencias Latinoamericanas de Crítica Jurídica. El Dr. Correas dejó, como última voluntad, que un colectivo con gente honorable, ética y con un gran compromiso con la Crítica Jurídica, llevara adelante este legado de cuatro décadas. A un año y medio de su ausencia, difícil de sobrellevar por cierto, tenemos ya conformado este colectivo. Afortunadamente en la siguiente edición de la revista se dará a conocer a los integrantes de dicho colectivo.

Agosto 2021
Marisela Acosta Rojas.

El reconocimiento de la justicia indígena: la experiencia de los juzgados indígenas en Puebla

The recognition of indigenous justice: the experience of indigenous courts in Puebla

Rosa Alonso Pérez

Resumen

El presente artículo pretende mostrar el proceso de reconocimiento de la justicia indígena en la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Puebla, basado en la experiencia de los Juzgados Indígenas. La discusión se centra en el reconocimiento de la eficacia, legalidad y productividad de las resoluciones de conflictos intercomunitarios que conocen y resuelven los Juzgados Indígenas, y su materialización en la Ley Orgánica del Poder Judicial, eliminando todo tipo de subordinación de los sistemas normativos indígenas con el sistema normativo que surge del proceso legislativo.

El artículo se integra por tres secciones, en la primera se señala el método y técnicas de investigación, las fases, los procesos y los actores que intervinieron en la búsqueda de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, basados en la experiencia de los Juzgados Indígenas, a la que se sumó la participación de un grupo interinstitucional y multidisciplinario de investigadores. El camino inicia con el autodiagnóstico que hacen los Juzgados Indígenas, quienes identificaron sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas. La propuesta se centra en las fortalezas y competencias de los Juzgados Indígenas y en la legalidad de sus actuaciones y resoluciones, respaldada por un marco jurídico.

Los resultados y la discusión señalan la necesidad del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas y en la negación e impericia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, representante del Poder Judicial del estado. Finalmente se concluye en la necesidad de realizar un diálogo de carácter intercultural eliminando la subordinación de los sistemas jurídicos indígenas ante el sistema jurídico dominante.

Palabras clave: Justicia indígena, Juzgados Indígenas de Puebla, Poder Judicial Local.

Abstract

This article aims to show the process of recognition of indigenous justice in the Organic Law of the Judicial Power of the state of Puebla, based on the experience of the Indigenous Courts. The discussion focuses on the recognition of the effectiveness, legality and productivity of the resolutions of intercommunity conflicts that are known and resolved by the Indigenous Courts, and their materialization in the Organic Law of the Judicial Power, eliminating all types of subordination of the indigenous normative systems with the normative system that arises from the legislative process.

The article is made up of three sections, the first one indicates the investigation method and techniques, the phases, processes and actors that intervened in the search for recognition of indigenous legal systems, based on the experience of the Indigenous Courts, to which was added the participation of an inter-institutional and multidisciplinary group of researchers. The path begins with the self-diagnosis made by the Indigenous Courts, who identified their strengths, opportunities, weaknesses and threats. The proposal focuses on the strengths and powers of the Indigenous Courts and the legality of their actions and resolutions, supported by a legal framework.

The results and the discussion point to the need for recognition of indigenous legal systems and the denial and lack of authority of the President of the Superior Court of Justice of the State of Puebla, representative of the State Judicial Power. Finally, it concludes on the need to carry out an intercultural dialogue, eliminating the subordination of indigenous legal systems to the dominant legal system.

Key words: Indigenous justice, Indigenous Courts of Puebla, Local Judicial Power.

Introducción

En México la autonomía y autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas es una lucha que no termina de resolverse, en gran medida las autoridades tradicionales son ignoradas por el Estado. La aplicación de los sistemas normativos indígenas en la regulación y solución de sus conflictos internos señalada en la fracción II del artículo 2° Constitucional, dista de ser aceptada por el Poder Judicial del Estado de Puebla y por los operadores del Derecho.

En Puebla el proceso de reconocimiento de la justicia indígena y de los Juzgados Indígenas ha sido una lucha prolongada de los operadores del derecho indígena, acompañada por investigadores de las áreas jurídica, sociológica y antropológica, que concluyó en una propuesta al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla para materializar los sistemas normativos indígenas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las investigaciones multidisciplinarias, la experiencia y funcionamiento de los Juzgados Indígenas aportaron información sobre la eficacia y productividad, siendo los principales insumos para plantear las funciones de estos órganos jurisdiccionales indígenas.

A través de la investigación participativa y la integración de un equipo multidisciplinario e interinstitucional se revela la negación de los sistemas normativos indígenas, la desestimación de las actividades y funciones de los jueces indígenas y la impericia individual que encabeza el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado. En Puebla la pluralidad cultura y jurídica no garantiza el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, el Poder Judicial ha vetado el diálogo como la única salida sensata, civilizada, duradera y estructural a la coexistencia de culturas jurídicas diferentes en un mismo territorio.

El reconocimiento de la justicia indígena significa el respeto de los sistemas normativos indígenas, de las autoridades tradicionales, de la cosmovisión indígena, además de la paridad entre las normas resultado de un proceso legislativo y las normas emanadas de las comunidades indígenas. En Puebla, desde 2002, se reconoció en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que los Juzgados Indígenas son depositarios del ejercicio del Poder Judicial (artículo 1°), este reconocimiento se extendió en la LOPJ de 2017, sin que se señalara en ninguna de las los dos el significado de la justicia indígena.

La propuesta de reconocimiento de la justicia indígena en la LOPJ se sustenta en la histórica discriminación y racismo étnico de las personas y pueblos indígenas, víctimas del sistema de justicia dominante; en la experiencia de más de 15 años de los Juzgados Indígenas de Cuetzalan del Progreso, Huehuetla, Quimixtlán y Tlacotepec de Porfirio Díaz; en investigaciones de corte antropológico, sociológico y jurídico de estudiantes de licenciatura, maestría y doctorado que desarrollaron, acompañaron, impulsaron y respaldan; además en un marco jurídico internacional y nacional que fundamentan la legalidad de los sistemas jurídicos indígenas.

Métodos y técnicas de investigación

El presente artículo forma parte de los resultados de una investigación más amplia, en la que se analizan los sistemas jurídicos indígenas de Cuetzalan y Huehuetla, como una alternativa al Sistema Penal Acusatorio. Para realizar el presente artículo se implementó el método cualitativo, dada la naturaleza de la indagación, se optó por un estudio de caso de corte etnográfico. Los datos se recogieron a través de entrevistas semi-estructuradas, análisis de documentos, grupos de discusión y observaciones participantes. La propuesta de reconocimiento de la justicia indígena se realizó en distintas fases, en la que participaron diferentes actores e instituciones.

En la primera fase los principales actores fueron los jueces, mediadores, secretarios y escribientes de los Juzgados Indígenas de Cuetzalan, Huehuetla, Tlacotepec de Porfirio Díaz, al aportar su experiencia como operadores de los sistemas de justicia nahua, totonaco y mazateco, dando paso a la segunda fase: la sistematización de la información por un grupo interdisciplinario e interinstitucional de investigadores que realizaron estudios previos de carácter jurídico, antropológico y social de los juzgados[1] además de la suma de la experiencia de acompañamiento en procesos del ejercicio de derechos políticos electorales de las personas indígenas en el municipio de Ayutla de los Libres, en el estado de Guerrero.

En la tercera fase se incorporaron como actores los titulares de la Secretaria de Gobierno del estado de Puebla, el Instituto Poblano de los Pueblos Indígenas (IPPI), la Comisión de Asuntos Indígenas y la Comisión de Derechos Humanos y de Justicia del Congreso del Estado, la Dirección General de Ejecución de Medidas y Sanciones, que tuvieron conocimiento de la propuesta de reconocimiento y que en su momento tuvieron una participación para que llegara a su análisis en el Congreso el Estado.

1 La Universidad Autónoma Chapingo (UACH); la Universidad de Illinois, Estados Unidos; el Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social, Ciudad de México (CIESAS-CDMX); el Área Espacio Social, Región y Organización Rural de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco (UAM-X); el Colegio de Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP); la Universidad Intercultural del Estado de Puebla (UIEP); y de la Universidad de los Pueblos del Sur (UNISUR).

Inicio del camino

El camino inicia en el juzgado de Cuetzalan del Progreso, al advertir la desarticulación entre los juzgados de Huehuetla, Quimixtlán, Pahuatlán y Tlacotepec de Porfirio Díaz. La primera tarea consistió en visitar a los cinco Juzgados Indígenas, ubicados en los municipios de Tlacotepec de Porfirio Díaz, que atiende a los pueblos indígenas nahua y mazateco; Pahuatlán, con población nahua y otomí; Quimixtlán, con población mestiza; Ajalpan, con población nahua y Huehuetla con población totonaca; este último participo como sede del Primer Encuentro-Taller de Jueces y Aplicadores del Derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la Sierra Norte del Estado de Puebla, los días 20 y 21 de julio de 2019[2] . El Encuentro-Taller se organizó en cinco mesas de trabajo con distintos objetivos; el correo electrónico resultó ser el principal medio de comunicación debido a la distancia entre los juzgados.

La mesa uno *Nuestro rostro y corazón*, tuvo como objetivo conocer, analizar y reflexionar la impartición de justicia en los juzgados indígenas, y compartir las experiencias vividas a lo largo del periodo 2004 a 2019. La mesa dos: *La mujer es como la madre tierra*, tuvo como objetivo analizar la inclusión de las mujeres en la impartición de Justicia. La mesa tres: *Los pueblos como los 4 horcones de la casa*, su objetivo fue contextualizar a los Juzgados Indígenas en los 15 años de trabajo con los pueblos indígenas, se analizaron las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas, frente a los Poderes Ejecutivo y Judicial del estado de Puebla, y la forma de proseguir, mantener y construir un mejor servicio para el beneficio comunitario.

En la mesa cuatro: *Las costumbres son leyes que le dan vida a la humanidad* se analizaron y comentaron los marcos jurídicos de la impartición de justicia de los pueblos indígenas. Finalmente en la mesa cinco: *Las espinas y flores en los juzgados tradicionales*, tuvo como objetivo analizar las funciones, las carencias y necesidades identificadas en el desempeño de las actividades como jueces tradicionales.

La lejana ubicación entre sí de los juzgados indígenas, además del interés de los jueces, permitió la asistencia al Encuentro-Taller de los jueces de Huehuetla, Cuetzalan y Tlacotepec de Porfirio Díaz. Mediante el grupo focal, lluvia de ideas, y análisis de las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas de cada juzgado, los resultados, fueron las carencias coincidentes, como la falta de pago a los funcionarios, la omisión

2 El Encuentro-Taller formó parte de las actividades del aniversario de la Organización Independiente Totonaca (OIT), organización indígena que gestionó la creación e instalación de los Juzgados Indígenas en Puebla.

del Tribunal de Justicia del Estado en otorgar nombramientos a jueces y mediadores, los constantes hostigamientos de autoridades municipales, la carencia de sellos, y papelería, entre otros.

Fortalezas de los Juzgados

Las fortalezas de los Juzgados Indígenas identificadas por los funcionarios de los juzgados[3] , forman las principales propuestas de reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, Pedro Valencia secretario de acuerdos del Juzgado de Huehuetla destacó:

> Realmente el juzgado indígena sí tiene fortalezas. Detrás de nosotros hay mucha gente que empuja estas cuestiones. Nos estamos empoderando. Las instalaciones las dio el Estado pero el pueblo metió al consejo de ancianos, y es quien aporta su experiencia al trabajo del juzgado indígena. (Valencia, Comunicación personal, 20 de julio de 2019).

Por su parte Nemesio Méndez (comunicación personal, 20 de julio de 2019), juez titular del Juzgado de Tlacotepec señaló: "la fortaleza, es que la gente no permitió que el presidente nombrara al juez, yo fui nombrado por el pueblo, por la cabecera municipal. El pueblo exigió, la intención del presidente es que se pierda el juzgado indígena". Por su parte Francisco Pérez (comunicación personal, 20 de julio de 2019) mediador de Huehuetla consideró: "no es fácil atender a la gente, escuchar los problemas. Nuestra formación es de cargos y servicios en nuestras comunidades. Las personas con formación a veces desconocen cargos y servicios. Nosotros estamos formados en el campo no en el salón".

3 Los funcionarios de los Juzgados Indígenas son los jueces titulares, jueces suplentes, jueces auxiliares, mediadores, mediadoras, consejeras de mujeres, secretarios de acuerdos, escribientes y auxiliares. Al Juzgado de Huehuetla lo integran: el juez titular, mediador, consejera de mujeres, secretario de acuerdos y escribiente. A Cuetzalan lo integran el juez titula y la mediadora, a Quimixtlán lo integran el juez titular, juez suplente y auxiliar. El juzgado de Tlacotepec de Porfirio Díaz lo integran: el juez titular y dos jueces auxiliares, estos últimos denominados por ser jueces en las juntas auxiliares. En el juzgado de Pahuatlán el juez titular es un abogado hispanohablante, que a pesar de las múltiples invitaciones a participar en reuniones con los juzgados, él no ha participado.

Manuel Aquino juez titular de Huehuetla y Nemesio Martínez, consideran que la pastoral social es una fortaleza: "Nos apoya y nos hace entender como quiere Dios para nuestros hermanos, es defender sus derechos" (Aquino, comunicación personal, 2019). Nemesio concluyó: "He dado varios servicios, y participado en la pastoral indígena, estoy consciente de servir a mis hermanos, tengo ese ánimo y esa fuerza para seguir adelante".

Además de las fortalezas ya mencionadas, se considera una de las más importantes es la participación de las mujeres en la administración de justicia, con la experiencia de Cuetzalan, en donde Martha Ramos es la jueza suplente; en Huehuetla, Clara García, además, es una mujer de 34 años de edad, lleva seis años como asesora o consejera de mujeres, además es la tercera mujer que realiza esas actividades; la función de ambas es mediar entre los conflictos intrafamiliares, generar paridad de género entre los funcionarios y los usuarios, y dar apoyo a jueces y medidores en la defensa de mujeres.

Los funcionarios consideran a la asesoría académica como una fortaleza, llaman a sí a las tesis de investigación de licenciatura, maestría y doctorado que han realizado en los últimos diez años, principalmente en los Juzgados de Huehuetla y Cuetzalan, como resultado se han generado vínculos y compromisos profesionales y personales solidarios entre los investigadores y el personal de los juzgados, lo que ha impulsado el reconocimiento de la labor de las autoridades tradicionales.

Otra fortaleza expresada y coincidente es la atención a *Xinula* (indígenas) y *Luwanan* (mestizos), los jueces atienden a la población indígena y no indígena, cuando estos últimos reconocen como autoridades a los jueces tradicionales, sin que exista discriminación en la atención.

Tabla 1. Análisis FODA, resultado del Primer Encuentro-Taller de Jueces y Aplicadores del Derecho de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la Sierra Norte del Estado de Puebla.

Fortalezas	Oportunidades	Debilidades	Amenazas
Presencia de mujer en juzgados, compromiso de los funcionarios, sistema de cargos, comunidad, tienen apoyo de gente, pastoral social, vocación campesina y de servicio, el uso de la lengua materna, experiencia, asesoría académica, decreto de creación de juzgados indígenas, atienden a Xinula (indígenas) y Luwanan (mestizos), formación juvenil y no discriminan.	Reconocimiento de procesos de justicia, apoyo del juzgado por presidente municipal, apoyos de organismos internacionales, solicitan subsidio directo.	No hay subsidio, no tienen material de papelería, no hay pleno reconocimiento de materia civil, faltan nombramientos por parte del TSJ.	Estado trata de institucionalizar el juzgado, gobierno menosprecia los usos y costumbres, cambio de gobierno pone en riesgo el juzgado, no hay apoyo del ayuntamiento, no hay articulación que apoye a los juzgados indígenas.

Fuente: sistematización de M.C. Rodolfo Domínguez a partir de la lluvia de ideas. Huehuetla, Puebla 21 de julio de 2019.

Además de las fortalezas identificadas por los Juzgados Indígenas en el Encuentro-Taller, el sistema jurídico indígena en sí, se fortalece con el procedimiento de administración de justicia que utilizan estas instituciones judiciales. El uso de la lengua materna; el uso del diálogo como medio de solución del conflicto; la rapidez en resolver los conflictos intercomunitarios; el número de casos que resuelven; el conocer y resolver asuntos de materia penal, familiar, agrario y mercantil; la certeza de sus resoluciones; no imponer sanciones económicas, corporales o privativas de la libertad; la reparación del daño surge de las partes confrontadas, son cualidades del sistema de justicia de los Juzgados Indígenas en Puebla. Sin embargo, la competencia de los Juzgados Indígenas no está es señalada explícitamente en leyes y códigos poblanos, por lo que la propuesta se centra en el reconocimiento de ésta a partir de la prácticas de los sistemas jurídicos indígenas.

Competencia de los Juzgados Indígenas

La propuesta de competencia de los Juzgados Indígenas, se fundamenta en la fracción II del artículo 2° constitucional, en la que se reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

El reconocimiento de la competencia de los Juzgados Indígenas significa que éstos administren justicia a través de cada sistema jurídico de los pueblos náhuas o *maseualmej*, totonacas o *tutunakuj*, mixtecos o *ñuu savi*, tepehuas o *hamaispini*, otomíes o *hñähñü*, popolocas o *n'guiva* y mazatecas o *ha shuta enimade*, que se encuentren en el territorio poblano. Actualmente, los pueblos nahuas, totonacos y mazatecos, son atendidos por los Juzgados Indígenas, sin embargo, falta la atención de los pueblos mixteco, tepehua, otomí y popoloca. La creación de juzgados debe quedar en manos de los propios pueblos, a través de un Consejo del Tribunal[4].

Una propuesta de competencia de los Juzgados Indígenas es la reivindicación del Poder Judicial para los pueblos indígenas poblanos, consiste en reconocer la igualdad entre sistemas jurídicos: el que emana del proceso legislativo y los indígenas, es decir, que los Juzgados Indígenas funjan como instancias depositarias y de declinación de competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Se trata de materializar lo ya señalado en los artículos 1° y 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). De manera explícita el artículo 1° señala: "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial del Estado en el Tribunal Superior de Justicia, en el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, en los Juzgados de Primera Instancia, y en los Juzgados Indígenas".

Lo anterior significa que los Juzgados Indígenas y los Juzgados de Primera Instancia de acuerdo a la LOPJ les corresponde decidir sobre las controversias del orden civil, familiar, penal, de justicia para adolescentes y las que le competen conforme a las

4 Como parte de la propuesta realizada al Tribunal Judicial del Estado de Puebla y en su momento al Congreso del Estado, el Juzgado de Huehuetla recomienda la creación de un Consejo del Tribunal, integrado por todos los jueces y juezas, titulares y suplentes de los Juzgados ya existentes, además de un miembro de cada pueblo indígena del estado (siete); como forma de reproducción de prácticas indígenas en la toma de decisiones colectivas; con facultades de crear juzgados indígenas y cubrir los pueblos que no tienen estos órganos jurisdiccionales, se considera que podrían ser el vínculo entre el Tribunal y los Juzgados Indígenas, con funciones admirativas.

leyes (artículo 3°), colocándolas en el mismo rango, es decir, que ambos juzgados tienen las mismas facultades señaladas por la ley[5].

Además de la competencia señalada por la LOPJ, se propone que los Juzgados Indígenas sean depositarios de la declinación de competencia de jueces federales, entendiendo que esta se presenta cuando el juez federal "declina ejercer un juicio contra un miembro de una comunidad indígena, y delega la competencia del mismo a la autoridad de la población, a través de su asamblea comunitaria" (Pérez, 2015). En México, el primer caso y el más relevante de declinación de competencia o derecho intercultural es el de Santiago Quiavicuzas[6]. La declinación de competencia estableció un precedente histórico a favor de los pueblos y comunidades indígenas ya que significa un avance trascendente al reconocerles jurisdiccionalmente su derecho a la administración de justicia (Muñiz y Marín, 2016:83).

La competencia en materia penal se origina en el procedimiento especial denominado "Pueblos y Comunidades Indígenas" del Código Nacional de Procedimientos Penales, regulado por el artículo 420. En este proceso se reconoce la existencia de la justicia indígena y su sistema normativo para resolver conflictos surgidos entre los integrantes de pueblos y comunidades indígenas, siempre que se afecten bienes jurídicos de éstos o bienes personales. El proceso de declinación comienza cuando el imputado, la víctima o sus familiares, aceptan los sistemas normativos de sus comunidades y la forma de regulación y solución de sus conflictos internos, enseguida la autoridad judicial penal declina su competencia a favor de las autoridades tradicionales; en consecuencia, se declara la extinción de la acción penal del imputado, es decir, que el delito cometido por una persona indígena deja de perseguirse por el ministerio público o el juez penal, sin que se pueda reiniciar un proceso en su contra por el mismo delito.

5 Además de las facultades mencionadas en el texto, el artículo 3° también señala las siguientes: II. Decidir las controversias del orden federal que se promuevan con arreglo a los artículos 104 fracción I y 107 fracción XII, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos que establezcan las leyes respectivas, y III. Intervenir en auxilio de la Justicia Federal, en los términos que establezcan las leyes.

6 En 2013, por decisión de Rubén Paulo Pérez Ruiz, Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, con residencia en Oaxaca, con el auxilio de antropólogos, sociólogos y abogados expertos en derecho indígena, determinó que se debía revocar la sentencia condenatoria dictada por el Juez Sexto de Distrito en el Estado, en contra del sentenciado de identidad indígena, en su lugar, ordenó la reposición del procedimiento hasta antes del auto de formal prisión, a efecto de que declinara la competencia a favor de las autoridades tradicionales de la comunidad de Santiago Quiavicuzas, San Carlos Yautepec, Oaxaca, para que conforme al sistema normativo que ahí implementan, el asunto fuera sometido al procedimiento, decisión, y en su caso, sanción que amerite, según los usos y costumbres de población, a la que pertenece el sujeto.

Por su parte, los sistemas jurídicos indígenas deben garantizar la perspectiva de género, la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer. El límite de la declinación de competencia son los delitos previstos para prisión preventiva oficiosa señalados en el artículo 167 del CNPP. Con la declinación de competencia a favor de los Juzgados Indígenas se evitaría la violación de derechos procesales de las personas indígenas, por una parte los derechos lingüísticos de las partes en el proceso penal acusatorio y por otra disminuir el número de población interna en los centros penitenciarios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), señaló en su Informe Anual de Actividades 2019, que hasta octubre de 2017, la población indígena interna en los centros penitenciarios del país era de 7 mil 340 personas, de ésta 6 mil, 880 pertenecen al fuero común y 460 al fuero federal, asimismo 244 son mujeres y 7,096 hombres (CNDH, 2019). De la población interna en los centros de reinserción social del país, los pueblos indígenas que registran una población mayor son: 1,668 náhuatl, 551 zapoteco, 432 mixteco, 409 tzotzil, 392 maya, 388 tarahumara, 380 otomí, 374 tzeltal, 321 mazateco, 305 totonaco, 174 chol, 159 mixe, 151 tlapaneco, 149 chinanteco, 148 mazahua, 142 tepehuano, 136 cora, 129 huasteco y 117 mayo (CNDH, 2019).

Además, la CNDH en el informe indicó que las Personas Indígenas Privadas de su Libertad (PIPL), por su pertenencia a un pueblo o comunidad indígena, en ocasiones son objeto de discriminación por parte del resto de la población, principalmente la falta de apoyo inmediato de intérpretes y/o traductores en su lengua, durante el procedimiento penal que se les instruye, la carencia de personas defensoras públicas que hablen su lengua; así como que conozcan sus costumbres y especificidades culturales.

En Puebla el Director General de Sanciones y Medidas, reveló que el universo de personas privadas de la libertad en los 18 Centros Penitenciarios, es de 8 mil 641, de los cuales 583, son indígenas (7%) (González, comunicación personal, 11 de noviembre de 2020). La Dirección señala que los Centros Penitenciarios con mayor población indígena, son: Tehuacán 95, Zacapoaxtla: 41, Tepexi de Rodríguez: 91, Ciudad Serdán: 32, Tetela de Ocampo: 21, Tlatlauquitepec: 25, Huauchinango: 86 y Xicotepec: 21.

Por otra parte, la materia familiar es una de las actividades que más frecuentemente resuelven los Juzgados Indígenas. Los conflictos familiares generalmente se derivan por los legados de los padres a los hijos, es decir, por la herencia de los inmuebles, que al ser fraccionados deben legalizar la propiedad. En Huehuetla, el juez y el mediador han hecho visitas de personas enfermas, han escuchado y consecuentemente se ha redactado el acta *testamentaria*, esto es cuando un padre de familia dispone de sus

bienes para con su hijos u otras personas (Valencia, comunicación personal, 28 de octubre de 2020). La formalización de las donaciones mediante convenios entre las partes, son actividades que realizan los Juzgados Indígenas, proporcionando seguridad jurídica gratuita a la propiedad privada, supliendo funciones del notario público, con costos entre cinco y quince mil pesos por cada trámite.

La propuesta para que los Juzgados Indígenas realicen actividades notariales se fundamenta en la necesidad de las comunidades indígenas, en la gratuidad del servicio, en la confianza de sus autoridades tradicionales, y en la capacidad de éstos para elaborar instrumentos notariales como escrituras, actas, testimonios y copias certificadas, establecidos en la Ley del Notariado del Estado de Puebla, y que es facultad del Poder Ejecutivo estatal.

Marco jurídico

La pluralidad de sistemas normativos es una realidad en México, el reconocimiento y ejecución de los sistemas jurídicos indígenas representa la asimilación de la existencia de distintos pueblos y comunidades con una diversidad de culturas que convergen en el territorio del país. La aceptación de la validez y eficacia de los sistemas jurídicos indígenas, garantizaría el derecho al acceso a la jurisdicción del Estado. La actuación de los sistemas jurídicos a través de las autoridades tradicionales tiene un andamiaje jurídico internacional, nacional y estatal.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), debido al carácter vinculante con el Estado mexicano, es el principal fundamento internacional de la propuesta de reconocimiento de los Juzgados Indígenas y sus facultades. El Convenio tutela entre otros, el derecho de los pueblos indígenas para mantener, fortalecer y salvaguardar sus instituciones (artículo 2.1 inciso a), el reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales (artículo 5) y el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias (artículo 8 1).

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) determina el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5). La figura de los Juzgados Indígenas en Puebla, representan para las comunidades nahuas, totonacas y mazatecas instituciones jurídicas, sociales y culturales.

El fundamento jurídico nacional se basa en la Constitución Política, en lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, y 17; es decir, que las personas, comunidades y pueblos indígenas tienen la garantía de goce de los Derechos Humanos, que tienen autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, y el derecho que tiene toda persona a que se le administre justicia por tribunales, que emitan resoluciones de manera pronta, completa e imparcial y gratuita.

Dentro del marco jurídico, las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), son relevantes al ser emitidas por los máximos tribunales del Estado. El reconocimiento del pluralismo jurídico[7] (SCJN Tesis 1ª CCXCVI/2018), la igualdad jurídica[8] (SCJN Tesis 1ª/J.125/2017), la lengua indígena como derecho cultural[9] (SCJN Tesis 1ª/J.125/2017), la integración del sistema jurídico mexicano (TEPJF Tesis LII/2016) y la paridad de sistemas jurídicos, estos elementos permiten la comprensión de la legalidad y actuación de los juzgados indígenas poblanos. El TEPJF aclara que el sistema jurídico mexicano se integra por el derecho indígena y el derecho formalmente legislado, lo que implica una modificación sustancial del paradigma, al reconocer que el derecho indígena, conformado por los distintos sistemas normativos de cada pueblo y comunidad, se encuentra al mismo nivel que el derecho formalmente legislado (TEPJF Tesis LII/2016).

En materia indígena la Constitución Política poblana está alineada con la Constitución Federal, al reconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación, para decidir y desarrollar sus formas internas de organización social,

7 La SCJN señala que la existencia y vigencia de distintos sistemas normativos dentro del territorio nacional: un sistema normativo conformado por las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales del Estado central, y otro conformado por los usos y costumbres de los distintos pueblos y comunidades que habitan nuestro país, los cuales incluso podrían estimarse simultáneamente aplicables para el caso de las personas, pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con su especificidad cultural y particular pertenencia étnica.

8 La SCJN establece que la igualdad jurídica en nuestro ordenamiento constitucional protege tanto a personas como a grupos. De ahí que se considere que el derecho humano a la igualdad jurídica no sólo tiene una faceta o dimensión formal o de derecho, sino también una de carácter sustantivo o de hecho, la cual tiene como objetivo remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social.

9 La SCJN dispone que el respeto por la pluriculturalidad incluye el reconocimiento y aceptación de los demás como sujetos culturalmente diversos y titulares de derechos. En ese contexto, la lengua cobra particular relevancia, pues funge como vehículo de construcción cultural. En efecto, la lengua es mucho más que un medio de comunicación. Las lenguas son un medio para expresar la cultura y, a la vez, un reflejo de la identidad de cualquier grupo. Así, la protección de las lenguas indígenas incide en el reconocimiento y protección de la pluriculturalidad.

cultural, política y económica, y el derecho para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, además, en Puebla son reconocidos como sujetos de derecho público, sin embargo, las leyes secundarias están en desuso y desarticuladas con la realidad de las comunidades y pueblos originarios.

En el marco del pluralismo jurídico[10], el Código de Procedimientos Civiles regula el procedimiento de justicia indígena (artículos 848-862); sin embargo, lo considera como mecanismo informal para resolver conflictos de intereses en forma extraprocesal. Por su parte la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas reconoce la existencia de los sistemas normativos indígenas, a las autoridades tradicionales, pero sus resoluciones están subordinadas a los jueces de primera instancia, restando autonomía a los pueblos indígenas, al imponerse la cultura jurídica oficial, que no está adaptada para hacer frente al pluralismo cultural y jurídico, y donde los valores dominantes de una sociedad tienden a ignorar, olvidar y rechazar las culturas indígenas (ONU, 2003).

En el otro extremo, desde los Juzgados Indígenas poblanos y de las resoluciones que emiten, lo hacen desde la legalidad, al ser depositarios del ejercicio del Poder Judicial del estado (Fracción V de la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado) e invocan el derecho internacional, nacional y local, como se muestra en el preámbulo de una resolución del mediador del Juzgado de Huehuetla, Puebla:

> … vienen ante la fe del suscrito sin coacción alguno y en ejercicio de sus derechos con el fin de que se levante la presente **ACTA DE ACUERDO JUDICIAL**, bajo los siguientes hechos y con fundamento en lo dispuesto por los artículos del Convenio 169 de la OIT sobre sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 13, 14, 18; los artículos 2 Constitucional apartado "A" fracción I, II, V, VII; así como 7, 8, 9, 10, 11, 12 fracción I y VII, 13 fracción I, II, V, VI de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Puebla; los preceptos 833, 861 y 862 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Puebla y demás preceptos jurídicos.

Desde la mirada jurídica, la certeza jurídica de sus resoluciones se materializa en las Actas de Acuerdo Judicial, que se institucionalizan con la firma de jueces o mediadores y con el sello oficial del Tribunal Superior de Justicia del Estado,

10 Se entiende por pluralismo jurídico el que en un sólo espacio geopolítico y Estado se tengan condiciones de igualdad, plena vigencia y aplicabilidad de dos o más sistemas jurídicos. Los Sistemas Jurídicos Indígenas frente al Derecho Estatal en México. Una Defensa del Pluralismo Jurídico. Orlando Aragón Andrade.

impactando positivamente en la comunidad al saber que sus autoridades tradicionales son autoridades formales. Previo a la resolución, está el proceso de administración de justicia los Juzgado Indígenas, que es el resultado de una mescolanza dos sistemas jurídicos, sintetizado de la siguiente manera:

1. Presentación de los usuarios ante jueces o mediadores, el acto consistente en platicar detalladamente el conflicto en lengua materna (Sistema Indígena).
2. Los funcionarios de los juzgados emiten un citatorio a la contraparte, redactado en español (Sistema del Estado).
3. Las partes acuden a los juzgados indígenas y dialogan entre ellas en presencian del juez, mediador o mediadora, quienes participan ejemplificando en otros casos (Sistema Indígena).
4. Las partes firman actas de acuerdo (Sistema del Estado).

Este proceso de administración de justicia se ha reproducido desde la creación de los Juzgados Indígenas en 2002, y ha resultado ser eficaz. Se ha documentado la productividad con datos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, así como de informes mensuales que proporcionaron los Juzgados Indígenas. En la siguiente tabla se aprecia su productividad:

Tabla 2. Número de asuntos que resolvieron los juzgados indígenas de Puebla periodo 2005-2013-2019

Juzgados	Años										Total
	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2019	
Pahuatlán	499	1 369	872	169	0	0	0	0	746	0	3 655
Cuetzalan del Progreso	576	362	143	166	515	2 306	2 909	607	3 707	2 252	13 543
Huehuetla	411	507	387	427	356	456	863	792	1 055	2 676	7 930
Quimixtlán	2 626	1 312	201	253	453	287	96	0	144	0	5 372
Tlacotepec de Porfirio Díaz	0	50	18	23	44	71	73	85	128	457	949
Total	4 112	3 600	1 621	1 038	1 368	3 120	3 941	1 484	5 780	5 385	31 449

Fuente: elaboración propia con datos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla. Disponible en: http://www.htsjpuebla.gob.mx/secciones/estadisticas/j-pim.php y con informes proporcionados por los Juzgados de Cuetzalan, Huehuetla y Tlacotepec de Porfirio Díaz.

Lo anterior nos permite observar la eficacia y productividad de los juzgados indígenas poblanos, sin embargo, en Puebla como en casi todas las entidades federativas, los sistemas normativos indígenas no son reconocidos desde el enfoque del pluralismo jurídico.

Resultados y Discusión

En México el problema del reconocimiento de la diversidad jurídica puede entenderse a partir de la negación de que en las comunidades existen normas, principios, autoridades, procedimientos, sanciones, cosmovisión, que regulan su vida interna o que son utilizadas para la solución de conflictos y que en su conjunto integran el sistema normativo indígena (ONU, 2003: 36). La negación se agrava cuando viene de parte de los ejecutores de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, sumando la ambigüedad de las normas y la impericia individual de funcionarios públicos.

En Puebla la negación de los sistemas normativos indígenas se encarnece a través de la desestimación de las actividades y funciones de los jueces titulares de los Juzgados Indígenas. La impericia la encabeza el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado al ignorar por más de cinco años las demandas de emitir los nombramientos a los jueces y juezas nombradas por las comunidades, de permitir el acercamiento entre el Tribunal y Juzgados Indígenas[11] para compartir su forma de trabajo y productividad, y el pago de compensaciones económicas para los cinco juzgados[12].

La ambigüedad de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley Orgánica Municipal (LOM) ha originado que el TSJE omita el pago de salarios a los funcionarios de los Juzgados Indígenas, a pesar de que forman parte de la estructura del Poder Judicial, éste debiera incluir los salarios en el presupuesto anual; sin embargo, para el nueve de septiembre de 2019 el Presidente del Tribunal desconocía información básica de los

11 Los Juzgados Indígenas comprende a jueces, mediadores y mediadoras, consejeras de mujeres, asesores jurídicos indígenas y escribientes de los Juzgados de Cuetzalan, Huehuetla, Tlacotepec de Porfirio Díaz, Quimixtlán y Pahuatlán.

12 Con fecha nueve de septiembre de 2019 el Juzgado de Huehuetla solicitó por escrito al Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado Héctor Sánchez Sánchez. El primer encuentro, resultado de las solicitudes escritas de los Juzgados Indígenas al Tribunal se realizó el 30 de septiembre de 2019, en las instalaciones del Tribunal entre el Secretario de Acuerdos de Tribunal Superior de Justicia del Estado en representación del Presidente del Tribunal y los jueces de Cuetzalan y Huehuetla y la que suscribe.

juzgados, como el número de juzgados, su ubicación, el nombre de los jueces y las relaciones con las municipios y sus autoridades. Por otra parte, la justicia municipal está a cargo de los juzgados menores, de paz, calificadores y agentes subalternos del Ministerio Público (artículo 215, LOM), figuras diferentes a los Juzgados Indígenas, en consecuencia los municipios no están obligados a pagar a los Juzgados Indígenas, sino que en algunas ocasiones aportan gratificaciones a los jueces de Cuetzalan, Quimixtlán, Tlacotepec de Porfirio Díaz y Pahuatlán.

La negación de los sistemas normativos indígenas también es originada por un profundo desconocimiento de la cosmovisión indígena, por la desestimación de las culturas originarias, que alcanza en este caso a los ejecutores del sistema de justicia del Estado. Esta negación impide una integración entre ambos sistemas jurídicos, no basta con la existencia del marco jurídico, sino se establece un diálogo verdadero que permita la interacción y no la subordinación de los sistemas indígenas.

En Puebla el proceso de reconocimiento de la justicia indígena tiene detrás el aporte e intervención de las ciencias sociales, los estudios de corte etnográfico, sociológico y jurídico que se han realizado de los Juzgados de Cuetzalan, Huehuetla y Tlacotepec de Porfirio Díaz, a tal grado que los Juzgados consideran a las distintas investigaciones de licenciatura y de posgrado de diferentes instituciones como una de sus fortalezas denominándolas: asesoría académica.

Las investigaciones y talleres previos forman parte de los insumos y los investigadores las vías de difusión y el vínculo entre Juzgados Indígenas y el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla (TSJEP), para hacer la propuesta de reconocimiento de los sistemas normativos indígenas: nahuas, totonacos, mazatecos, mixtecos, otomís, zapotecos, popolocas y tepehuas en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla. A esta propuesta se han sumado la intervención de la Secretaria General de Gobierno, el Instituto Poblano de los Pueblos Indígenas, la Dirección General de Ejecución de Sanciones y Medidas, la Dirección General de Defensoría Pública en Materia Penal, y de la Diputada Presidenta de la Comisión de Procuración y Administración de Justicia del Congreso del Estado de Puebla.

El interés de las instituciones de gobierno derivó del acercamiento personal con los funcionarios de los Juzgados Indígenas, la producción y la eficacia de éstos. La impericia gubernamental disminuyó al conocer de voz de los científicos sociales

el resultado anteriores investigaciones[13]. Resultado de las reuniones, se acordaron actividades de colaboración entre la Dirección General de Ejecución de Sanciones y Medidas y los Juzgados, en el Programa de Excarcelación de Personas Indígenas Privadas de la Libertad en los Centros de Inserción Social del estado de Puebla, y sean los jueces indígenas quienes apoyen a los liberados a incorporarse a sus familias y comunidades. De la misma forma la Dirección General de Defensoría Pública solicitó que los Juzgados fueran los órganos de solución de conflictos extrajudicial en materia de reparación de los daños, resultantes por la comisión de delitos, sin embargo, está colaboración depende de la voluntad y disposición del TSJEP, al reconocer a los Juzgados Indígenas como Juzgados de Primera Instancia.

Entonces, no se debate la legalidad y legitimidad de los Juzgados Indígenas, ya que son instituciones asistidas desde el Derecho Internacional y Local, y al ser autoridades nombradas y reconocidas desde el seno de las comunidades, bajo los sistemas de cargos civiles y religiosos, la discusión se centra en el reconocimiento de la eficacia, legalidad y productividad de las resoluciones de conflictos intercomunitarios que conocen y resuelven los Juzgados Indígenas, y que se materialice en la Ley Orgánica del Poder Judicial, eliminando todo tipo de subordinación de los sistemas normativos indígenas sobre el sistema normativo que surge del proceso legislativo.

El TSJE fue la primera entidad en conocer la propuesta de reconocimiento de los sistemas normativos indígenas[14] por lo que sería inadmisible un argumento de desconocimiento de la propuesta y funcionalidad de los Juzgados Indígenas. Para la procedencia del reconocimiento es necesario que el TSJEP deje el papel de adversario de los Juzgados Indígenas y los considere sus aliados, ya que estos conocen y resuelven

13 Investigadores, estudiantes de licenciatura, maestría y doctorado de instituciones del CIESAS, BUAP, UACH, UIEP.

14 Resultado de la reunión que se sostuvo en las instalaciones del Poder Judicial del Estado de Puebla con fecha el 9 de marzo de 2019, en la que estuvieron presentes el Presidente del Poder Judicial del Estado de Puebla, los jueces de Cuetzalan, Huehuetla, Quimixtlán y Tlacotepec de Porfirio Díaz, el Instituto Poblano de los Pueblos Indígenas y la autora del presente artículo. En la que se acordó que se presentaría la propuesta al Presidente del Tribunal para incluirla en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial. La propuesta fue enviada en tiempo y forma como lo acordado, sin embargo, fue el único contacto que se tuvo con el Magistrado Presidente del Tribunal, ya que las reuniones posteriores fueron canceladas y posteriormente ignoradas.

asuntos que corresponden a materias civil, penal, familiar, agrario, mercantil, notarial[15], además, sus resoluciones se equiparan a la justicia restaurativa[16].

Para que se efectúe una verdadera integración entre los sistemas normativos de administración de justicia en Puebla, se debe reconocer la existencia de los sistemas jurídicos indígenas de cada pueblo, es decir, se debe reconocer la existencia de sus normas, procesos, validez y efectividad. Como lo señaló Ordoñez Cifuentes, la única salida sensata, civilizada, duradera y estructural a la coexistencia de culturas jurídicas diferentes en un mismo territorio es el diálogo. Se requiere que el diálogo se realice desde la interculturalidad, que permita encauzar el respeto a cada cultura jurídica, al reconocer lo que a cada una le es propio, lo que las complementa y sobre todo lo que las opone, se trata de escuchar al otro y acordar con él las normas comunes de convivencia respetuosa, tolerante y solidaria, es decir, ninguna concepción jurídica es superior a las otras (Ordoñez, 2000:94).

Conclusiones

En México, las personas, pueblos y comunidades indígenas viven la negación del diálogo por parte del Estado, la negación de la existencia de sus derechos, la imposición del derecho emanado por el proceso legislativo, el desconocimiento de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, la falta de aplicabilidad de jurisprudencias y resoluciones de Tribunales Federales en favor de los derechos indígenas, además de la impericia de funcionarios públicos que tienen en sus manos la ejecución de las normas que reconocen los derechos individuales y colectivos de las personas y pueblos indígenas, agudizan la brecha entre el Estado de Derecho y la realidad de las comunidades indígenas.

En materia de administración de justicia el diálogo entre los distintos Sistemas Normativos Jurídicos ha sido vetado por el Sistema de Justicia dominante, coloca en

15 La información puede profundizarse en la investigación para obtener el grado de Maestría en Ciencias, en Estrategias para el Desarrollo Agrícola Regional del Colegio de Posgraduados, Camus Puebla, denominada: Eficacia de los Juzgados Indígenas en la Administración de Justicia: caso de Huehuetla, Puebla (2011).

16 La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Hay muchos términos que se usan para describir el movimiento de justicia restaurativa. Estos incluyen, entre otros, los de "justicia comunitaria", "hacer reparaciones", "justicia positiva", "justicia relacional", "justicia reparadora", y "justicia restauradora". Para mayor información consultar Manual sobre programas de justicia restaurativa preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

líneas paralelas a sus operadores y administradores de justicia; en Puebla los titulares de los Juzgados Indígenas, han buscado construir este diálogo con el Poder Judicial del Estado, con el fin de lograr la igualdad entre sistemas a partir del reconocimiento de la eficacia, legalidad y productividad de sus resoluciones, el diálogo se trunca por la impericia del Poder Judicial; de lo contrario, si mostrara voluntad y disposición para cerrar la brecha se haría sin obstáculos, debido al andamiaje jurídico que respalda la propuesta.

El reconocimiento de la justicia indígena en Puebla es un reto para los operadores del derecho indígena, una lucha que no solo se puede ventilar en el proceso legislativo, sino a través del amparo del Poder Judicial Federal, como otras luchas indígenas que se han dado en el país, en donde los investigadores se vuelven actores dentro de estas luchas, sin duda a los Juzgados Indígenas les asiste el derecho de ejercer su autonomía en la administración de justicia.

Literatura citada

Aquino, M. (2019). Comunicación personal, 20 de julio de 2019.

Código Nacional de Procesos Penales

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2019). *Informe Anual de Actividades 2019: Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Indígenas en Reclusión*. Recuperado de http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30097

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cruz, R. E. (2018). El Derecho Indígena como impulsor del Pluralismo Jurídico en el Derecho Mexicano. *Dialogo Andino* N° 59, pp.131-142.

Escalante B. Y. (2009). Derechos de los pueblos indígenas y discriminación étnica o racial Yuri Escalante Betancourt. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Cuadernos de la igualdad, núm. 11 disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/20%20_CI011_Ax.pdf

Gamboa, M. C. y Gutiérrez S. M. (2002). Derechos indígenas: estudio teórico conceptual, de antecedentes e iniciativas, presentas en la LIX Legislatura y en los dos primeros años de ejercicio de la LX Legislatura. (Primera Parte). Cámara de

Diputados LX Legislatura. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-14-08.pdf

González, S. (2020). Comunicación personal, 11 de noviembre de 2020.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª/J.125/2017 (10ª), diciembre de 2017.

Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 20/2014. Quinta época. 24 de septiembre de 2014.

Méndez, N. (2019). Comunicación personal, 20 de julio de 2019.

Muñiz, D. C. y Marín, M. V. (2016). La jurisdicción constitucional indígena en Oaxaca". *Prospectiva Jurídica*. México, UAEM, año 7, número 14, julio diciembre 2016, pp. 61-90.

Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos México. (2008). *El reconocimiento legal y vigencia de los Sistemas Normativos Indígenas en México*. Disponible en https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/sistnorm.pdf

Ordoñez, C. J. E. (2000). *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT, IX Jornadas Lascasianas*. José Emilio Rolando (compilador), Ciudad de México, y Universidad Nacional Autónoma de México.

Organización de Naciones Unidas. (2003). *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Misión a México. 23 de diciembre de 2003. E/CN.4/2004/80. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Pérez, F. (2019). Comunicación personal, 20 de julio de 2019.

Pérez, Ruiz. (10 de agosto de 2015). Santiago Quiavicuzas, primera comunidad que ejerce Derecho Indígena en México. *Oaxaca Media*. Recuperado de Elisa Ruiz Hernández recuperado de http://www.oaxaca.media/politica/politicaygobiernos/santiago-quiavicuzas-primera-comunidad-que-ejerce-derecho-indigena-en-mexico/

Sierra, M.T. (2005). Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-11.pdf

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª/CLI/2016 (10ª), junio de 2016.

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª/J.125/2017 (10ª), diciembre de 2017.

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación CCXCVI/2018 (10ª), diciembre de 2018.

Tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. LII/2016. Quinta época. 15 de junio de 2016.

Valencia, P. (2019). Comunicación personal, 20 de julio de 2019.

Geocultura y derecho. Apuntes para un diálogo entre la antropología jurídica y la teoría del derecho

Geoculture and law. Notes for a dialogue between legal anthropology and legal theory

Javier Azzali

Resumen

La propuesta de este artículo es reflexionar sobre el concepto de cultura y de geocultura, desde una visión crítica de la teoría general del derecho. La concepción de geocultura investigada por el filósofo Rodolfo Kusch aparece como fundamento para el derecho al territorio, al suelo y al hábitat por parte de pueblos indígenas, campesinos y grupos sociales culturalmente diversos y oprimidos. De esta manera, esta nota intenta aportar a un diálogo desde la teoría general del derecho con la antropología jurídica, que, de prosperar, beneficiaría a las posibilidades de elaborar estrategias de defensa de los derechos de aquellos grupos.

Palabras clave: Cultura; teoría crítica jurídica; geocultura; Kusch; derecho al territorio; diversidad cultural; pluralismo normativo; pueblos indígenas.

Abstract

The proposal of this article is to reflect on the concept of culture and geoculture, from a critical vision of the general theory of law. The conception of geoculture investigated by the philosopher Rodolfo Kusch appears as the support for the right to territory, land and habitat by indigenous peoples, peasants and culturally diverse and oppressed social groups. In this way, this note attempts to contribute to a dialogue from the general theory of law and legal anthropology, which if successful, would benefit the possibilities of developing strategies to defend the rights of those groups.

Key words: Culture; critical legal theory; geoculture; Kusch; right to territory; cultural diversity; legal pluralism; indigenous rights.

Planteo previo

La pertenencia del derecho al ámbito genérico de la cultura también es ampliamente compartida, aunque haya diferencias respecto del contenido de la concepción de ambos términos. Parece consistente afirmar que la concepción de cultura guarda relación directa con la del derecho, aunque esa relación no siempre sea explicitada cuando se habla de cuestiones jurídicas. Detrás de toda cultura jurídica hay una idea de cultura que es, por antonomasia, la visión de la clase dominante, por ser, en definitiva, la cultura correspondiente al modo en que se formula la organización normativa del poder en las sociedades. A la par, podemos entender que esta situación condiciona la producción de una cultura jurídica crítica en la confluencia de dos direcciones: la crítica contra el orden dominante, y la legitimación jurídica de las acciones colectivas de los movimientos populares, sociales y antioligárquicos, ya que esto significa una definición específica de cultura y de derecho.

En primer lugar, orientamos la reflexión hacia una concepción de cultura, su relación con la dominación social y expresión concreta en nuestra Latinoamérica, para luego vincularla con una perspectiva desde la teoría general del derecho (TGD). Tras ello, me propongo precisar la noción de geocultura que nos revelará en sus trabajos el filósofo Rodolfo Kusch, y aportar una visión desde la teoría del derecho. Se trata, de esta manera, de un intento por aportar desde la TGD a la Antropología Jurídica, que redundaría en que la cultura jurídica amplíe su horizonte y fortalezca una idea más democrática del derecho, respetuosa de las culturas indígenas, campesinas y de los grupos sociales culturalmente diversos y oprimidos.

Una concepción de cultura

Por cultura se entiende habitualmente a todas las manifestaciones simbólicas, espirituales, éticas, artísticas, religiosas y, claro, jurídicas, producidas y consolidadas por una sociedad determinada en un específico espacio y tiempo, transmitidas entre generaciones. A partir de esta noción, diferentes disciplinas concurren a su estudio: la antropología, la sociología, las teorías jurídicas y políticas, la historia. La cultura parece ser el nexo conceptual que liga a diferentes saberes que, habitualmente, tienden a presentarse

como visiones fragmentadas de una totalidad social, a la cual sólo podemos abarcar si contamos con un concepto de cultura. Esto vale especialmente para la TGD que necesita para una mejor comprensión de la totalidad del fenómeno social que estudia, del diálogo con aquellos saberes. Además, si algo se entiende, define a un pensamiento jurídico crítico es la comprensión del fenómeno normativo dentro de las condiciones sociales de su producción, de la situación social e histórica ubicada en un espacio y tiempo, situados en un aquí y un ahora específicos.

A partir de ahí las definiciones sobre cultura ensanchan o restringen sus límites según los autores y las corrientes de pensamiento, llegando al caso que para algunos, por cultura se entiende todo fenómeno social, sin que sea posible exigir un consenso en el ámbito de las ciencias sociales. La etimología de la palabra remite a una metáfora agrícola, ya que cultura deriva del latín "*cultus*", que a su vez deriva de la voz "*colere*" que refiere al cuidado del campo y de su cultivo. Resulta interesante para nuestro análisis, ver cómo la etimología de la palabra cultura refiere, de alguna manera, a la idea de suelo. Retengamos esto para cuando indaguemos, párrafos abajo, en la geocultura. Por otro lado, véase como el sentido común liga la cultura con la idea de cultivarse las personas desde las ideas y las ciencias, lo cual facilita una actitud elitista frente a las relaciones sociales, ya que el acceso al cultivo de ideas puede convertirse en un privilegio social sólo disponible para algunos. Por ejemplo, la población se divide según el acceso a los diferentes niveles de educación, llegando al caso del prestigio simbólico con que alardean las elites latinoamericanas por sus estudios en universidades europeas o estadounidenses, pese a la escasa utilidad que habitualmente eso demuestra tener.

La idea de cultura ha sido relacionada desde sus estudios más sistemáticos a partir del s. XIX en Occidente, con la noción de poder y coerción, y la de normatividad, como se ha hecho desde la Antropología (Tylor y Morgan en el s. XIX; Levi Strauss y Malinowsky en el s. XX) y el Psicoanálisis (Freud), en sus más variadas teorías. En caso de Argentina, el filósofo Juan José Hernández Arregui consideraba a la cultura como "la base de la unificación nacional del país sin que se anulen en su seno las oposiciones de clase"[1]. El antropólogo brasilero Darcy Ribeiro describió a las sociedades desde su configuración histórico y cultural, como un proceso de totalidad social dado en un tiempo, espacio y población determinados, con aspectos económicos, culturales,

1 Juan José Hernández Arregui, *La Formación de la conciencia nacional*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1973, p. 47. Juan José Hernández Arregui (Pergamino, 29 de septiembre de 1913 - Mar del Plata, 22 de septiembre de 1974.

políticos, religiosos, jurídicos, etc., en la que proponía tipologías para nuestra región, en relación con las diferentes revoluciones tecnológicas como la mercantil y la industrial[2].

Luis Villoro señalaba como condición necesaria para considerar como nación una asociación humana a la presencia de comunidad de cultura, conciencia de pertenencia, proyecto común, y relación con un territorio. Este autor agregaba que en un mismo país pueden caber formas culturales correspondientes a clases sociales, grupos y comarcas diverso; no obstante, la cultura común de la mayoría de sus miembros constituye "el cemento mismo que los une en una totalidad más amplia"[3]. Ver, sentir y actuar, sintetizaba Villoro sobre la cultura.

Cultura y dominación en Latinoamérica

De las visiones dadas se advierte la existencia de una relación entre la cultura y el modo de organización del poder en la sociedad, lo cual pone el foco de atención en el vínculo entre la cultura y la dominación social; o, como Marx consideraba, en eso de las ideas dominantes en una sociedad son las de su clase dominante. Es decir, la idea central es que a una estructura social de dominación le corresponde una superestructura cultural, para la legitimación, mantenimiento y reproducción de las relaciones de producción existentes. Cuando éste desarrolla en El Capital el proceso histórico de acumulación originaria en el origen del capitalismo en la modernidad europea, resalta cómo se descalificaba a las masas campesinas despojadas de sus tierras, desarraigadas y empujadas por necesidades a las ciudades industriales, por supuesta vagancia[4]. Lo notable de esta observación de Marx es que se trata de un fenómeno similar al que ocurre en Latinoamérica, cuando se atribuyen el fracaso económico y las crisis sociales de nuestros países, a una supuesta incapacidad innata de la clase trabajadora o del pueblo en general, para ocultar las verdaderas causas que están en las políticas impuestas por las elites dominantes.

2 Darcy Ribeiro, *Configuraciones histórico-culturales americanas*. Montevideo/Buenos Aires, Arca/Calicanto,1977. Darcy Ribeiro (Montes Claros, Minas Gerais, 26 de octubre de 1922 - Brasilia, 17 de febrero de 1997).

3 Luis Villoro, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós-Facultad de Filosofía y Letras UNAM, 1999, p. 13. Luis Villoro Toranzo (Barcelona, España, 3 de noviembre de 1922 - Ciudad de México, México, 5 de marzo de 2014).

4 Carlos Marx, *El Capital,* T. I., Cap. XXIV. Siglo Veintiuno Editores. México. 1987. También hay una versión disponible en: http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/eccx86s.htm

Pero este proceso de alienación cultural asume una forma propia en nuestra América Latina, en donde la estructura social es diferente a la de las sociedades nacionales de los centros de poder mundial. En esta, las oligarquías modelan a los países de acuerdo a sus intereses, que consisten en mantener la relación de subordinación económica y financiera con la potencia imperialista compradora de esos productos primarios o dominadora del circuito de especulación financiera, con fuga de capitales y endeudamiento externo, para mantener en el atraso, la miseria y la exclusión a las mayorías populares de las ciudades y del campo. De ahí que esa forma específica de dominación cultural pueda ser denominada como una forma de colonialismo.

La dominación cultural opera principalmente por medio de la identificación de la cultura con los valores universales consagrados por los centros de poder, con exclusión de toda otra cultura. El desprecio hacia las culturas autóctonas, nativas, mestizas, indígenas y por toda manifestación cultural latinoamericana es, así una táctica política de dominación que controlan las cadenas informativas, grandes editoriales, los principales centros académicos, etc. Es decir, junto a la ideología propiamente capitalista, con el fetichismo de la mercancía, donde las relaciones sociales quedan ocultas como si se trataran de una relación entre objetos y cosas, actúa el esquema de civilización y barbarie, donde la civilización es la óptica de las grandes potencias. Este colonialismo cultural es una forma de alienación y desarraigo cultural, una situación más recurrente en los sectores altos y medios de la región, proclives a autopercibirse como extranjeros en su propio país. sin conexión con la realidad de su comunidad, hábitat y lugar, y actuar en contra de sus propios intereses[5]. Esto mismo ha sido señalado para otros países de la región, por otros pensadores, como Frantz Fanon, Enrique Dussel y Lepoldo Zea. Como decía este último, en el dominio de los imperios íbero y el europeo occidental, "lo central fue la expoliación a partir de una supuesta disminución o falta de humanidad de los pueblos"[6]. Lo cual continúa vigente y es la esencia del drama contemporáneo mundial.

Se da respecto de la cultura dominante eso que alguna vez recibió la denominación de una "sabia organización de la ignorancia"[7]; o como dice el historiador León Pomer: "con nuestras palabras: cultura es lo que la sociedad hace de nosotros. Nada de lo que nos sucede y lo que somos es natural"[8].

5 Juan José Hernández Arregui. I*mperialismo y cultura*. Bs. As. Ed Continente. 2004.

6 Leopoldo Zea. *Discurso desde la marginación y la barbarie*. México, FCE. 1992. p. 36.

7 Raúl Scalabrini Ortiz. *Política Británica en el Rio de la Plata*. Bs. As., Ed. Fernández Blanco,1957, p. 11.

8 León Pomer, *La dominación consentida*. Bs. As. Ed. Nuevos Tiempos, 2020. p. 33.

Cultura y teoría del derecho

Como creo se advierte de las concepciones antes dadas, el derecho, en tanto es un discurso organizador del poder, tiene una relación concreta y específica con este proceso de cultura y dominación, por lo que una visión crítica del derecho se sustenta en una visión crítica del orden social impuesto desde la dominación social y el colonialismo cultural. A la vez, se comprende la importancia de desarrollar una concepción histórica latinoamericana de acuerdo a los intereses populares, para cuestionar esa dominación cultural.

Pero avancemos ahora en la relación con la TGD. Las definiciones de cultura se pueden suceder unas a otras sin solución de continuidad, pero todas parecen tener rasgos comunes: la existencia de un determinado grupo social o población dentro de un espacio geográfico en un tiempo histórico específico, en el cual producen eso que se denomina cultura, con el fin de legitimar o cuestionar las relaciones sociales con sus intereses de poder. Respecto del derecho podemos decir lo mismo. Solo que, en vez de cultura, ese mismo grupo o población produce normas. Así, cultura y derecho aparecen como complementarios entre sí, que conviven mutuamente en un espacio, tiempo y respecto de determinada población. También en el derecho existen normas, las más, que consolidan las relaciones sociales de producción establecidas, y otras, las menos, que van en dirección de su cuestionamiento.

En el libro "Teoría del derecho y antropología jurídica", Oscar Correas, después de un desarrollo profundo del asunto, hace visible el componente normativo de la cultura[9]. Las relaciones sociales que describimos como manifestación de la cultura son, en verdad, conductas y éstas son necesarias para la reproducción social, o sea para la supervivencia y continuidad y desarrollo de la propia comunidad, de ahí que "la sociedad deba garantizar que se reproduzcan siempre las mismas conductas"[10], dice el distinguido maestro. De esta manera, las manifestaciones culturales pueden ser vistas como comportamientos motivados en una norma genérica que enuncia el mandato de adecuarse a las pautas culturales. Una determinada costumbre es seguida a lo largo del tiempo porque así se hizo siempre y así debe ser. La Antropología ha sido muy fructífera en investigar en las sociedades antiguas el origen del matrimonio como institución, la prohibición del incesto y la concreción de alianzas entre grupos

9 Oscar Correas, *Teoría del derecho y antropología jurídica*. Un diálogo inconcluso. México. Ed. Coyoacan, 2010. p. 63.

10 Idem.

sociales patriarcales. Desde el punto de vista de la TGD, la cultura puede ser vista como una relación social que tiene un sentido normativo, cuya eficacia, claro está al igual que cualquier norma, varía.

A la vez, las normas son parte de la cultura, al igual que la espiritualidad, la cosmovisión, el uso tradicional del territorio, el uso del idioma, etc. Así, Oscar Correas propone entender a la cultura como el resultado del uso prescriptivo del lenguaje porque ella se compone, en el fondo, de normas que se transmiten a través del lenguaje.

Si tenemos en cuenta que las palabras estado y derecho denotan el mismo fenómeno social de dominación por medio del discurso normativo (una norma es el sentido de un acto de voluntad; donde sentido es ideología y la voluntad, poder), como nos enseñó Oscar Correas que Kelsen decía[11], y cultura es un modo específico de existencia de una relación social normativa, encontraríamos al estado, derecho, cultura y poder como parte de un mismo y único proceso de totalidad social: el de la existencia histórica y concreta de una sociedad determinada, en un espacio geográfico.

Entendemos que, como decíamos al principio, sólo una posición crítica frente al derecho, es decir que haga el esfuerzo de comprender y abarcar la totalidad social del fenómeno normativo, y no sólo un fragmento, es la que está en condiciones de comprender esta relación[12]. Por eso el marxismo mantiene vigencia en tanto se lo entienda como, creo que lo es, un conjunto de categorías e ideas que postulan el develamiento de esta totalidad social, formada por el conjunto de las relaciones sociales de producción en el capitalismo, detrás de las formas ideológicas y jurídicas; tanto en la obra de Marx como en la de otros pensadores que concurren en esa tradición[13]. Con la aclaración, siempre útil, que no nos interesan las ideas en abstracto, sino la comprensión de la realidad social para su transformación, para lo cual nos servimos

11 Cfme. Oscar Correas, *Kelsen y los marxistas.* México. Ed. Coyoacan, 1994. pp. 196-202.

12 La manera de ver la TGD, la cultura jurídica y el estado que postulo pretende, o al menos intenta, basarse en la crítica jurídica latinoamericana, que como bien se dijo alguna vez, "constituye una corriente de pensamiento autónoma...como un aporte del iusfilósofo Oscar Correas, quien con ello da pie a diversos análisis que han hecho necesaria la interdisciplina...que se mira incluso como una contribución a la transformación social a partir de la crítica al derecho dominante". Amanda Villavicencio Peña. *Apuntes sobre la crítica jurídica latinoamericana*. *Crítica Jurídica nro. 38,* julio-diciembre 2017. México. Sobre estas cuestiones diría parafraseando a otros, que, gracias a Oscar, al menos, apenas "soy un gil avivado".

13 Una visión marxista con énfasis en la idea de totalidad social la aporta Karel Kosik, presentado en Latinoamérica por otro marxista, el español mejicano Adolfo Sánchez Vásquez. Kosik postula la necesidad de una visión de totalidad concreta, es decir, comprender al fenómeno social sin fragmentación de la realidad social, en la cual se produce. Karel Kosik, *Dialéctica de lo concreto,* México. Ed. Grijalbo, 1967.

del pensamiento. No se trata de acomodar la cabeza al sombrero, lo cual además podría ser doloroso, sino de éste a la cabeza.

Una concepción de geocultura

Hasta aquí las reflexiones fueron en derredor de la relación entre una concepción de la cultura, la reproducción de la dominación social en los países de situación de dependencia como los latinoamericanos, así como las derivaciones de esto con una visión crítica del derecho. Ahora, recurrimos a ciertos planteos de Rodolfo Kusch[14], para enfocar los asuntos de la apropiación del espacio, hábitat y el suelo, como la tierra y el territorio, desde su concepción propia de cultura y geocultura, relacionarlos con la TGD y la antropología jurídica[15].

Kusch fue un filósofo argentino que dedicó su vida y obra a lo que él denominó una antropología filosófica, por medio de la indagación directa y la vivencia personal en el pensamiento y habla popular, para encontrar categorías suficientes como para evidenciar la existencia de una filosofía propia y original del lugar, situado en el espacio del aquí y el ahora, sin injerencia eurocéntrica. Su lugar de investigación, principalmente, fue la zona andina entre Argentina, Bolivia y Perú, con mucha referencia a la puna jujeña, donde habitan culturas indígenas de origen quechua, aymara, kolla. Para esto optamos por la cita de dos obras suyas: Esbozo de una antropología filosófica y Geocultura del hombre americano, aunque desde ya, sugiero al lector y lectora la lectura de otras obras, como América Profunda (1962), que de seguro será de provecho intelectual[16].

Según este autor, que como buen filósofo cuenta con su propia definición de cultura, por ésta hay que entender "no sólo el acervo espiritual que el grupo brinda a cada uno y que es aportado por la tradición, sino además el baluarte simbólico en el cual uno se refugia para defender la significación de su existencia. Cultura implica una defensa existencial frente a lo nuevo, porque si careciera uno de ella no tendría elementos para hacer frente a una novedad incomprensible"[17]. Es decir, la cultura no

14 Günter Rodolfo Kusch (Buenos Aires, 25 de junio de 1922 - 30 de septiembre de 1979).

15 Si bien Kusch ubicó sus trabajos de investigación dentro de la antropología filosófica, el uso que nosotros hacemos en este trabajo se corresponde más con la antropología jurídica, al ser el centro de la preocupación relacionar derecho y cultura.

16 Rodolfo Kusch. *Esbozo de una Antropología Americana*, Bs. As. Ed. Castaneda. 1991, y Geocultura del hombre americano. Bs. As., Fernando Garcia Cambeiro. 1976.

17 Rodolfo Kusch. *Esbozo de una Antropología Americana*, Bs. As. Ed. Castaneda. 1991, p. 14.

se trata sólo de un acervo, sino sobre todo de una actitud de "defensa existencial frente a lo nuevo", un "domicilio existencial", "una zona de habitualidad en la cual uno se sienta seguro"[18]. Por eso el autor se pregunta acerca de qué ocurre con el hábitat real de un sujeto o grupo étnico, y agrega: "la ecología de un ámbito, así como el hábitat, son recubiertos siempre por el pensamiento del grupo, y éste se encarga de vestir con un paisaje cultural al hábitat en cuestión. En el fondo hay una capturación del hábitat por el pensamiento del grupo, de tal modo que éste acentúa la rigidez cultural"[19].

Kusch sostenía que "esta sobredeterminación de lo cultural tiene dos consecuencias importantes. En primer término desaparece la índole propia del hábitat por cuanto éste siempre está sometido a una cultura...(y) en segundo término, dicha sobredeterminación señala la importancia que el pensamiento del grupo adquiere para comprender todo lo que se refiere al mismo. Se trata de un pensamiento condicionado por el lugar, o sea, se trata de un contexto firmemente estructurado mediante la intersección de lo geográfico con lo cultural"[20].

Así se explican las resistencias a las políticas impuestas desde afuera del grupo, aunque sean realizadas en nombre de su propio bien, como en el caso de las políticas de desarrollo. Dice Kusch: "una propuesta económica se estrella contra el cierre cultural del grupo"[21]. Entiendo que esto mismo puede decirse en relación a la actuación de los tribunales, las órdenes judiciales o las propuestas de los abogados cuando no son admitidas por el grupo al cual van dirigidos, aunque en teoría aparenten ser la mejor opción de asesoramiento jurídico. Por ejemplo, la persona indígena que relata ante el juez que cometió el hecho delictivo porque manifiesta tener una conciencia disidente frente al código penal, mientras el abogado o la abogada -no indígena, claro- le asesoraba que se declarara inocente por falta de pruebas, o procure una declaración de inimputabilidad como disponen los Códigos Penales. O cuando la persona indígena que, pese a hablar el español, prefiere en un juicio sólo hablar en su propio idioma indígena, aunque esto lo perjudique en los tribunales que no cuentan con intérpretes.

Kusch dice más aún: "a nivel metodológico cabe considerar entonces desde un punto de vista geocultural que existen unidades estructurales que apelmazan lo geográfico y lo cultural constituyendo una totalidad difícil de penetrar, a no ser que ella misma

18 Idem.
19 Idem.
20 Ibidem. p. 15.
21 Idem.

unidad proporcione los medios para hacerlo"[22]. No es posible la comprensión del pensamiento por medio de una simple descripción sociológica, sino que el pensamiento es entrecruzado por las decisiones prácticas del grupo frente al medio geográfico, así como por el saber tradicional acumulado por las generaciones anteriores. Esa unidad geocultural, desde la perspectiva de la TGD, sólo puede ser el ámbito espacial de validez de un sistema normativo propio, o sea, está indicando una situación de pluralismo normativo "apelmazada" entre lo geográfico y lo cultural. Lo vemos más abajo.

El autor incorpora la idea de suelo: "la idea de un pensamiento resultante de una intersección entre lo geográfico y lo cultural conduce al problema filosófico de la incidencia del suelo en el pensamiento"[23], y se pregunta: "¿todo pensamiento sufre de la gravidez del suelo?"[24]. Para concluir que el concepto de unidad geocultural "cuestiona de raíz la posibilidad de un saber universal, como es la pretensión de la cultura occidental la que, después de todo, no deja de ser una propuesta cultural particular"[25]. Pero termina con un interrogante que nos sirve a quienes cultivamos en el derecho: "¿qué pasa entonces con una praxis real? ¿qué ocurre cuando enfrentamos a un grupo humano?"[26]. Esto es relevante para el derecho si compartimos la idea que la pregunta por el derecho es acerca de las conductas del grupo involucradas en un conflicto social y no por la mera descripción de textos legales. Y dice: "El pueblo no vive su cultura como un simple entretenimiento, sino como una forma de concretar en una fecha determinada, o en un ritual cualquiera, el sentido en el que internamente descansa su vida"[27]. Así, aquella unidad geocultural formada por el hábitat geográfico y la cultura, y que la TGD observa como el ámbito espacial de validez de un sistema normativo, alterno o no, es la vivencia del pueblo como sentido de su existencia.

También, Kusch señala que: "Ese suelo así enunciado, que no es ni cosa, ni se toca, pero que pesa, es la única respuesta cuando uno se hace la pregunta por la cultura. Él simboliza el margen de arraigo que toda cultura debe tener. Es por eso que uno pertenece a una cultura y recurre a ella en los momentos críticos para arraigarse y sentir que está con una parte de su ser prendido al suelo. (…) De ahí el arraigo, y peor

22 Idem.
23 Idem. p. 15.
24 Idem.
25 Idem.
26 Ibidem. p 19.
27 Idem.

que eso, la necesidad de ese arraigo, porque, si no, no tiene sentido la vida"[28]. Según él, la cultura tiene su existencia entre el suelo y el horizonte simbólico del grupo. El suelo es el molde simbólico en el que vive el grupo, y lo segundo es la proyección en la imaginación que éste le permite.

Además, como dice Kusch, todo esto nos remite a una cuestión de mayor trascendencia aún, como el de la cuestión latinoamericana y la posibilidad de pensar nuestra propia conflictividad social, ya que el problema de América es el de tolerar otras racionalidades quizás para encontrar una racionalidad más profunda "o más próxima a nuestros conflictos"[29]. Por eso, dice: "el requerimiento de habitar es prioritario y que negando éste nos quedaríamos con nada, algo así como el fin de la humanidad. La cultura es entonces prioritaria a la tecnología...Si se discute tecnología sin subordinarla a la cultura, se podría pensar en una forma de imperialismo, porque la tecnología tal como la aceptaríamos pertenece a otra cultura y no a la nuestra"[30]. Hasta aquí la transcripción de Kusch y su concepción de geocultura.

Geocultura y derecho.

Ahora, nos preguntamos acerca de la posible recepción que el derecho tiene respecto de una visión geocultural de la ocupación del espacio (suelo, tierra, hábitat).

Sobre la idea dominante de propiedad

Aquí, por sobre todo, nos encontramos con el derecho real de propiedad como la respuesta que los sistemas normativos dan en nuestros países, respecto de la relación social de apropiación del espacio. Este es el sentido ideológico que la cultura jurídica dominante, propia de las relaciones capitalistas de producción, le otorga a la ocupación del espacio: una relación de propiedad entre una persona y una cosa. Lo que para Kusch es geocultura, para la cultura jurídica dominante es propiedad particular, sea privada,

28 Rodolfo Kusch, *Geocultura del hombre americano*. Bs. As., Fernando García Cambeiro. 1976. p. 110. También, dice: "El pensamiento indígena popular no se comprende sólo con el habla sino también con el "horizonte simbólico" que le viene dado por la comunidad. Pero la indagación sobre el horizonte simbólico lo hace a través del habla, "donde están los resortes que fundamentan su cultura". Idem.

29 Rodolfo Kusch. *Esbozo de una Antropología Americana*, Bs. As. Ed. Castaneda. 1991, p. 136.

30 Rodolfo Kusch, *Geocultura del hombre americano*. Bs. As., Fernando García Cambeiro. 1976. pp. 102 y 103.

pública o mixta, mercancía apta para ser ingresada en el comercio de la compra y venta, para obtener acumulación de capital por parte de su dueño. ¿Es esto otra geocultura? ¿es posible hablar de una geocultura capitalista u oligárquica? La respuesta parece ser que no, que algo así es, en verdad, esa forma de imperialismo que cuestionaba, una tecnología importada, un desprecio a la cultura propia, promovida por los sectores dominantes nativos, las oligarquías.

De todas maneras, lo que sí parece cierto es que la apropiación material de un espacio, como por ejemplo la tierra, se expresa en las relaciones jurídicas, básicamente, bajo la forma jurídica de derecho de propiedad. Normativamente es un tema tratado dentro de los derechos reales, entre los cuales, uno de ellos es el de propiedad, cuyo contenido garantiza el mayor nivel de protección jurídica consagrado.

En Argentina, como en muchos otros países de la región, el sistema normativo establece básicamente dos requisitos para que se le otorgue el reconocimiento de propietaria o dueña de una cosa a una persona, individual o colectiva: el título (o sea, la justa causa por la cual se obtuvo el derecho que puede ser un contrato de compra-venta, una herencia, la prescripción adquisitva, etc.) y la posesión de la cosa por medio de la tradición, la *traditio* en el latín que habla —o balbucea— la cultura jurídica dominante. En forma genérica, el derecho reconoce tres situaciones de relación con la tierra de parte de una persona individual o colectiva: propiedad, posesión y tenencia. La persona, respecto de la primera tiene el reconocimiento de su carácter de dueña, mediante una inscripción en el registro de la propiedad. Respecto de la segunda, no existe esa inscripción pero existe de su parte una exigencia de ese reconocimiento como dueña, en especial frente a los demás, a quienes les podría denominar como intrusos si intentaran despojarla de la posesión. Y respecto de la tercera, la relación con la tierra es la de su utilización, pero reconociendo el carácter de dueña a otra persona.

El sentido ideológico de esta modalización deóntica de las conductas, es el dado por la cultura dominante que se impuso junto a las relaciones de apropiación oligárquica, desde el siglo XIX, que en Argentina son muy fuertes, claros y aún persisten diseminados en la conciencia de gran parte de la población, especial y paradójicamente en sectores medios urbanos. Ahí aparecen mitos culturales sobre el destino natural agroexportador y antiindustrial del país, como "país granero del mundo", el más actual "supermercado del mundo"; el mito de "este país se salva con un par de buenas cosechas", o, menos coloquial, la maliciosa denominación de "retenciones" al ejercicio del derecho de

exportación consagrado en el artículo 4 de la Constitución Nacional. Tenemos, aquí, una manifestación concreta del colonialismo cultura señalado más arriba.

En fin, el derecho de propiedad, como en verdad ocurre en casi todo el mundo, actualmente bajo la influencia capitalista casi en su totalidad, a excepción de la honesta y digna República de Cuba, cuenta con la mayor cantidad de protección normativa existente, una robusta y consolidada mistificación sobre la relación social y material que encubre, y las fuerzas de seguridad a su disposición por orden de un poder judicial oligárquico.

Sobre el derecho al territorio

Dicho esto, nos preguntamos qué pasa en relación a la ocupación de tierras en sus comunidades o territorios ancestrales, o de otras tierras obtenidas tras el desarraigo original, de los pueblos indígenas y campesinos, familias labriegas y agrícolas. En el caso de México, a modo de ejemplo, encontramos que la falta de reconocimiento como ejidos y comunidades agrarias, a comunidades indígenas y campesinas, dificulta el acceso a los tribunales agrarios, y por lo tanto no pueden oponerse a la venta, arrendamiento o servidumbres sobre sus tierras acordadas por parte de las personas registradas como titulares. Pero este conflicto social es extensible, con sus matices, al resto de los países latinoamericanos.

En nuestras sociedades nacionales, en principio, existe un tratamiento normativo diferenciado, al menos en su formulación lingüística, como efecto de las luchas sociales que han llevado a cabo durante décadas sus organizaciones sociales. El derecho a la tierra y al territorio es la designación del sistema normativo, con características diferenciadas del derecho a la propiedad hegemónico, con una referencia a su carácter fundamental para la vida social, cultural, espiritual y para el destino comunitario.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 13 que los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". La Corte Interamericana de Derechos Humanos[31], en relación al derecho al territorio, se ha expresado acerca de "la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad,

31 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf.

supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras"[32]. "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural"[33]. Así podríamos abundar, incluso con jurisprudencia de tribunales nacionales, de México, Colombia, Brasil, Bolivia, Argentina, Guatemala, etc.

En un documento elaborado por organizaciones campesinas de Argentina se lee lo siguiente:

> "Nuestra vida campesina indígena es una cultura ancestral, inseparable del territorio. Allí producimos alimentos sanos para el pueblo, conservamos las semillas, sostenemos una forma de estar en la tierra y aseguramos la soberanía alimentaria de la sociedad. Es una forma de producción y de relaciones sociales, es decir, una cultura. Nuestros territorios pueden ser campos abiertos, comunitarios o individuales, caminos de trashumancia, zonas de pastoreo, aguadas comunes, bosques nativos, zonas de pesca y definirse por diversas formas de uso y convivencia armónica con la naturaleza, en la que desarrollamos nuestras vidas. Si a las comunidades campesinas nos sacaran de nuestras tierras, el efecto negativo sería no sólo sobre nuestra cultura y nuestro modo de vida sino también sobre el derecho a la alimentación de toda la sociedad"[34].

Queda evidenciada de una manera muy clara el modo distintivo de ejercer una ocupación del espacio geográfico, muy diferente al capitalista; no existen el alambrado ni la delimitación territorial porque el territorio es a campo abierto, con zonas de uso común y con la regla de la convivencia armónica con la naturaleza. Se trata entonces

32 En este mismo sentido: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 90; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 131. 135.

33 En este mismo sentido: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118.

34 *Movimiento Nacional Campesino Indígena/CELS. Guía para defender nuestros territorios campesinos indígenas.* Buenos Aires. 2020.

de un modo de vida con componente cultural y normativo, el cual además, cumple una finalidad social para el resto: la producción de alimentos.

La relación espacio y tiempo, cultura y derecho parecen tener expresión en las siguientes palabras: "Nosotros sabemos que somos nativos de esta tierra porque cada paraje tiene nombre y nosotros tenemos derecho de pedir nuestra tierra"[35]. Las toponimias son manifestaciones culturales de una formación determinada, lo cual es, a la vez, evidencia de la apropiación del espacio geográfico por su cultura y por su sistema normativo. Al menos desde una visión de la TGD con la geocultura, sin perjuicio de que quede pendiente indagar acerca de la medida de la eficacia de ese sistema normativo en el territorio.

La conclusión es que sin territorio no hay ni vida social, ni cultura, ni supervivencia étnica; o sea, la extinción del derecho al territorio conduce al etnocidio de esos pueblos. La protección contra este riesgo parece ser el sentido ideológico de la norma del derecho al territorio. De esta manera, esta concepción se identifica bastante con la de geocultura antes expuesta, así como parece la más adecuada para comprender la relación social de apropiación del espacio y territorio, por parte de grupos sociales. Una concepción geocultural comprendería el significado y valor cultural del espacio respecto del grupo habitante, como en los casos del uso tradicional de la tierra, la agricultura familiar, o del uso por recorridos u ocupaciones temporales de culturas indígenas, etc. El territorio sería tanto el suelo en sentido material como en sentido cultural, el arraigo se da tanto en la tierra como en la cultura; dando así lugar a una totalidad formada por la relación específica que el grupo humano con el lugar habitado. Todo esto coincide con la protección normativa del derecho al territorio, tal cual recién expresado, aunque es opuesto con la formulación del derecho a la propiedad particular en los códigos civiles y comerciales.

Nos podemos preguntar para las grandes ciudades, ¿qué pasa con una familia o grupos de familias que son desalojadas de una "casa tomada", por orden judicial? ¿Qué pasa con sus vidas cuando son arrojadas a la calle con nada más que sus muebles, ropas y utensilios? ¿A dónde van a vivir, cómo continúan sus vidas, sus trabajos para vivir, la escuela de los chicos? ¿No se desarticulan el conjunto de usos y costumbres que son parte de la totalidad de la vida de las personas? ¿Y qué pasa con el desarraigo del barrio y la comunidad? ¿Son estas preguntas relevantes para tomar una decisión judicial de desalojo? Para la cultura jurídica dominante todas estas son reflexiones

35 Testimonio de Sixto Barroso, persona del pueblo indígena *wichí*, Carlos Martínez Sarasola, *Toda la tierra es una sola alma*, Bs. As., Ed. Del nuevo extremo, 2014, p. 82.

ajenas a las cuestiones jurídicas. El desalojo provoca un quiebre total en la vida de las personas y las familias, que sólo es posible comprenderlo desde una visión integral y de totalidad de las relaciones sociales. Desde una concepción geocultural diríamos en línea con Kusch. No hay una relación entre cosas (el propietario con el inmueble registrado a su nombre) sino una totalidad de relaciones sociales, en las que el quiebre cultural producido tiene el efecto desgarrador de quien sufre el quiebre del suelo mismo.

La ocupación del espacio por un grupo, como la ocupación territorial, no se comprende en los límites que el derecho describe como derecho de propiedad o de tenencia, ni tampoco calificándola como usurpación, sino que es mucho más; se trata de la existencia de la cultura y la vida social. La ocupación que se produce cuando se ejerce este derecho significa considerar al hábitat como una unidad entre los espacios geográfico y cultural al mismo tiempo y lugar, de modo que serían uno solo. Esta concepción geocultural influye sobre el contenido del derecho al territorio, en su aspecto ideológico, en particular sobre el significado que le damos a las palabras "territorio", "hábitat", "suelo", "tierra" y "espacio".

El sentido ideológico tradicional del término derecho al territorio está condicionado culturalmente por la visión capitalista o mercantil, en donde predomina la idea que se trata de una relación sujeto-cosa como la que se da en el derecho a la propiedad privada. Es más, aquél es comprendido como una extensión de éste. La relación entre un grupo y la tierra, suelo o espacio que ocupa, es observada en su aspecto económico productivo, mercantil, de puesta en valor inmobiliario o financiero, o solamente en la posibilidad de disponer libremente de su uso para el ocio de la clase alta o media urbana.

La existencia de un pueblo tiene arraigo en la cultura tanto como en el hábitat compuesto por la tierra, el barrio, la comunidad. Ambos componen el suelo, en un sentido material, uno, y en un sentido simbólico o ideológico, el otro, a partir del cual el pueblo desarrolla su existencia. La lucha por el territorio es, al mismo tiempo, la lucha por la cultura y el derecho, o sea, por la existencia del sujeto colectivo.

Así, si se admite la perspectiva geocultural, la TGD tiene que reconocer la presencia de una situación de pluralismo normativo. Ésta es entendida como la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio. Como dice Correas, "que «pretenden», pues es una cuestión de hecho, que debe dejarse a la Sociología o la Antropología si consiguen o no eficacia"[36].

36 Oscar Correas. "La teoría general del Derecho frente a la Antropología política". *Revista Pueblos y fronteras* v. 6, n. 11, junio-noviembre 2011, pp. 89-115.

Lo que ocurre, posiblemente, sea aquello que advirtió Correas de la falta de "prestigio" de los sistemas normativos de comunidades indígenas respecto del derecho estatal. Se trata del peso del prestigio que la cultura dominante otorga a la propiedad privada frente a la propiedad comunitaria indígena o campesina. Así, podemos decir, la forma de vida campesina, esa cultura ancestral inseparable del territorio, carece de prestigio frente a las formas de la propiedad privada. Más aún la realizada por familias en una "casa tomada". Y este prestigio, que en rigor se trata de la atribución de una minusvalía o disvalor, parece tributaria del esquema cultural de civilización o barbarie, donde la cultura dominante le da el carácter de bárbaro a formas de vida social opuestas o diferentes, para establecer una injusta inferioridad; como en el caso de la ciudad sobre el campo, el occidente contra las culturas ancestrales o tradicionales, del ser blanco contra el mestizo, indígena, gaucho, negro, mulato, etc. Estamos en terreno de una profunda disputa por el sentido ideológico del derecho que atraviesa toda nuestra historia latinoamericana.

El ejercicio del derecho al territorio y al espacio es una manifestación de la cultura del sujeto colectivo que lo ocupa geográficamente, que se lo apropia tanto material como simbólicamente. Y esta apropiación no puede ser más que el cumplimiento de una norma que así lo dispone hacer, dando lugar también a una apropiación normativa del territorio por parte de la comunidad, grupo o familias. Más aún, al ser territorio un concepto cultural y normativo, éste es constituido como tal en el mismo acto de la apropiación material del espacio. Podemos preguntarnos, entonces, ¿qué viene primero, la apropiación simbólica o la material?

Últimas reflexiones

El caso concreto de Argentina muestra un panorama complejo, al observar la evolución social demográfica en relación a la cultura (o geocultura) y la TGD. La población urbana pasó de ser el 72 % del total en 1960, al 92,5 % en 2020; a la par que la gran concentración urbana en el área metropolitana de Buenos Aires, en donde habita el 37 % del total del país, configura una desigualdad demográfica, política, económica y social. Esto se combina con una aceleración del proceso de concentración de la tierra y extranjerización, promovida por la especulación financiera sobre el cultivo de soja y otros *commodities*, por el cual las elites terratenientes y financieras aliadas se apropiaron de territorios por medio de la expulsión de poblaciones rurales, desalojo

de comunidades indígenas, campesinas y familias labriegas, sumado a la dependencia de los agricultores, pequeños, medianos y grandes, de las multinacionales, por el uso de las semillas transgénicas. Para la clase dirigencial argentina, este es un proceso que, o se mantiene oculto, o se lo naturaliza como inevitable.

Pero lo cierto es que la apropiación social de la tierra por las elites, los aglomerados urbanos, la concentración, extranjerización y la expulsión de grupos sociales, configuran un quiebre cultural en la sociedad, ante el cual una visión crítica del derecho puede legítimamente preguntarse, ¿quién o quiénes son los productores de las normas, el estado o las elites dominantes? O dicho de otra manera, ¿quiénes detentan el poder en el país y lo organizan a su manera?

Para terminar este artículo, puede señalarse también que una adecuación de la cultura jurídica a esta visión geocultural, tiene consecuencias concretas en las prácticas judiciales, como para fundamentar la admisión de comunidades sin inscripción de personería, informes periciales o culturales en materia de antropología, intervención de intérpretes, y por sobre todo, un adecuado, pleno y amplio ejercicio del derecho a ser oído.

En fin, el reconocimiento de nuestra propia manera de habitar la región y el mundo, sin la compulsión a la copia o calco de ideologías importadas de los centros del poder mundial, debe ser el hecho principal de nuestro tiempo en Latinoamérica, más frente al oleaje feroz y destructivo del océano que representa la globalización financiera y su extendida dominación cultural.

Literatura citada

Correas, Oscar, Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso. México. Ed. Coyoacán, 2010.

- "La teoría general del Derecho frente a la Antropología política". *Pueblos y fronteras*, vol. 6, núm.11, junio-noviembre 2011, pp. 89-115.

- Kelsen y los marxistas. México. Ed. Coyoacán. 1994.

Hernández Arregui, Juan José, La Formación de la conciencia nacional, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1973

- Imperialismo y cultura. Bs. As. Ed. Continente. 2004.

Kosik, Karel, Dialéctica de lo concreto, México. Ed. Grijalbo, 1967.

Kusch, Rodolfo. Esbozo de una Antropología Americana, Bs. As. Ed. Castaneda. 1991.

- Geocultura del hombre americano. Bs. As., Ed. Fernando García Cambeiro. 1976.

Martínez Sarasola, Carlos, Toda la tierra es una sola alma, Bs. As., Ed. Del nuevo extremo, 2014,

Marx, Carlos, Manuscritos económicos y filosóficos, 1844. Ed. varias.

- El Capital. T I., México. Siglo Veintiuno Editores. 1987.

Movimiento Nacional Campesino Indígena/CELS. Guía para defender nuestros territorios campesinos indígenas. Buenos Aires. 2020.

Pomer, León, La dominación consentida. Bs. As. Ed. Nuevos Tiempos, 2020

Rex González, Alberto. Prólogo a Carlos Martínez Sarasola, Nuestros paisanos los indios, Ed. Nuevo Extremo. Buenos Aires, 2011

Ribeiro, Darcy. Configuraciones histórico-culturales americanas. Montevideo/Buenos Aires, Ed. Arca/Calicanto, 1977.

Scalabrini Ortiz, Raúl. Política Británica en el Rio de la Plata. Buenos Aires, Ed. Fernández Blanco, 1957.

Villavicencio Peña, Amanda. "Apuntes sobre la crítica jurídica latinoamericana", *Crítica Jurídica*, núm. 38, México, julio-diciembre 2017, pp. 213-230.

Villoro, Luis. Estado plural, pluralidad de culturas, México, Ed. Paidós-Facultad de Filosofía y Letras UNAM, 1999.

Zea, Leopoldo. Discurso desde la marginación y la barbarie. México, FCE. 1992.

O CAPITALISMO DA VIOLÊNCIA POR UMA SOCIOLOGIA POLÍTICA DOS NÃO-DIREITOS

The capitalismo of violence for a political sociology of non-Law

Wanda Capeller[1]*

Resumo

O capitalismo da violência do Direito, o capitalismo da violência dos não-direitos e o capitalismo da violência digital constituem as formas mais acirradas do capitalismo contemporâneo, que as envelopa em um capitalismo de tipo emocional para legitimar suas novas racionalidades. Em razão desses novos cognitivismos decorrem novas objetivações e subjetivações do mundo social, que estão em marcha através de processos de aceleração, desaceleração e alienação aos quais estão submetidos os indivíduos, delineando assim novos contornos da dominação nas sociedades atuais. Nesta reflexão, observamos o papel do Estado, do Direito e dos não-direitos enquanto co-constitutivos das políticas neoliberais que alteram a percepção do mundo da vida e das maneiras de nele viver.

Palavras-chaves: Capitalismo, Estado, Direito, Violência, Vigilância.

Abstract

The proposal of this article is to reflect on the concept of culture and geoculture, from a critical vision of the general theory of law. The conception of geoculture investigated by the philosopher Rodolfo Kusch appears as the support for the right to territory, land and habitat by indigenous peoples,

1 Este artigo, revisitado e completado, constitui a base de minha ponencia na XVI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica, México, 4 de octubre 2021.

* Professora Catedrática Emérita em Sociologia e Sociologia do Direito – SciencesPo Toulouse; Professora do Doutorado State, Law and Justice – CES- FEUC, Universidade de Coimbra; Doutorado em Direito e Ciência Política – Université de Picardie (1991); Pós-Doutorado em Sociologia – Université des Sciences Sociales de Toulouse (1996); Investigadora Associada do Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074) CNRS/Université de Paris X; Investigadora Associada do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra; Honorary Fellow do Institute for Socio-Legal Studies da University of Wisconsin (Madison), Honorary Fellow do International Institute of Sociology of Law– Oñati, Espanha; Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (Secção RJ); Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

peasants and culturally diverse and oppressed social groups. In this way, this note attempts to contribute to a dialogue from the general theory of law and legal anthropology, which if successful, would benefit the possibilities of developing strategies to defend the rights of those groups.

Key words: Capitalism, State, Law, Violence, Surveillance.

Introdução

Os sociólogos do direito no século XXI têm como tarefa primordial observar as mutações das dinâmicas do capitalismo contemporâneo e suas correlações com o Estado, o Direito e os não-direitos. Se a "era do estado-nação" coincidiu com a "era do capitalismo", este sistema tornou-se cada vez mais vasto, imbricado e complexo, o que tem transformado as racionalidades do Estado e do Direito, tais como foram construídas na modernidade clássica. Tigar e Levy mostraram as funções do Direito na ascensão do capitalismo[2], notadamente no momento da ascendência da burguesia, que determinou as "regras do jogo na paz burguesa"[3]. Assim, a evolução do capitalismo liberal é simultânea à construção jurídico-institucional[4].

Através das instâncias jurídico-institucionais, o Estado liberal organizou e delimitou em cada sociedade política o espaço livre do *laissez-faire*. Mas a perversidade de seus efeitos levou, no período *avant guerre* (2° Guerra Mundial), o ordoliberalismo alemão da Escola de Fribourg a conceber a ideia de um "liberalismo positivo", necessário para o êxito da 'ordem natural espontânea'. Este tipo de liberalismo precisava da boa vontade da ordem legal para que o Estado pudesse, sem aderir à economia planificada, planificar e regular as atividades econômicas, delimitando, ao mesmo tempo, as esferas dos direitos sociais[5].

Com o advento do anarcoliberalismo da Escola de Chicago, o intervencionismo jurídico tornou-se igualmente indispensável para ajustar o exercício global do poder político aos princípios da economia de mercado com base em uma nova *arte de*

2 Tigar, Michael E., Levy, Madeleine. *O Direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar Ed, 1978.

3 Arnaud, André-Jean. La regla del Juego en la Paz Burguesa. Ensayo de Analisis Estrutural del Codigo Civil Frances, Marcaibo, Universidad del Zulia, 1978. Ed original francesa, Paris, LGDJ, 1978.

4 Foucault, Michel. *Naissancke de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004 p. 169.

5 Idem, pp. 137- 139.

governar. Assim, intensificaram-se as reciprocidades solidárias das relações econômicas e jurídico-institucionais, permitindo ao neoliberalismo sair da égide do *laissez-faire* para controlar, com mais eficácia, as intervenções jurídicas na esfera social[6], através dos processos de desregulação e (re)regulação que desmantelaram os direitos sociais promovidos pelo liberalismo positivo.

O neoliberalismo levou o capitalismo aos seus extremos de violência: derrubou o princípio de soberania dos Estados, fragilizou as instituições estatais e usou a falácia da democracia global que, no terreno, tomou formas de democracia autoritárias e iliberais, que promovem constitucionalismos de exceção[7] e se baseiam na noção híbrida de segurança para produzir hibridações entre direito e não-direitos,

Ao analisar a passagem do liberalismo ao neoliberalsimo, Foucault bateu muito nesta tecla: o Direito é *co-constitutivo* do econômico; o jurídico informa o econômico, que não seria o que é sem o jurídico[8]. Ora, Marx já havia mostrado que a forma jurídica constitui um duplo da forma mercantil[9], e que sua junção gera duas formas de fetichismos - o das pessoas e o das coisas[10]. Mas Foucault, que não é marxista nem liberal, afirma que a ordem jurídica não pode ser reduzida à supraestrutura, ou simplesmente concebida como expressão ou instrumentalização da economia[11]. Constata-se, no entanto, que o Estado neoliberal não deixa de instrumentalizar o Direito quando precisa responder às lógicas do mercado; vê-se também que a ordem legal se submete aos impositivos da "quadri-dimensionalidade do poder "[12], ou seja, dos poderes ideológicos, econômicos, políticos e militares[13].

Outro aspecto do debate Marx *vs*. anti-marx na perspectiva foucaultiana que deve ser revisitado sob a ótica do capitalismo da violência contemporâneo e suas formas jurídicas, refere-se à questão da propriedade, do livre arbítrio e do *Unrecht*, ou seja,

6 Idem, p. 137.

7 Ferreira, A. Casimiro. *Sociologia das Constituições. Desafio critico ao constitucionalismo de exceção*, Porto, VidaEconómica, 2019.

8 Idem, p. 168.

9 Balibar, Etienne. « L'anti-Marx de Michel Foucault », *Marx & Foucault. Lectures, usages, confrontations*. Paris, La Découverte, pp. 84-102 (p.97).

10 Ibid. eod. loc.

11 Idem, p.168.

12 Mann, Michael. «La fin est sans doute proche, mais pour qui ? ». Wallerstein, Immanuel, Randall Collins, Michael Mann, Derluguian, Georgi, Calhoun, Craig. *Le capitalisme a-t-il un avenir ?* Paris, La Découverte, 2014, p. 294.

13 Ibid. eod. loc.

da negação do Direito, das ilegalidades e das penalidades. Balibar[14] mostrou que, para Marx, a noção de propriedade é central, a apropriação e alienação sendo os elementos constitutivos da propriedade e do livre arbítrio. Mas este autor situa o *Unrecht* fora das formas jurídicas e de sua eficácia intrínsica no capitalismo[15]. Por sua vez, Foucault relativisou a questão da propriedade ao considerá-la apenas como uma a mais das instituições sociais que dão suporte às práticas de normalização; quanto ao *Unrecht*, esteve mais interessado em saber como as diversas formas de negação do direito são exercidas[16] na sociedade moderna.

O capitalismo da violência neoliberal acelera os processos de apropriação, acúmulo de capital e alienação[17]. Se a aceleração e a desaceleração[18] ocorrem de maneira simultânea, os processos de acumulação do capital acelerados favorecem as elites que ocupam postos de comando políticos e financeiros, e os indivíduos que vivem em países ricos[19]. A desaceleração dá-se mais nas esferas de redistribuição dos bens sociais. Assim, também os ilegalismos penetram a esfera dos legalismos (crise financeira de 2008), e as penalidades sociais se estendem em escala global (crise pandêmica). Se alguns consideram o capitalismo como um formidável produtor de riquezas, o fato é que este sistema produz um profundo "mal-estar" social, impedindo a realização de uma "vida boa", como clamam Judith Butler e Harmtut Rosa, ou pelo menos de uma "vida decente", da qual nos fala há muito Boa Santos[20].

Surge, então, um questionamento sobre o futuro do sistema capitalista e as alternativas a ele possíveis[21]. Interroga-se o papel do Estado e as funções do Direito, o primeiro porque adquiriu o caráter de Estado-funcional que custeia as despesas de infraestrutura das empresas e serve de para-raio aos efeitos de distorção da acumulação

14 Ibid. eod. Loc.

15 Ibid. eod. Loc.

16 Idem, p. 98.

17 Rosa, Hartmut. *Aliénation et acceleration. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2014.

18 Rosa, Hartmut, *Aliénation et acceleration. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, op¸-cit, pp. 44-51.

19 Wallerstein, Immanuel, Randall Collins, Michael Mann, Derluguian, Georgi, Calhoun, Craig. Le capitalisme a-t-il un avenir ? Op.,cit., p. 285.

20 Ver Butler, Judith. Qu'est-ce que une vie bonne?Paris, Rivage Poches, 2020 ; Rosa, Hartmut, *Aliénation et acceleration. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, op¸cit, ; Santos ? Boaventura de Sousa, Conhecimento prudente para uma vida decente, Porto, Ed. Afrontamento, 2003.

21 Wright, Erik Olin. *Utopies possibles*, Paris, La Découverte, 2017.

do capital; o segundo, porque nele instalaram-se direitos de exceção permanentes, e formas jurídicas híbridas que englobam direitos frágeis e não-direitos solidificados.

Não podemos adentrar o debate sobre o fim ou não do capitalismo, nem tampouco examinar as alternativas a este modelo econômico (e de vida) que foram percebidas por Olin Wright como "utopias reais" a serem projetadas em um cenário pós-capitalista[22]. Nosso objetivo é analisar, no capitalismo tardio, as formas desumanizantes da dominação social e os processos de *objetivação e subjetivação* dos seres humanos que evidenciam as novas modalidades do capitalismo totalitário. Esses novos modos de *objetivação e subjetivação* normativas podem ser observados pelo prisma da teoria crítica da aceleração, elaborada por Hartmut Rosa. Representante da terceira geração da Escola de Frankfurt, este autor revisitou os conceitos de aceleração (que faz parte da essência da modernidade) e de alienação, ambos podendo ser aplicados a muitos fenômenos sociais atuais[23].

Ao denunciar as distorções da comunicação e do reconhecimento social, Rosa analisou as formas mais severas de alienação resultantes da tensão entre três forças de aceleração - a aceleração técnica, a aceleração das mudanças sociais e a aceleração do ritmo de vida. Segundo ele, subjacente a essas tensões existe a "força silenciosa das normas", que exerce uma pressão uniforme sobre os sujeitos modernos. Assim, o silêncio das normas integra-se como "dado natural" na vida social. A naturalização sub-reptícia das normas encontra na alienação sua condição e resultado, o que caracteriza o totalitarismo da aceleração[24].

A dimensão técnica desses processos supõe a aparição de um novo regime espaço-temporal da sociedade[25] que impacta de maneira imperceptível, através de regimes normativos, a vida das pessoas[26]. Os imperativos sistêmicos das normas, coerções e regulações são impostos por regimes temporais de dominação que interligam os níveis macroscópicos e microscópicos, orientando as ações dos indivíduos com o intuito de torná-los compatíveis com os sistemas de dominação. Mas é importante sublinhar que não existe um único e universal modo de aceleração[27].

22 Wright, Erik Olin, op. cit.
23 Rosa, Hartmut, op. cit., pp 14-17.
24 Idem, pp. 57-58.
25 Idem, p. 19.
26 Idem, pp. 8-9.
27 Idem, p. 16.

A partir dessas abordagens teóricas, propomos examinar as relações do Estado, do direito e dos não-direitos à luz dos processos de aceleração e desaceleração de três formas capitalísticas contemporâneas - o *capitalismo da violência do Direito, o capitalismo da violência dos não-direitos e o capitalismo da violência digital.*

O capitalismo da violência do Direito

Quando os princípios da regulação econômica determinam os princípios da regulação social, a violência do capitalismo lança mão da violência do direito. À luz da filosofia do direito e da teoria política do Estado, Benjamin examinou, em seu artigo "Para a crítica da violência" (1921)[28], as relações da violência com o direito e a justiça. Neste texto enigmático (e quase esotérico) que trata das relações entre a política e a vida, a violência é analisada como um elemento fundador do direito e das relações sociais.

Segundo este autor, para o direito natural – que fundou ideologicamente o terrorismo da Revolução Francesa – a violência é um dado natural, comparável a uma matéria prima, somente constituindo um problema quando serve a fins injustos; ou seja, a visão natural da violência se refere à questão dos fins, sejam eles justos ou injustos. Na concepção positivista do direito, a violência deve ser vista como um dado histórico adquirido e deve ser entendida pelo prisma da legitimidade dos meios que utiliza.

Ou seja, o positivismo exige a justificação da origem histórica de cada forma de violência, que para ser legitimada depende das condições específicas nas quais se manifesta. Assim, para Benjamin, a questão da legitimação da violência deve ser colocada em sua relação com os meios utilizados pela violência[29], e por esta razão este autor excluiu do debate a questão dos fins justos ou injustos da violência. Isto é, não se deve julgar a violência de uma ação pelos seus fins ou consequências, mas somente pelos meios que utiliza[30].

Tratando-se do uso da violência pelos sujeitos de direito que visam a obtenção de "fins naturais", Benjamin afirma que "todo o fim natural das pessoas individuais colidirá necessariamente com os fins do direito, se sua satisfação requer a utilização,

28 Benjamin, Walter. *"Para uma crítica de la violencia y otros ensaios",* Iluminaciones IV, Buenos Aires: Taurus, 2001, 3° ed.

29 Idem, pp. 24-25.

30 Idem, p. 36.

em maior ou menor medida, da violência"[31]. Essa afirmativa remete à ideia de que a ordem legal encontra-se em perigo quando a violência não é exercida pelas instâncias do Direito, não por causa dos fins que busca alcançar, mas porque este tipo de violência se encontra fora do direito[32].

No que diz respeito aos processos de fundação do Direito, a violência tem uma dupla funcionalidade: por um lado ela permite a criação de *direitos* que o Direito aspira implantar; por outro, em nome do Poder, o Direito não renuncia à violência por estar intrinsecamente a ela ligado[33]. Por isso, nenhuma forma de violência prevista no direito natural ou positivo pode desvincular-se da problemática da violência do direito[34]. Daí resulta que a violência intervém em toda relação de direito, seja como *violência mítica* - fundadora e conservadora do direito -, seja como *violência divina*. Contrariamente à primeira, esta última é um tipo de violência pura, destruidora de direitos, que golpeia, aniquila e "ataca vinda do nada"[35], apresentando-se, então, como um *acontecimento*[36] de caráter redentor e emancipador.[37]

No neoliberalismo antissocial, a ordem jurídica atua em duas direções: uma voltada para o reconhecimento de direitos categoriais que dizem respeito a categorias específicas da população; outra orientada para o não-reconhecimento dos direitos sociais. Assim o neoliberalismo re-significa e dessignifica direitos, dando de um lado e tirando do outro, numa dansa "entre deux chaises" que evidencia as problemáticas da distribuição e do reconhecimento[38]. Na atualidade, a violência do direito se exerce com o desmantelamento das lógicas distributivas de bem estar social, concebidas para contrabalançar os efeitos perversos da economia. É interessante lembrar que no liberalismo clássico existiam dispositivos jurídicos que visavam o "consumo socializado" ou "coletivo", sobretudo nas áreas da saúde, educação, cultura, etc..

31 Ibid.
32 Idid. Eod. loc.
33 Ibid., p. 42.
34 Ibid., p. 38.
35 Zizek, Slavoj. *Violência*. São Paulo, Boi Tempo Editorial, 3° ed., 2016, pp. 157-158..
36 Ibid, p. 41.
37 Benjamin, Walter. Op. cit, p. 41.
38 Fraser, Nancy, Honneth, Alex. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso. . 2003

Mas, a doutrina neoliberal considera que esses mecanismos são destruidores da economia de mercado[39]. As lógicas do mercado são refratárias aos direitos sociais porque sua materialização exige recursos financeiros que, ou não existem, ou a eles não são destinados. Para o Estado neoliberal, a sociedade não deve assumir os riscos de caráter individual, ou seja, os indivíduos devem, para enfrentar os riscos da vida, constituir reservas privadas com seus próprios recursos; essas "políticas sociais individuais"[40] permitem aos indivíduos tornarem-se empresários de si mesmos. Isso, no entanto, não significa a ausência de intervenção do Estado, que não é menos ativa ou menos densa, apenas se manifesta por outros modos, na medida em que a ação do Estado volta-se para a regulação dos mecanismos concorrenciais (2004: 151), No capitalismo neoliberal, a violência do Estado e do direito se exercem para demolir os direitos sociais.

Assim, a violência do neoliberalismo acelera as fraturas econômicas, sociais e culturais dando lugar ao recrudescimento de antigas formas de violências, selvagerias e velhos barbarismos[41]. Cada época histórica conhece um repertório de violências que determina a ação estatal, a produção do direito e as representações que dela fazemos. Na era tardia do capitalismo neoliberal, a violência social e política adquiriu novas feições, o que muda sua percepção e exige a adoção de novos paradigmas que permitam compreender suas manifestações concretas, os sentidos que lhe são atribuídos, os discursos políticos e mediáticos que a elas se referem e as políticas implementadas para combatê-la.

Wivieorka mostra como o Estado contemporâneo está tendo que afrontar simultaneamente formas de violência infrapolíticas e metapolíticas, ambas portadoras de sentido político[42]. As infraviolências atingem a ordem estatal *por baixo* quando geram formas de violência privada geradas pela criminalidade econômica[43] onde, muitas vezes, o próprio Estado está implicado. As violências metapolíticas se elevam para além do político na medida em que são vetores de significações religiosas e ideológicas intransigentes.[44] Neste sentido, o terrorismo é emblemático da violência metapolítica porque é portador de significados políticos profundos e de novas racionalidades

39 Foucault, Michel. Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979, 2004, pp., 147-148.

40 Idem, p. 149.

41 Delpech, Thérèse, *L'ensauvagement. Le retour de la barbarie au XXIe siècle,* Paris, Grasset, 2005

42 Wieviorka, Michel, *La violence*, Paris, Hachette, 2005.

43 Idem, p. 59.

44 Idem, p. 61.

políticas que traduzem os traumas políticos pós-coloniais e a insatisfação dos povos dominados em relação às promessas não cumpridas da modernidade ocidental.

Na realidade, os Estados ignoram que não são mais atores exclusivos da violência[45]. De fato, a transição do modelo 'Estado weberiano' - que concebeu o Estado como detentor do monopólio da violência legítima - para o modelo de 'Estado pós-weberiano'[46] já está em marcha, e é justamente nesta passagem que são originadas as hibridações entre direitos e não-direitos. Surgem, então, os Estados de não-direito, inaptos a lidar com as questões políticas, econômicas e sociais advindas da aceleração de fenômenos violentos globais.

O CAPITALISMO DA VIOLÊNCIA DOS NÃO-DIREITOS: A SOCIOLOGIA DOS MUROS

O capitalismo da violência também se manifesta na questão das migrações globais. As condições predominantes que levam à deslocalização e relocalização de seres humanos relacionam-se basicamente a dois tipos de violência: a violência econômica e a violência das guerras. O capitalismo da violência neoliberal desenvolveu uma empresa de dissuasão colossal ao encontro dos migrantes, como mostra um estudo etnográfico europeu que comparou cidades- fronteiras, cidades-refúgios e cidades-de-encontro *(villes carrefour)* situadas nas ilhas mediterrâneas. O que os autores chamaram de "mar do meio" viu, nesses últimos anos, um aumento drástico do número de mortos, no mar Mediterrâneo, daqueles que tentaram a travessia, evidenciando as falhas das políticas europeias de direitos humanos.

Ressurge, então, o debate sobre o retorno às fronteiras, acentuado pela realidade pandêmica da Covid19. Na União Europeia, no entanto, a abertura interna das fronteiras constituiu um dos princípios basilares da construção do espaço europeu de segurança (Tratado da União Europeia, Artigo 3.º, n.º 2). No que se refere às migrações, Mitsilegas mostra que, se os Estados europeus dividem competências regulatórias, a regulação

45 Attali, Jacques. *Une brève histoire de l'avenir,* Paris, Fayard, 2006, p. 308.

46 Wieviorlka, Michel. "Penser la violence : réponse à Sérgio Adorno", *Revue Culture & Conflits,* n° 59/2005, pp. 175- 184.

partilhada cria problemas de grande complexidade, porque ligados à soberania dos Estados e ao poder discricionário que lhes pertence[47].

Essas questões foram reguladas nos tratados europeus, modificados pelo Tratado de Lisboa (2007), que introduziram novas estratégias de controle sócio-penal, visando à constituição de uma *governança penal europeia*, com o intuito de criar mecanismos decisórios mais eficazes e mais democráticos. Mas a heterogeneidade das situações migratórias conduziu os Estados europeus a multiplicar, em escala nacional, regulamentos categoriais em relação aos refugiados, apátridas, pedidos de asilo, migrantes econômicos, regrupamento familiar, trabalhadores deslocados, vítimas de redes criminosas de imigração e tráfico de seres humanos.

Neste contexto de globalização negativa, os Estados adotam severos mecanismos de controle migratório para proteger o mercado de trabalho. Essas políticas de "porta fechada" produzem efeitos perversos: as migrações " renacionalizam " a política e a globalização econômica "desnacionaliza" as economias nacionais[48], recusando uma mão de obra potencialmente produtiva. As migrações desordenadas geram "novos medos" sociais[49] alimentados pela exposição mediática, o que provoca uma reação social negativa e a ascensão de políticas populistas.

Cusset afirma que essas políticas correspondem à afirmação do fenômeno de "direitização do mundo" que ocorreu em vagas consecutivas, a partir das décadas de 1980, 1990 e 2000: a primeira vaga afirmou a força ideológica do neoliberalismo; a segunda, situada entre a queda do muro de Berlim e a destruição das Twin Towers, iniciou o período mais acirrado da violência do capitalismo global autoregulado; a terceira correspondeu a um *turning point* na área da segurança que, sob o pretexto da "guerra de civilização", autorizou a passagem ao Estado Penal[50] que caracteriza as democracias iliberais. O Estado, neste contexto político, cultural e social, encontra-se diante da "obsessão pelas fronteiras[51]" que legitima a política de construção de muros.

Saddiki mostrou, no entanto, que o desenvolvimento tecnológico, duplicado pelas diferentes mutações da doutrina militar, conduziu a um declínio da importância estratégica e tática das fronteiras, fechadas ou não, enquanto linhas de defesa. A

47 Mitsilegas, V., Introduction, in *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear,* 2012, pp. 98 ss.

48 Saddiki, Said. « Les clôtures de Ceuta et de Melilla Une frontière européenne multidimensionnelle », *Revue Études internationales*, Vol. 43, N° 1, Mars 2012, pp. 49–65.

49 Auger, Marc. *Les nouvelles peurs*. Paris, Ed. Payot, 2013.

50 Cusset, François. *La droitisation du monde*. Paris. Editions Textuel, 2016, p. 7.

51 Foucher, Michel. *L'obsession des frontières*. Paris, Ed. Perrin, 2012, p. 7..

proliferação dos muros e barreiras ao longo das fronteiras é um paradoxo em relação ao ideal globalista e transnacional de um mundo sem fronteiras e sem soberania[52].

Quer dizer, a problemática dos muros só pode ser apreendida no contexto de um mundo globalizado que apresenta dois polos assimétricos de circulação: o polo do fluxo móvel de capitais, bens e mercadorias, que foi sendo desregulado a partir da adoção das políticas econômicas neoliberais, e o polo do fluxo desordenado da circulação de pessoas, que suscita uma regulação cada vez mais restritiva como visto acima, atingindo os segmentos mais vulneráveis da população mundial migrante, composta principalmente de migrantes econômicos, refugiados e solicitantes de asilo político.

No entanto, a historicidade dos muros é inseparável da própria história da Humanidade. Desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, foram elevados muros de proteção dos espaços de vida. Os muros tem íntima relação com as guerras e com as invasões dos bárbaros, como eram considerados os povos estrangeiros à língua e à cultura de determinada civilização. Claude Quétel afirma que as protomuralhas desapareceram de há muito[53]; todavia, esse modelo de defesa territorial continua proliferando na contemporaneidade, a geopolítica dos muros marcando fronteiras conflituosas. Atualmente, o muro da Coréia, as linhas verdes de Chipre, os muros de areia do Saara, as barreiras marítimas do Mediterrâneo, e tantos outros muros de cimento armado, grades e vigilância tecnológica materializam a existência de muros ideológicos, muros guerreiros, muros anti-terroristas e/ou muros anti-migrações.

O muro de Berlim tornou-se o exemplo histórico mais emblemático dos muros ideológicos: de fato, este muro, dotado de intensa valoração política, foi chamado "O Muro", com letras maiúsculas, tendo ficado na memória dos povos como o apogeu de uma linha de separação e exclusão política. Quanto aos muros guerreiros, o que divide Israel e os territórios palestinos da Cisjordânia parece ser o que apresenta maior dramaticidade no cenário político internacional, em razão de seu caráter de "aventura bíblica moderna[54]". Nesta região, a decisão do governo israelense, em 2002, de construir um muro de separação de sessenta metros de altura, visou responder à pressão da opinião pública em um momento de violência extrema[55]. Se o muro israelense pode ser considerado um muro anti-terrorista, ele representa igualmente um muro de divisão

52 Saddiki, Said. « Les clôtures de Ceuta et de Melilla Une frontière européenne multidimensionnelle », op. cit.

53 Quétel, Claude. Histoire de murs. Paris, Perrin, 2014, p. 15.

54 Foucher, Michel. *L'obsession des frontières*, op. cit., p. 89.

55 Idem, p. 93.

de soberanias, mas que provoca, como efeito negativo, a criminalização da população palestina que necessita trabalhar em Israel.

Dentre os muros que criminalizam as populações trabalhadoras, encontramos um dos mais polêmicos - o muro anti-imigração na fronteira dos USA e do México - , em razão da retórica guerreira dos Estados-Unidos. Em 2006, o Presidente George W. Bush assinou o *Secure Fence Act*, que foi concebido para impedir os imigrantes clandestinos, os traficantes e os terroristas potenciais, de atravessar as fronteiras norte-americanas. Em virtude desta lei, o Departamento de Segurança interior manteve o "controle operacional" das fronteiras, aumentando a vigilância nas fronteiras mexicanas[56].

Mas os muros anti-imigração situam-se igualmente em territórios europeus, como mostra o caso de Ceuta e Melilla, ou ainda de países como a Bulgária, que prometeu construir um muro antimigratório na fronteira com a Turquia para poder integrar o Sistema Schengen. As migrações Sul-Sul suscitam políticas de fechamento de fronteiras, como pode ser visto na África, onde há muros antimigratórios entre o Botswana e o Zimbabwe como a barreira de 500 km na fronteira entre os dois países[57].

A sociologia dos muros, intrinsecamente ligada à sociologia dos não direitos, preocupa-se igualmente com a análise trans-escalar: em escala global, as novas faces das migrações desenham uma nova cartografia do controle, que estabelece rotas não somente Sul/Norte, mas também Sul/Sul. Em escalas locais, verificamos a tendência a um aumento exponencial de barreiras urbanas internas que delimitam as geografias sociais. Um exemplo ilustrativo é o da cidade de Bagdá, que reproduz internamente as lógicas discriminantes das sociedades do medo. Nesta cidade existe uma "zona verde" onde habitam as famílias ricas, os dignitários do governo e onde ficam as embaixadas estrangeiras. Este lugar, denominado "A Bolha", constitui um espaço socialmente protegido que separa uma parte minoritária da população da "zona vermelha", composta pelo resto da cidade de Bagdá[58].

Por outro lado, essas sociologias tem que estar atentas à retórica política e ao uso político do medo[59] que, enquanto elemento de pedagogia política, reforça os medos sociais legitimadores da volta às fronteiras reais. A (re)apropriação espacial das barreiras e dos muros informa e reinforma o imaginário da expatriação, da proscrição,

56 Di Cintio, Marcello. *Un monde enclavé. Voyage à l'ombre des murs,* Québec, LuxEditor, 2017, pp. 249-250.

57 Quétel, Claude. Op. cit., 2014, pp. 264 ss.

58 Idem, p. 240.

59 Boucheron, Patrick, Corey, Robin, L'exercice de la peur. Usages politiques d'une émotion, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 2015.

do banimento, da deportação e da eliminação. Ao problematizar esses temas a partir de uma abordagem de-colonial, a sociologia dos muros e dos direitos e não direitos contribui para o entendimento de um capitalismo da vigilância que reproduz as lógicas do capitalismo da violência.

O CAPITALISMO DA VIOLÊNCIA DIGITAL: NOVAS OBJETIVAÇÕES E SUBJETIVAÇÕES DA ORDEM SOCIAL

A aceleração do capitalismo da vigilância transformou as formas de objetivação e subjetivação da ordem social. Seus processos, lentos e graduais, levaram a descontinuidades e continuidades no que se refere aos modelos anteriores da sociedade disciplinar foucaultiana e da sociedade de controle generalizado de Deleuze[60], na medida em "tecnificou" as teias rizômicas da vigilância[61], permitindo a emergência da sociedade do controle[62]. Este modelo de controle automatizado[63] corresponde às lógicas da cultura monolítica da segurança.

Desde os anos 1990 do século passado, cientistas sociais e juristas haviam observado os efeitos da globalização na esfera do crime e do controle[64], o que evidenciou a aparição de novas racionalidades neste campo, em razão, notadamente, da refundação mundial dos poderes após a queda do muro de Berlim, em 1989. Posteriormente, os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 permitiram o advento da "era do

60 Deleuze, Gilles, "Post-scriptum sobre as sociedades de controle". *Conversações*: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. pp. 219-226.

61 O conceito de rizoma, elaborado pelos filósofos franceses Gilles Deleuze e Félix Guattari, se refere a uma imagem-pensamento que se opõe à forma tradicional de pensar e conhecer o mundo baseada em uma perspectiva arborescente, ou seja, organizada e centralizada. Dessa imagem-pensamento rizomática provém um entendimento mais amplo dos fenômenos, considerados em sua complexidade. Aplicada à análise da vigilância social, a metáfora do rizoma indica seu entrelaçamento e infinita possibilidade de proliferação. Cf. Deuleuze, Gilles ; Guattari, Félix. *Mille Plateaux. Capitalisme et schizophrénie*. T. 2, Paris : Editions de Minuit, 1980.

62 Capeller, Wanda. "Tecnificação do campo penal e killer robots: um atentado ao Direito Internacional Humanitário". *Unio Eu Law Journal*, v. 2, 2017, pp. 91-108.

63 Frois, Catarina. Dos estudos da vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte. Cunha, Manuela Ivone (org). *Do Crime e do Castigo. Temas e debates contemporâneos*. Lisboa: Mundos Sociais, 2015. *Capítulo 9*, pp. 147-161.

64 Capeller, Wanda. "La transnationalisation du champ pénal : réflexions sur les mutations du crime et du contrôle". *Revue Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 61-77.

medo[65]", dando lugar a uma *Neo-World Order*[66] que, baseada em dinâmicas híbridas de segurança, provoca inseguranças sociais.

A aparição de *hybrid sites and spaces* de controle leva a uma inflação do binômio segurança/inflação tecnológica que se difunde, nas sociedades atuais, através de modelos informais de controle entrecruzado, como as formas 'sinópticas' da sociedade de *voyeurs*[67], as formas 'omnióticas' do controle monotorizado de "everybody by everybody[68]", as formas eletrônicas (numéricas, informáticas, de detecção – como os sistemas de detecção infravermelhos), "logiciais espiões", de *IMSI-catchers*, de sistemas de leitura de dados biométricos, câmaras de vigilância, de sistemas de partilha de *intelligence*, etc.. A tecnicidade do controle facilita a seletividade e reforça a categorização e a estigmatização de certos grupos sociais considerados perigosos. Assim, a "dronificação" do controle serve à vigilância global das massas em movimento.

Os *surveillance studies*, voltados para o exame do impacto das tecnologias nos espaços sociais de controle, têm desertado a metáfora do panóptico que, durante praticamente meio século (de 1975 até os recentes anos), constituiu uma poderosa ferramenta para a análise do funcionamento do controle centrado nos corpos. Atualmente predomina uma visão crítica deste paradigma, cuja onipresença e opressão está sendo denunciada como impeditiva de uma apreensão renovada do fenômeno do controle, em razão do apelo incessante à matriz conceitual foucaultiana, como atestam as noções de "superpanopticon" "electronic panopticon", "post-panopticon", "neo-panopticon" "ban-opticon", "synopticon"[69].

Ou seja, embora o modelo foucaultiano tenha permitido desvendar as "tecnologias do eu" que dominaram no período capitalista industrial do controle, a nova era do capitalismo de vigilância global exige uma mudança analítica, direcionada aos usos políticos do controle em escalas glocais. A intensa produção de dispositivos panópticos *high-tech* permite o reforçamento do biopoder através dos controles de tipo eletrônicos,

65 Guia, Maria João; Woude, Maartje van der; Leun, Joanne van der (eds)). *Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear*, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2013.

66 Luke, Timothy W. "New World Order or Neo-World Orders: Power, Politics and Ideology"; In: Informationalizing Glocalities". In: Featherstone, Mike; Lash, Scott; Robertson, Roland (ed) Global Modernities, London: Sage Publications, 1995, pp. 91-107.

67 Mathiesen, Thomas. "The Viewer Society: Michel Foucault Panopticon Revisited". *Theoretical Criminology: an International Journal,* v. 1, n. 2, 1997, p. 215-232

68 Melo Pimenta; Emanuel D. "The City of Sun. Panopticon, Synopticon and Omniopticon – Big Brother ant the Giant with Thousand Eyes". *Low Power Society*, 2008, pp. 260-303.

69 Caluya, Gilbert. "The post-panoptic society? Reassessing Foucault in surveillance studies". *Social Identities. Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, Volume 6, 2010- Issue 5: Foucault, 25 years on.

digitais, etc.. O controle social assim exercido na atual fase do capitalismo globalizado acirra os efeitos de sua própria invisibilidade[70].

Com a crise sanitária provocada pelo COVID 19, foram desenvolvidos mecanismos mais sofisticados de controle social que servem para vigiar, em todos os lugares, as populações. Desta maneira, o controle social contemporâneo adquire um caráter de excepcionalidade permanente, multidimensional e multidirecional, como demonstra o uso de dispositivos de *"digital tracking"* que facilitam o rastreamento, a monitoração e a classificação dos percursos digitais das massas em movimento e dos comportamentos individuais online e in-app. O monitoramento digital das massas reforça as desigualdades sociais, através da categorização e da "estereotipização" de determinados grupos, reforçando a seletividade do controle social.

O capitalismo da vigilância digital agravou as vulnerabilidades estruturais de certas regiões do mundo. Na América Latina, por exemplo, um estudo realizado recentemente sobre os programas que condicionam o acesso a serviços básicos no Chile (mas também na Argentina e no Brasil), mostra como a tecnologia do controle automatizado aumenta a desigualdade social e a discriminação da pobreza em razão de sua implementação diferencial em relação aos grupos economicamente menos favorecidos. Segundo um estudo de Jamila Venturini, "o uso das tecnologias serve a manter e aprofundar uma estrutura social desigual na qual o exercício de direitos é restrito a uma pequena elite. Com assistência tecnológica, a vulnerabilidade é fustigada com mais vigilância[71]".

Subjacentes à vigilância pós-Estado, encontram-se as tecnopolíticas penais globais que se fundam na noção de segurança global, cujas racionalidades hegemônicas determinam a dronificação do poder, *a tecno-segurança global multidimensional e a (re)legitimação do poder pela retórica repressiva*[72]. Os Estados tornam-se atores cada vez mais problemáticos, pois têm dificuldades em lidar com a extensão/compressão, verticalidade/horizontalidade, visibilidade/invisibilidade, centralidade/descentralidade do modelo rizomático global do controle social.

70 Bruno, Fernanda, Cardoso, Bruno, Kanashiro, Mafrta, Guillon, Luciana, Melgaço, Lucas (orgs.). *Tecnologias da Vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018.

71 Venturini, Jamila. "Vigilância, controle social e desigualdade: a tecnologia reforça vulnerabilidades estruturais na América Latina" https://www.derechosdigitales.org/13921/vigilancia-controle-social-e-desigualdade-a-tecnologia-reforca-vulnerabilidades-estruturais-na-america-latina/ Postado em 15 de outubro 2019.

72 Capeller, Wanda. "The dronification of power: on the (re)emergence of totalitarian semantics", Barros, Marco, Antonio Loschiavo Leme de, Amato, Lucas Fucci, Fonseca, Gabriel Ferreira da (eds.) *World Society's Law: rethinking systems theory and socio-legal studies*, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, pp. 540-558.

Em sua sofisticada elaboração do capitalismo de vigilância, Zuboff[73] mostrou que a radicalidade deste modelo de controle supera as formas anteriormente existentes no capitalismo industrial. Segundo esta autora, o impacto da tecnologia em todos os setores da economia permite a criação de futuros mercados comportamentais, constituídos com base nos dados que são colocados nas redes sociais. Essa acumulação de conhecimentos e informações concentra novas formas de poder econômico e social que as democracias não conseguem controlar.

Se a explosão dos movimentos sociais globais[74] provoca novas dialéticas de controle[75] enquanto tenta reverter os processos de objetivação do mundo social, a (re) afirmação do capitalismo emocional vem reforçar as formas perversas de subjetivação do mundo social.

Conclusão

A conclusão é sempre uma abertura. Por isso gostaria de apontar para um fenômeno interessante: nas sociedades contemporâneas, os processos de subjetivação social estão sendo construídos com base em novos cognitivismos e subjetividades promovidos por formas exacerbadas do capitalismo - o capitalismo da violência e o capitalismo do direito e dos não-direitos – que ficam encobertas pelo capitalismo da emoção. Se o capitalismo é geralmente percebido como um sistema antitético à emoção, a sociologia das emoções tem mostrado, ao contrário, que este sistema é muito "emotivo": os mercados ficam nervosos, perdem a confiança, os poderes se tensionam, os governos se irritam, o mundo social gira em torno das seguranças e das inseguranças ontológicas, dos ódios, das racionalidades irracionais.

O *corporate capitalism* teve papel essencial no tratamento das emoções, pois investiu na gestão dos sentimentos para conformar os indivíduos às lógicas empresariais, aumentar suas competências profissionais, orientá-los para agir dentro de sistemas cada vez mais complexos e informar as políticas de marketing. Essa necessidade

73 Zuboff, Shoshana. *The age of surveillance capitalism : the fight for a human future at the new frontier of power* New York, PublicAffairs, 2018.

74 Sabariego, Jesus. "Tecnopolítica e movimentos sociais globais recentes: questões preliminares para um estudo do caso espanhol e português". Sousa Santos, Boaventura de; Mendes, José Manuel (ed). *Demodiversidade. Imaginar novas possibiliaddes democráticas*. Lisboa: Edições 70, 2017, pp. 351- 373.

75 Giddens, Anthony. *La constitution de la société,* Paris, PUF, 1987, p. 441.

do capitalismo empresarial de controlar a subjetividade dos trabalhadores levou à emergência do capitalismo emocional, cuja expansão se deve a três processos de aceleração da vida emocional no século XXI: a busca da eficácia econômica, a penetração das lógicas e metáforas de mercado nas relações interpessoais e na intimidade das pessoas, a manipulação das emoções na cultura de consumo.

Neste caleidoscópio de emocional, emergem formas globais de emoção, notadamente veiculadas pelas redes de comunicação social, que atuam como verdadeiras fábricas do medo. Por ex., a mídia utiliza os atos terroristas como mercadoria simbólica de consumo sem se importar com a circularidade da violência social, que interconecta as violências infrapolíticas e metapolíticas[76]. Mas ela também é manipulada por grupos terroristas que a utilizam para denunciar as falácias da "guerra limpa" e da "guerra zero morte", típicas do discurso político ocidental, mostrando o espetáculo das decapitações e da violência nua e crua.

Mas as emoções não são apenas de caráter psicológico: elas configuram, sobretudo, um problema político, na medida em que as políticas da emoção constroem significados que modificam a atitude e o *ethos* dos atores sociais. Neste contexto, o novo cognitivismo penal, gerado pelas tecnopolíticas penais globais[77], tem permitido (re)afirmar as lógicas repressivas que dominam o cenário político mundial.

A elaboração de uma sociologia política dos não-direitos tem, inevitavelmente, um caráter pessimista. Para vencer o pessimismo social precisamos reavivar as belas ideias emancipadoras, sem sucumbir às nostalgias do passado ou às angústias do futuro, para enfrentar o presente.

Literatura citada

Arnaud, André-Jean. La regla del Juego en la Paz Burguesa. Ensayo de Analisis Estrutural del Codigo Civil Frances, Marcaibo, Universidad del Zulia, 1978. Ed original francesa, Paris, LGDJ, 1978.

Attali, Jacques. *Une brève histoire de l'avenir*, Paris, Fayard, 2006, p. 308.

Auger, Marc. *Les nouvelles peurs*. Paris, Ed. Payot, 2013.

76 Wieviorka, Michel, La violence, Paris, Hachette, 2005.

77 Capeller, Wanda. *The dronification of power*, op. cit.

Balibar, Etienne. « L'anti-Marx de Michel Foucault », *Marx & Foucault. Lectures, usages, confrontations*. Paris, La Découverte, pp. 84-102 (p.97).

Benjamin, Walter. "*Para uma crítica de la violencia y otros ensaios"*, Iluminaciones IV, Buenos Aires: Taurus, 2001.

Boaventura de Sousa, Conhecimento prudente para uma vida decente, Porto, Ed. Afrontamento, 2003.

Boucheron, Patrick, Corey, Robin, *L'exercice de la peur. Usages politiques d'une émotion*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 2015.

Bruno, Fernanda, Cardoso, Bruno, Kanashiro, Mafrta, Guillon, *Tecnologias da Vigilância*. São Paulo: Boitempo, 2018.

Butler, Judith. Qu'est-ce que une vie bonne? Paris, Rivage Poches, 2020

Caluya, Gilbert. "The post-panoptic society? Reassessing Foucault in surveillance studies". *Social Identities. Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, Volume 6, 2010- Issue 5: Foucault, 25 years on.

Capeller, Wanda. "La transnationalisation du champ pénal : réflexions sur les mutations du crime et du contrôle". *Revue Droit et Société*, n° 35, 1997.

Capeller, Wanda. "Tecnificação do campo penal e killer robots: um atentado ao Direito Internacional Humanitário". *Unio Eu Law Journal*, v. 2, 2017.

Capeller, Wanda. "The dronification of power: on the (re)emergence of totalitarian semantics", *World Society's Law: rethinking systems theory and socio-legal studies*, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

Cintio, Marcello Di . *Un monde enclavé. Voyage à l'ombre des murs*, Québec, Lux Editor, 2017.

Cusset, François. *La droitisation du monde*. Paris. Editions Textuel, 2016.

Deleuze, Gilles ; Guattari, Félix. *Mille Plateaux. Capitalisme et schizophrénie.* T. 2, Paris: Editions de Minuit, 1980.

Deleuze, Gilles, "Post-scriptum sobre as sociedades de controle". *Conversações*: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

Delpech, Thérèse, *L'ensauvagement. Le retour de la barbarie au XXIe siècle*, Paris, Grasset, 2005.

Ferreira, A. Casimiro. *Sociologia das Constituições. Desafio critico ao constitucionalismo de exceção*, Porto, Vida Económica, 2019.

Foucault, Michel. *Naissancke de la biopolitique*. Cours au Collège de France, 1978-1979, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

Foucher, Michel. *L'obsession des frontières*. Paris, Ed. Perrin, 2012.

Fraser, Nancy, Honneth, Alex. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2003

Frois, Catarina. Dos estudos da vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte. *Do Crime e do Castigo. Temas e debates contemporâneos.* Lisboa: Mundos Sociais, 2015.

Giddens, Anthony. *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987.

Guia, Maria João; Woude, Maartje van der; Leun, Joanne van der (eds)). *Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear*, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2013.

Luke, Timothy W. "New World Order or Neo-World Orders: Power, Politics and Ideology"; In: Informationalizing Glocalities" *Global Modernities*, London: Sage Publications, 1995.

Mann, Michael. «La fin est sans doute proche, mais pour qui ? », *Le capitalisme a-t-il un avenir ?* Paris, La Découverte, 2014.

Mathiesen, Thomas. "The Viewer Society: Michel Foucault Panopticon Revisited". *Theoretical Criminology: an International Journal*, v. 1, n. 2, 1997.

Melo Pimenta; Emanuel D. "The City of Sun. Panopticon, Synopticon and Omniopticon – Big Brother ant the Giant with Thousand Eyes". *Low Power Society*, 2008.

Mitsilegas, V., Introduction, in *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, 2012.

Quétel, Claude. *Histoire de murs*. Paris, Perrin, 2014.

Rosa, Hartmut. *Aliénation et acceleration. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2014.

Sabariego, Jesus. "Tecnopolítica e movimentos sociais globais recentes: questões preliminares para um estudo do caso espanhol e português", *Demodiversidade. Imaginar novas possibiliaddes democráticas.* Lisboa: Edições 70, 2017.

Saddiki, Said. « Les clôtures de Ceuta et de Melilla Une frontière européenne multidimensionnelle », *Revue Études internationales*, Vol. 43, N° 1, Mars 2012, pp. 49–65.

Tigar, Michael E., Levy, Madeleine. *O Direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar Ed, 1978.

Venturini, Jamila. "Vigilância, controle social e desigualdade: a tecnologia reforça vulnerabilidades estruturais na América Latina" em https://www.derechosdigitales.org/13921/vigilancia-controle-social-e-desigualdade-a-tecnologia-reforca-vulnerabilidades-estruturais-na-america-latina/ Postado em 15 de outubro 2019

Wallerstein, Immanuel, et atl., *Le capitalisme a-t-il un avenir?* Paris, La Découverte, 2014.

Wieviorka, Michel, *La violence*, Paris, Hachette, 2005.

Wieviorlka, Michel. "Penser la violence : réponse à Sérgio Adorno", *Revue Culture & Conflits*, n° 59/2005.

Wright, Erik Olin. *Utopies possibles*, Paris, La Découverte, 2017.

Zizek, Slavoj, *Violência*. São Paulo, Boi Tempo Editorial, 3° ed., 2016.

Zuboff, Shoshana. *The age of surveillance capitalism : the fight for a human future at the new frontier of power* New York, PublicAffairs, 2018.

LA CONCEPCIÓN JURIDICISTA DEL ESTADO EN EL PENSAMIENTO MARXISTA

Óscar Correas

El marxismo se ha presentado desde siempre como lo opuesto a cualquier concepción juridicista del estado. Desde el texto célebre de Marx donde la superestructura jurídico política "se levanta sobre" la base económica, los marxistas han tratado de pensar el fenómeno estado como dependiente de la estructura económica de la sociedad. Sin embargo la tentación juridicista está tan a la mano, que muchos se han dejado cautivar por ella. Estas líneas intentan señalar dudas acerca de la manera como suele abordarse el tema por algunos marxistas y demostrar la importancia política de ese desliz aparentemente teórico.

La tentación juridicista

¿En qué consistirá la caída juridicista del pensamiento marxista? Consistiría en identificar el socialismo con un sistema jurídico en el cual se ha abolido el derecho de una propiedad privada e instaurado alguna forma de propiedad "social". Es decir, el socialismo se convertiría en una forma de estado cuyo contenido es jurídico y no social-económico: el estado socialista ya no se definiría como forma política de ciertas relaciones sociales de producción, sino por su forma jurídica cuyo centro sería la propiedad "social".

El juridicismo se plantea tan pronto como la pregunta de "en que consiste el capitalismo", se contesta que "en un sistema social donde explotan a los obreros que son precisamente los no propietarios de los medios de producción", tan pronto como a la "qué es capitalismo" se responde con un razonamiento jurídico al estilo de: "si

hay propiedad privada se trata de capitalismo y si esa propiedad está abolida se trata de socialismo".

Y no hay que remontarse necesariamente a alguna de las variantes del marxismo de manual para encontrar esta concepción; este problema es abordado así por pensadores que ocupan lugares importantes en el pensamiento marxista. Por ejemplo, Adam Schaff, que tiene escrito los siguiente: "De acuerdo con el uso marxiano genuino de esta expresión puede hablarse de socialismo en sentido estricto, a propósito de toda sociedad que haya acabado con la propiedad privada de los medios de producción (con excepción del suelo) y con ello, con la clase capitalista en cuanto propietarios de estos medios de producción" (revista DIALECTICA n. 7, p. 91)

Obsérvese: 1— la clase social "capitalista" se define por la propiedad privada de los medios de producción. 2— El socialismo significa acabar con esa clase; pero como ella define por el derecho que tiene a la propiedad privada, se considera que se liquida cuando se le quita ese ***derecho***, aunque se ***hecho*** reaparezca como "directores de fábrica", funcionarios "al servicio del pueblo", etc. 3— Como broche resulta que la propiedad privada no es óbice para que se trate de un país socialista. 4— Esta sociedad, que es socialista merced a una legislación adecuada, es a la que le cabe el uso "genuino" del concepto marxiano (no "marxista") del ***socialismo***.

Adam Schaff, en este trabajo, intenta precisamente mostrar que la base económica socialista puede estar revestida de superestructuras políticas diversas, desde totalitarias hasta democráticas, del mismo modo que la base económica capitalista recurre a formas políticas diversas desde totalitarias hasta democráticas. Es decir, trata de mostrar que en el pensamiento marxista lo determinante es lo económico y no lo político. Esto es, trata precisamente de no caer en la tentación juridicista. Entonces ¿cómo explicar el texto citado que es obviamente juridicista? Una página antes Schaff dice: "En un sentido estricto "socialismo" significa tanto como "formación económica socialista de la sociedad, esto es, ese conjunto de relaciones socialistas de producción que encuentra su expresión en el derecho socialista de propiedad. Un derecho que legitima, en suma una forma de producción social de los medios de producción literalmente contraria, por tanto, a la representada por la propiedad privada de los mismos (por ejemplo, propiedad estatal, propiedad de asociación de productores, etc.)". En este texto Schaff está diciendo que lo determinante es lo económico y que lo jurídico es expresión de la base económica. (Pero adviértase que, en vez de escribir lo que serían las relaciones de producción socialista, recurre a lo jurídico para explicar lo que es socialismo).

Frente al reproche de juridicismo podría contestarse que si el socialismo se define por la propiedad social lo es únicamente por comodidad y que de todos modos al decirse "propiedad social" se está diciendo "producción socializada", que es lo que queda "expresado" en el nivel de lo jurídico. De la misma manera, si se define al capitalismo por la propiedad privada, significa solamente que la producción capitalista se "expresa" en la forma jurídica de la propiedad privada. Definir el modo de producción por la forma jurídica tendría entonces, solamente, un sentido práctico. Bien, pero ¿qué quiere decir "expresarse"? ¿cómo lo económico puede "expresarse" en lo jurídico".

La base económica y el derecho

Si lo económico se expresa en lo jurídico, la explotación del plustrabajo quedaría al descubierto. Veamos.

Es difícil de refutar que en el pensamiento de Marx las sociedades de clase se determinan por la manera especial en que se exacciona el trabajo excedente (y no por la forma jurídica). En el capitalismo eso sucede a través del intercambio entre obreros "desnudos" y el capital; entre el productor directo y la masa de medios de producción y subsistencia. El capitalismo es una forma social en la cual el productor solamente puede sobrevivir si intercambia su fuerza de trabajo como mercancía por otra mercancías que le ´permitan subsistir. El intercambio conforme a la ley del valor es el *quid* de la cuestión. Ahora bien, si el derecho expresara este intercambio, la explotación del trabajo obrero estaría al descubierto; sería obvio que el trabajo produce un valor mayor que el valor que se le entrega en medios de subsistencia. Pero no sucede así sino al revés: el derecho es una forma que **oculta** esa exacción: si algo no hace es "expresar" la explotación. Lo que el derecho hace es presentar el intercambio como "justo" en el contrato de trabajo. El derecho laboral protege el salario que es la forma fetichizada del precio de la fuerza de trabajo. Es allí donde aparece —o más bien no aparece— la base económica; es en el derecho laboral donde se encubre la explotación y no en el derecho de propiedad del código civil.

El derecho de propiedad —la propiedad privada— tiene solamente la función de indicar o señalar al sujeto portador de los valores. Y la propiedad social, estatal o como quiera que se llame también tiene esa función: indicar o señalar al "órgano" (pero los "órganos" son en definitiva individuos) cuya detentación de los bienes no será reprimida por el estado. En definitiva, si la propiedad es "social o estatal o lo que

sea, lo que sucede es que solo algunos hombres —los directores, los funcionarios, los jefes— pueden decir acerca del destino de esos bienes y por ella disfrutar la mayor parte de su producto.

Es de notar que el hecho de que la miseria se haya paliado o liquidado, que exista la previsión social para todos y que otros logros de la planificación sean una realidad, no cambia para nada el asunto; porque el asunto consiste en el disfrute igualitario y no en la falta de propiedad ¿Qué le importa al burócrata o funcionario no ser el propietario jurídico si de todos modos disfruta de los bienes "sociales" en medida mayor que los simples trabajadores? Que el capitalismo difiera del socialismo en el tipo de propiedad es una falacia más del discurso jurídico.

El trabajo mediado por el intercambio

La diferencia entre explotación y disfrute igualitario o socialista del producto, tiene en cambio connotaciones para nada jurídicas. Hay, entre otros seguramente, un texto de Marx que quiero destacar aquí, y que ofrece, a mi juicio, un concepto de socialismo en el que para nada aparece el derecho de propiedad. Claro que puede decirse que ese concepto es el de ***comunismo***, que requiere una larga etapa de ***socialismo***. Pero aun así el problema subsiste porque precisamente lo que constituye el centro de la cuestión es si las sociedades así definidas, avanzan o no en el sentido del texto de Marx. (*Grundrisse* Ed. s. xxi, t. 1 p. 100):

> En tal supuesto, (el socialista) sin embargo, no sería el cambio el que le conferiría (al trabajo del individuo) el carácter universal, sino que sería su presupuesto carácter colectivo lo que determinaría su participación en los productos. El carácter colectivo de la producción convertiría al producto desde un principio en un producto colectivo universal. El cambio que se realiza originariamente en la producción —el cual no sería un cambio de valores de cambio sino de actividades determinadas por necesidades colectivas, por fines colectivos— incluiría desde el principio la participación del individuo en el mundo colectivo de los productos.

Es decir, el carácter de "colectivo" en la producción no tiene nada que ver con la "propiedad" social, sino con el **trabajo y la planificación colectivos**. El socialismo

queda definido por la posición del individuo frente a la producción social a la cual no está enfrentando, sino de la cual forma parte desde el principio. Mientras que en la producción mercantil el individuo queda enfrentado a la producción social, a cuya parte que necesita sólo puede acceder mediante la entrega de su trabajo —bajo la forma de dinero— a través del intercambio. La propiedad es sólo un momento posterior; es un elemento ***puesto*** por el intercambio; si se re-conoce propiedad jurídica es porque eso es necesidad del intercambio, de manera que si éste no existe no es necesario el derecho de propiedad. Pero si no hay intercambio, entonces el trabajo del individuo es puesto, desde el principio, como social:

> Sobre la base de los valores de cambio, el trabajo es **puesto** como trabajo general sólo mediante el cambio. Sobre esta base —la socialista— el trabajo sería **puesto** como tal anteriormente al **cambio**; o sea el cambio de los productos no sería en general el ***medium*** que mediría la participación del individuo en la producción general…es ***mediado el supuesto mismo***; o sea está presupuesta una producción colectiva, el carácter colectivo como base de la producción. El trabajo del individuo es puesto desde el inicio como trabajo social. Cualquiera que sea la forma material del producto que él crea o ayuda a crear, lo que ha comprado con su trabajo no es un producto particular y determinado, sino una determinada porción de la producción colectiva. No tiene entonces producto particular alguno para cambiar. (Ibídem)

O sea que no necesita ser reconocido como propietario; no es necesario "el derecho de propiedad" puesto que éste sirve para cambiar y en el supuesto que analiza Marx el individuo no tiene nada que cambiar. Sin embargo en la sociedad definida jurídicamente por Schaff sí hay qué cambiar y por eso es necesaria la propiedad "social". Y dice Schaff que la estatal o sociales es una propiedad "literalmente contraria" a la privada. Pero el problema no es el de enfrentar a dos fórmulas jurídicas, sino dos formas de distribución del producto social, y es entonces que aparece con claridad, cualquiera que sea la fórmula jurídica, que el derecho de propiedad es una forma específica de la distribución a través del intercambio. La definición juridicista del socialismo tiene el inconveniente de ocultar el problema que señala Marx. Y con poco que se observe, en la página transcripta de los *Grundrisse* e describe una sociedad post-capitalista sin hacer ninguna referencia al problema jurídico.

La ciencia y el poder

Pero ¿qué es lo que permite al "propietario" de los valores exaccionar el plustrabajo del obrero? Si respondemos que precisamente el hecho de ser el propietario, estamos nuevamente en la concepción juridicista del socialismo. El hecho de ser propietario permite, en todo caso, recurrir a la fuerza del estado si el portador de los valores se encuentra frente a un individuo que disputa su detentación. Pero precisamente la clase obrera no disputa la detención del capital, sino el monto del salario. O sea que no disputa lo jurídico ─la propiedad ─ sino la porción que le toca sobre los medios de subsistencia. Y si lucha políticamente por el control del estado o por la formación de un nuevo estado o por la destrucción de todo estado, no lo hace por lo jurídico mismo, sino como medios para lograr el acceso a los medios de subsistencia. No se da el caso de que el propietario capitalista tenga que recurrir al estado para protegerse se sus empleados que le disputan la propiedad de su fábrica. Sería en todo caso muy pocas las oportunidades en que una huelga, en vez de discutir el salario y las condiciones de trabajo, hubiera discutido el título de propiedad del patrón. Porque los obreros no conseguirían nada disputando la "propiedad" del capital. Porque la propiedad no es el asunto. El asunto es la ciencia y la técnica. En la mayor parte de las fabricas modernas los obreros no sabrían cómo hacer para poner en funcionamiento las maquinas.

Este punto es donde aparece en el pensamiento de Marx la imagen de los hombres "desnudos" frente al capital. (Los capitalistas son sólo la personificación del capital) ¿A qué se refiere la "desnudez"? De ninguna manera hay que leer "falta de propiedad". Que el trabajador está desnudo frente al capital, quiere decir que, para subsistir, debe entregarse al capital para que éste le succione plusvalor; quiere decir que la maquina deglute al hombre sin que éste pueda resistirse; quiere decir que no es el hombre el que usa la máquina, sino ésta la que lo usa a él por más que a la vista parezca al revés. Quiere decir también que el capital que no es sólo máquinas, posee una dinámica —su propia valorización— que el productor no puede controlar.

Si entendemos desnudez por falta de propiedad entonces la cuestión consiste en el cambio de la legislación previa "tomas el poder", concepción ésta muy difundida por los demás, y que resulta ni más ni menos que una visión juridicista del estado y del socialismo.

Pero "desnudez" no es "falta e ´propiedad"; que si lo fuera el problema resultaría más sencillo que lo que es en realidad. El problema consiste en el viejo dilema entre

libertad y necesidad, entre democracia y orden, entre consumo y producción, entre anarquía planificación.

¿Qué es lo que permite a los capitalistas disfrutar de la mayor parte de los bienes creados por los trabajadores? ¿Qué es lo que impide a los trabajadores apropiarse ellos mismos de los valores de uso que producen? ¿La propiedad? No. Simplemente el hecho de que los capitalistas controlan las ***condiciones*** de la producción; detentan, no la propiedad, sino la ciencia y al técnica; el ***poder*** que ellas le conceden; ciencia y técnica son poder; no hay poder al margen de ellas en el mundo contemporáneo. En todas partes donde la producción ha requerido algo más que el esfuerzo del trabajador aplicado directamente al medio de producción, ha surgido una clase de hombres que, por poseer la ciencia, han conseguido adueñarse del trabajo excedente. Piénsese en Egipto por ejemplo. Y en todas partes donde ha existido poder directo del productor sobre el medio de producción, si hubo explotación de sobretrabajo, fue bajo el imperio de la fuerza: sólo la violencia consigue extraer el plustrabajo al productor que puede poner él mismo sus medios a producir. Es el caso del esclavismo y feudalismo.

El capitalismo pertenece al primer grupo de sociedades: aquellas donde el productor ***depende*** del no productor en razón de que sus conocimientos son imprescindibles para la producción.

Esta a su vez es una simplificación. En el mundo contemporáneo ciencia y técnica están concentradas en una burocracia que va desde ejecutivos hasta técnicos que, si controlan la marcha de las empresas, no controlan los resortes económicos últimos del capital (bancos, sistemas monetarios, etc.); no controlan el sistema en su conjunto. Esto lo hacen unos pocos que son los que disfrutan los bienes y el poder, los que deciden guerras, caídas de gobiernos, conquistas, construcción de bombas y cuantas más desgracias se ciernen sobre los demás hombres del mundo contemporáneo.

Planificación o libertad

La perspectiva es odiosa. Al parecer ya no es posible enfrentarse al problema de la producción sin planificación científica. El retorno es ahora imposible a menos que la bomba de neutrones reduzca la población sin destruir las cosas. Si el hombre ha de subsistir, al parecer ha de ser gracias (¿gracias?) a la ciencia y a la técnica; si ha de ser posible que los productores pervivan ha de ser a cambio de rendir la libertad a la

ciencia y a la técnica; y de entregar su plustarabajo a los que detentan la planificación económica.

Esto es lo que queda oculto detrás del discurso juridicista de la ciencia política: que el problema no es la propiedad sino la libertad; que el problema no se resuelve con solamente producción y consumo. Que la dictadura es un sistema incompatible con cualquier tipo de sociedad que suponga que ha de proporcionar felicidad a los hombres. Y este ocultamiento de las concepciones juridicista no es patrimonio de las desviaciones marxistas sino que, por el contrario, queda aún más oculto en las variantes burguesas como la de Kelsen por ejemplo; pero ése es otro tema.

Entonces ¿cuál es el futuro? ¿Por qué habremos de luchar? Pero ¿por qué ha de haber futuro? ¿Quién dice que lo hay? Lo cierto es que tal vez no lo haya, y eso también queda oculto tras la concepción juridicista al interior del marxismo. Lo único cierto es que los hombres parecen haber perdido ya la posibilidad de su libertad en un mundo donde la única opción para la sobrevivencia es la planificación estatal de la economía; lo cual hace necesario a los que "saben" y que por eso pueden ordenar y aplastar a los solamente trabajadores. Apenas hay indicios que permitan prever un cambio en la situación. Y la lucha de los obreros polacos parece ser uno de ellos. Y ésa es precisamente la lección: sólo existe la lucha.

Pero ¿la lucha por qué? Tal vez por nada. Pero vale la pena la resistencia, la rebeldía, el inconformismo. El "no" constantemente inútil. El "no" pronunciado en agonía que es el único acto de libertad permitido. El único acto verdaderamente humano. Pero lejos de ser la derrota o la entrega, es precisamente la victoria de la libertad de la vida. Es el acto que ***pone*** a la democracia como idea, como motivo, como deseo, como lucha. Lo único que puede oponerse al eterno despotismo es la eterna idea de la democracia. Ante la realidad, la idea; ante el ser, el deber. Que es el gran legado de Platón.

Esto es, en última instancia, lo que opacan las concepciones juridicistas del socialismo. Y es también el punto preciso donde el derecho aparece como condición de la idea. Porque la democracia es una cuestión jurídica.

Correas Oscar, "La concepción juridicista del Estado en el pensamiento marxista" *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Filosofía Política y Derecho,* Puebla, número 0.1984

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y VIOLENCIA: EN MEMORIA DE ÓSCAR CORREAS

Sociology of Law and violence: In memory of Óscar Correas

*Erick Gómez Tagle López**

Resumen

Explicar la violencia y el incumplimiento de la ley desde enfoques distintos a los tradicionales nos obliga a retomar postulados de la Crítica Jurídica y de la Sociología del Derecho porque nos permite analizar el fracaso del derecho como sistema comunicativo y como mecanismo de control social. El estado, como conjunto de instituciones públicas reconocidas a partir de la revisión del sistema jurídico dominante, tiende, en la mente de las personas, a reducirse, en la medida en la que no garantiza protección física ni seguridad patrimonial. Los conflictos y las protestas son expresiones de la ineficacia del derecho, pero también de la resistencia al poder ilegítimo, del pluralismo normativo y de la subcultura de la violencia, cuyas prescripciones se oponen a lo permitido por el sistema hegemónico. Texto propuesto como homenaje a la ilustre memoria del doctor Óscar Correas, impulsor latinoamericano de la Sociología Jurídica.

Palabras clave: Sociología del Derecho, seguridad pública, violencia, control social.

Abstract

Explaining violence and law breaching from different and untraditional perspectives requires retaking postulates of critical legal studies and sociology of law because it allows the analysis of the failure of Law as a communicative system and as a mechanism of social control. The State, considered as a conglomerate of public institutions recognized from a review of the dominant legal system, tends to reduce itself -in the imagination of people- as far as becoming incapable of guaranteeing nor physical integrity neither security of

* Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal. Investigador en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT. Director fundador de la Iniciativa Nacional Grupo Puebla.

patrimonial assets. Conflicts and protests are expressions of law inefficacy, resistance to illegitimate power, normative pluralism, and violence subculture, whose prescriptions are opposed to what the hegemonic system allows. Text proposed as an homage to the memory of illustrious Dr. Óscar Correas, Latin American promoter of Sociology of Law.

Key words: Sociology of Law, public security, violence, social control.

La Sociología del Derecho

Las transformaciones económicas y geopolíticas internacionales de las últimas décadas han provocado, al interior de los países, cambios en las políticas públicas y en las formas en que la ciudadanía mira el ejercicio del poder de los grupos dominantes. Una respuesta importante desarrollada por la sociedad civil es la falta de obediencia a las prescripciones dictadas por los gobernantes, quienes, en la medida en que ven minada su capacidad de convencimiento, ceden paso a la amenaza y al uso de la fuerza.

La delincuencia, a pesar de ser prohibida y sancionable, tiende, de acuerdo con estadísticas oficiales, a su expansión. Sobre todo —y éste es un punto por analizar— entre los sectores juveniles, de bajos recursos económicos, incipiente nivel educativo, adictos y que han sido víctimas o testigos de violencia familiar.[1] Caracterización analítica, pero socialmente delicada, debido a que es común la *criminalización de la pobreza*, ignorando que la gente con dinero también delinque y que ésta tiene mayores posibilidades de salir impune, dentro de lo que se conoce como *criminalidad de cuello blanco.*

Al respecto, en la mayoría de los casos, los presos proceden de ambientes familiares de especial privación o inestabilidad. Muchos se criaron sin uno de sus progenitores o en ausencia de ambos. En ocasiones los propios padres tenían un historial de alcoholismo, enfermedad mental u otros problemas, siendo generadores de malos tratos físicos o abusos sexuales. Finalmente, es común entre los presos el consumo de alcohol y drogas, incluso en momentos previos a la comisión del delito.

No obstante, cabe preguntarse si efectivamente ha crecido la delincuencia o si se trata de una percepción distorsionada de la realidad, fomentada, quizá, por algunos

1 Consejo de Menores, *Violencia familiar y menores infractores*, México, Secretaría de Gobernación, INACIPE, 1999. Whaley, Jesús Alfredo, *Violencia intrafamiliar*, México, Plaza y Valdés, 2001.

medios de comunicación;[2] pero, ante ésta y otras interrogantes, surgen planteamientos que van desde la definición correcta de conceptos, hasta la búsqueda de las causas de conductas antisociales de alto impacto. Es por esto por lo que consideramos importante fundamentar este trabajo con la teorización de aquellas voces comúnmente olvidadas en la investigación empírica, particularmente desarrolladas a partir de los postulados del doctor Óscar Correas Vázquez, iusfilósofo marxista latinoamericano, quien desafortunadamente dejó este mundo en 2020, cuya obra escrita es muy extensa, por lo que únicamente retomaremos dos de sus textos: *Introducción a la Sociología Jurídica y Kelsen y los marxistas.*

Sociología

Para muchos, Sociología es, simplemente, la ciencia que estudia la sociedad. Definición con la que creen abarcar aspectos tan amplios como la cultura, las formas asociativas y las clases sociales; sin embargo, en su intento por lograr definiciones breves, al estilo —también desafortunado— de que la Psicología es la ciencia que estudia la mente humana, se olvidan de precisar qué es lo que entienden por sociedad.

Para nosotros éstas son cuestiones fundamentales, debido a que es incorrecto pretender estudiar un fenómeno en una sociedad determinada sin que se haya aclarado la distinción entre sociedad y una simple pluralidad de individuos. El elemento que, desde nuestro punto de vista, es el determinante, es el *discurso del derecho*, definido como el conjunto de normas producidas por funcionarios autorizados, que amenazan con la violencia y que son organizadas por una misma regla de reconocimiento.

Lo anterior permite decir que *sociedad* es un conjunto de seres humanos que dispone de —que está sujeto a— un sistema jurídico, organizado por una *norma fundante*. Esta última es un discurso prescriptivo, que en realidad es una ficción, que cuenta con el reconocimiento necesario para la permanencia de un grupo en el poder. La sociedad, constituida entonces por el reconocimiento de un conjunto de normas, definidas como enunciados cuyo sentido es lo debido, es resultado de lo que algunos

2 Fernández, Jorge, "Delincuencia y medios de comunicación", en Secretaría de Gobernación, *Conferencia Nacional de Prevención y Readaptación Social. Memoria*, México, Dirección General de Prevención y Readaptación Social, 2000. Berumen, Arturo, "La performatividad penal de los medios de comunicación", en INACIPE, *Encuentro internacional. Tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002. Fraga, Raúl, "Medios de comunicación y cobertura del delito", en Peñaloza, Pedro José y Mario Garza (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría General de la República, 2002.

llaman civilización. Concepto que, a pesar de ser difuso, permite distinguir entre la naturaleza y lo que es producto del quehacer humano.

Las normas, al igual que los valores, que no son sino otra especie de discursos, son parte de este producto y en ellas descansa la idea de permitir, así sea por la fuerza, la "convivencia" y la reproducción social. Cuando no se da esta situación es importante conocer los factores que lo impiden, su magnitud y determinar su carácter estructural o pasajero. La *Sociología*, por tanto, es plausible definirla como la ciencia encargada de estudiar las conductas de los individuos y las relaciones que producen, siempre y cuando se defina relación social como la producción repetida de las mismas conductas por parte de actores sociales que presuntamente les adjudican un mismo sentido (ideología vehiculizada en un discurso).

Con esto queda claro que las palabras elegidas para constituir un enunciado científico, una ley o una sentencia, son producto de la ideología de su autor. Término, el de *ideología*, por el que expresamos el conjunto de ideas que existen en la conciencia de alguien. De igual forma, es importante acostumbrarse a mirar el delito y otras formas estigmatizadas de comportamiento como *categorías creadas e impuestas por unas personas sobre otras*. Después de todo, existe un carácter político en las definiciones, sustentado por el constructivismo epistemológico, lejos de la pretendida asepsia del realismo positivista.

Derecho

Si el concepto de Sociología resulta académicamente complejo, el de derecho resulta además políticamente relevante. Es un discurso propio del ejercicio del poder, mediante el cual se autoriza la dominación de unos individuos, investidos como funcionarios públicos, sobre una mayoría a la que los individuos con poder denominan sociedad civil o ciudadanía.

Es un discurso y, por tanto, el producto de una ideología, que amenaza con el uso legítimo de la fuerza en caso de no ser obedecido. Para lograr esto debe constituirse como la organización autorizada de la violencia, puesto que de otro modo los discursos que produjeran los que lo dictan serían prescripciones (enunciados modalizados), pero no podrían ser calificados como normas (enunciados modalizados autorizados). Dicho de otra forma, el *discurso del derecho* es un sistema comunicativo (conjunto de discursos agrupados en relación con una norma fundante o regla de reconocimiento), de carácter coercitivo, cuyo propósito es la regulación de ciertos actos y relaciones

sociales, mismos que son considerados valiosos por los ordenadores, fuente emisora del sistema, para la reproducción social.

Esta reproducción, al darse en una sociedad dividida en clases, permite que éstas no se eliminen entre sí, sino que ideológicamente crean la ilusión de colaboración, en pro de una comunidad unificada. Además, el conceptuar al derecho como lenguaje o instrumento de comunicación, muestra que es un medio y no una cosa, y que su fin no se encuentra en el propio discurso del derecho, sino en el político, el cual es el responsable del *sentido ideológico*, también llamado *connotado*, de este discurso.[3]

El derecho, al captarlo como un constructo del lenguaje prescriptivo (aquél que se expresa mediante la idea del *deber*), como un discurso ideológico que establece marcos de acción, indica conductas no reprimibles y da sentido a ciertos actos humanos, permite al analista interpretarlo científicamente; además, gracias a la crítica jurídica, es posible definirlo como un sistema comunicativo, de carácter coercitivo, que amenaza con el ejercicio lícito de la violencia física en caso de que se produzcan conductas consideradas —por los juristas, pero no sólo por ellos— como atentatorias contra la reproducción social.

Hecho, este último, que permite visualizarlo como *efecto* de las relaciones de poder y de las relaciones sociales en general, así como *causa* de su reproducción, entendiendo por *relaciones de poder* aquéllas donde unos individuos o grupos dominan a otros.

Sociología Jurídica

La Sociología y, más específicamente, la Sociología Jurídica, también se encarga del análisis de los fenómenos antisociales, particularmente cuando se ve a éstos como resultado de la inefectividad de las normas (jurídicas y morales) que los prohíben. Para esto reafirmemos que Sociología es el estudio de las conductas de los individuos y las relaciones sociales que producen, pero también es la ciencia encargada de estudiar las estructuras y sistemas sociales, así como las formas en las que interactúan con el individuo y los grupos sociales.

Es obvio que para que existan instituciones y estructuras sociales deben haberse dado relaciones sociales, pero ¿es que acaso estas relaciones no son producto de lo establecido por las instituciones y determinadas estructuralmente? En efecto, pero las relaciones sociales son causa y efecto de lo normativamente establecido; es decir,

3 Sentido oculto de un texto, cuyo cumplimiento constituye la *eficacia* del derecho.

de lo institucionalmente constituido y de la forma en que se estructuran estas mismas relaciones.

Pero ¿qué es estructura? ¿Es sinónimo de sistema social? La definición de *estructura social* no es, en definitiva, sinónima de sistema social, por la razón de que *sistema* es un conjunto de normas, organizadas por alguna regla de reconocimiento o norma fundante, capaz de ordenar, si es efectiva, las conductas de cierta población, pero la forma en que estas relaciones se dan constituye una *estructura*, es decir, un ordenamiento de las relaciones que depende de su posición económica, clase social, nivel de estudios, género, etcétera, las cuales superan la posición general de las normas del sistema. En este caso, la igualdad jurídica.

> "En tanto ciencia, la SJ [Sociología Jurídica] es un conjunto de enunciados que pretenden describir plausiblemente —es decir pretenden ser «verdad»— tanto los fenómenos que pueden ser vistos como causantes o «determinantes» del ser así de las normas jurídicas, como los fenómenos que pueden ser vistos como efectos de ellas."[4]

Para nosotros, la *Sociología del Derecho* es la disciplina que explica las causas y efectos sociales del derecho, mientras que la *Sociología Jurídica* estudia el ejercicio del poder a través del derecho. Este ejercicio es causa y efecto del discurso del derecho, con lo cual estas disciplinas son prácticamente lo mismo. La diferencia, quizá, es la connotación política más marcada de la segunda, pues explícitamente se habla del poder, pero no es más que apariencia, pues cuando se habla de las causas y efectos del derecho se debe tener presente, en primer lugar, el tema del poder.

La seguridad pública y el estudio de la violencia

Apoyándonos en lo antes expuesto, resulta importante analizar la idea de seguridad pública y retomar el concepto de derecho, debido a que su definición brinda una guía para entender los fines a los que responden y para explicar por qué el comportamiento de la gente no siempre corresponde con lo ordenado por las autoridades. Al respecto, en el mundo jurídico se maneja frecuentemente la idea, misma que se hace del dominio público, de que la seguridad pública

4 Correas, Óscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Barcelona, Signo, 1995, p. 22.

> "[...] está ligada a la protección de la paz pública, de tal manera que puede ser conceptualizada, desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de la policía administrativa."[5]

No obstante, esta concepción confunde protección del orden con protección de la paz, como si la primera fuera sinónima o condición de la segunda. El hecho de que las personas ajusten su comportamiento conforme con lo que el derecho establece, muchas veces por temor a la sanción, no significa que convivan en paz. Otra definición de seguridad pública la concibe como:

> "la manifestación efectiva de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad de las personas, así como la de los intereses y bienes públicos o privados."[6]

Políticos y juristas, en su papel de legisladores y jueces, establecen a través del derecho cuáles son las conductas que *deben considerarse como* atentatorias de la paz y del orden público. Prescripción que, en la mayoría de las ocasiones, al ser una decisión política, es independiente de la confirmación científica de su nocividad. Desde esta concepción, la reproducción de las relaciones sociales sólo es posible cuando existen —así sea mediante el engaño y la amenaza de la aplicación de la fuerza— orden y "paz". Razón por la cual una definición de *derecho* lo describe como el conjunto de normas que amenazan con el ejercicio lícito de la violencia en caso de que se produzcan conductas consideradas como atentatorias contra la reproducción social.

Pero, si captamos al *derecho* como un constructo del lenguaje prescriptivo (aquél que se expresa mediante la idea del *deber*), como un discurso ideológico que establece marcos de acción, indica conductas no reprimibles y da sentido a ciertos actos humanos, es posible ampliar la definición y conceptuarlo como un sistema comunicativo, de carácter coercitivo, que amenaza con el ejercicio lícito de la violencia física, en caso de que se produzcan conductas consideradas —por los juristas, pero no sólo por ellos— como atentatorias contra la reproducción social.

5 González, Samuel; Ernesto López y Arturo Yánez, *Seguridad pública en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 49.

6 González, Alicia, "Seguridad pública y sistemas", en Sandoval, Irma Eréndira y Gabriel García (coords.), *Memorias del Foro de seguridad pública*, México, H. Cámara de Diputados, 1998, p. 47. En este artículo la autora distingue entre seguridad pública y orden público, al que considera un concepto complementario.

> "Nosotros aceptaremos en este libro que el derecho es un fenómeno complejo que consiste en discursos prescriptivos, en los que se identifican normas que amenazan con la violencia, producidos por funcionarios autorizados, y que son reconocidos —ambos, los discursos y los funcionarios— como tales, es decir, como pertenecientes a un sistema jurídico eficaz."[7]

Gracias a esta concepción del derecho podemos darnos cuenta de que no es una "cosa", sino un medio. Es un instrumento mediante el cual se regulan actos y relaciones que son considerados valiosos por los ordenadores (fuente emisora) del propio sistema jurídico. Situación que se oculta, pues ideológicamente se dice que el derecho sirve para promover y garantizar la integración armónica de la sociedad.

En este sentido, el sistema de control penal y el de la policía administrativa no buscan, como ideológicamente se pretende hacer creer, garantizar la paz pública, sino la continuidad de las relaciones mercantiles y la reproducción de los mecanismos de poder de la clase gobernante, de ahí el interés tan marcado de la estricta formación profesional de los juristas y de la disciplina incuestionable de los cuerpos de seguridad.

Sin embargo, en la medida en que estos sistemas resultan inefectivos para garantizar la obediencia civil, la disciplina policial, la circulación del capital, el mantenimiento de los privilegios políticos y una relativa seguridad pública es posible advertir *condiciones de inviabilidad* para el desarrollo de las políticas públicas, principalmente las económicas, debido al descontento generalizado de la gente. Cuestión, esta última, que suele ser ignorada por el *gobierno* (conjunto de personas que el discurso jurídico de la ideología dominante califica y reconoce como autoridades y funcionarios públicos), salvo en periodos electorales, preocupándose únicamente por "aplicar la ley", lo cual, en términos prácticos, consiste en multar y meter a la cárcel a todo aquél que no obedezca las normas del sistema jurídico, independientemente de sus razones políticas, sociales o económicas.

Sin embargo, el asunto de la inseguridad pública le resulta al gobierno, cuando es advertida y denunciada por los grandes inversionistas, altamente preocupante, debido a la fuga de capitales, a la eventual crisis financiera y a que muchos de sus privilegios dependen de negocios particulares de los que forman parte.

Sostener esta idea, la relación —no lineal— entre derecho, economía e inseguridad pública, es en virtud de que no es posible mantener, al menos en relativa calma, las relaciones económicas y políticas, dentro y fuera del país, sin un sistema eficaz de

7 Correas, Óscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, op.cit., pp. 77-78.

seguridad y de justicia. Si los gobiernos no garantizan la integridad física y patrimonial de las personas, es factible suponer el replanteamiento de las llamadas dicotomías radicionales: gobierno y sociedad civil, economía y política, público y privado, coerción y libertad. Situación que, de una forma u otra, implica nuevas formas de hacer ciudad, derivado de la transformación de las relaciones de quienes habitan en este espacio.

La inseguridad, derivada, además de los factores económicos y sociales, de la inefectividad del derecho (impunidad, corrupción, leyes inadecuadas), provoca que los individuos convivan en un clima de incertidumbre, desconfianza y preocupación constantes, por lo cual tienen que aprender a cuidar de sí mismos, en una suerte de autoadministración y autoprotección.

El *estado*, término que definimos como el conjunto de instituciones públicas, reconocidas a partir de la revisión del sistema jurídico dominante, que regulan, o pretenden regular, en una porción del planeta y en determinadas variables de tiempo, las acciones de ciertos individuos, tiende, en la mente de las personas, a reducirse, en la medida en la que no garantiza protección física ni seguridad patrimonial.

Derecho y control social

Para entender las formas en las que suelen verse a los actos prohibidos, llámense, dependiendo de la teoría y las normas de referencia, crímenes, hechos delictivos o conductas desviadas,[8] se tiene que partir del reconocimiento de que todo grupo social, al ser constituido por normas, posee sistemas de sanciones, de carácter formal e informal, destinados a quienes trasgreden el orden legítimo, violan los estatutos legales o atentan contra la solidaridad social y la conciencia colectiva.[9]

El término *solidaridad*, de acuerdo a como lo empleó Durkheim, para quien era la vinculación moral del individuo con su grupo, tiene estrecha relación con el de conciencia colectiva, especialmente cuando lo utilizaba refiriéndose a la *solidaridad mecánica*. Esta última, propia de las agrupaciones no diferenciadas, se basa en las

8 Se pueden hallar definiciones sociológicas y jurídicas del comportamiento desviado en Lamnek, Siegfried, *Teorías de la criminalidad*, México, Siglo XXI, 1980, p. 16. También en Pavarini, Massimo, *Control y Dominación*, México, Siglo XXI, 1983.

9 "El conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, constituye un sistema determinado que tiene su vida propia, se le puede llamar *la conciencia colectiva o común."* (Durkheim, Émile, *La división del trabajo social*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993, p. 104).

similitudes de las maneras de actuar y de pensar de los miembros. En contraste, la *solidaridad orgánica*, típica de los grupos diferenciados, tiene como sustento la división social del trabajo y la interdependencia que ésta produce.

Para nosotros la palabra *solidaridad* sirve para designar a aquel sentimiento, o conciencia de carácter colectivo, derivado de todos o de algunos de los siguientes elementos: de la identificación (reconocimiento del otro como compañero, o partidario de la misma ideología); de la reciprocidad afectiva (correspondencia sentimental); de la cooperación (participación conjunta con relación a un mismo fin); de la introyección de normas (adopción de compromisos y concesiones que el grupo considera importantes) y de la interdependencia (orientación recíproca de las acciones, tomando en cuenta lo que el otro espera).[10]

En sociedades pequeñas o en comunidades primitivas, en donde sus sistemas normativos pueden no distinguir entre *moral* y *derecho*, las costumbres y las sanciones informales son generalmente suficientes para asegurar el mantenimiento de la solidaridad y del control social.[11] No es el caso así de las sociedades modernas y contemporáneas, donde se requiere mayor control. Uno de los modos de ejercerlo es a través de la expedición de *leyes positivas*, entendiendo por éstas aquel conjunto de derechos y obligaciones que los funcionarios del estado crean y reconocen como válidas.

Desde otra mirada, es posible decir que toda ley es positiva, siempre y cuando se vea en éstas la expresión de un *acto de voluntad humana*. Para la Sociología Jurídica es por ello incorrecto enunciar que existen leyes divinas o de la naturaleza (iusnaturalismo), puesto que aparentemente no fueron resultado de actos de creación humana, sino de simple reconocimiento. Discusión que se da tomando en cuenta la regularidad de ciertos fenómenos naturales y la ideología, propia de los racionalistas, de que existe orden en el universo.

Pero, como hemos argumentado, tampoco toda ley humana recibe la calificación de positiva, puesto que ésta se reserva, producto de la concentración de poder, para aquéllas que, además de estar por escrito y reunir las características de ser explícitas, formales, generales, impersonales y abstractas, son dictadas y reconocidas por los funcionarios del estado. Características que, en su mayoría, corresponden al derecho

10 Algunos autores han intercambiado el término por los de cohesión, integración o asociación, entre otros. Véase, De Lucas, Javier, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1998.

11 Sandoval, Eduardo Andrés, *La ley de las costumbres en los indígenas mazahuas*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad del Cauca, 2001. Vázquez de Forghani, Ángela, *Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídico-penales de los pueblos aborígenes de Canadá*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

moderno, ya que la ley en épocas pasadas, como en la de los privilegios feudales, no era igual para todos, ni todos eran iguales frente a la ley. En la actualidad, por el contrario, la ley, mediante la tipificación y la modalización de las conductas, hace abstracción de la singularidad de los individuos y de sus posiciones sociales, aunque, también hay que decirlo, es difícil encontrar, sino imposible, alguna norma que no tenga alguna restricción.

Esta evolución del derecho, que va desde lo consuetudinario hasta el sistema jurídico contemporáneo, se da por la lucha de clases y los movimientos sociales, pero además porque la complejidad de la sociedad —vía los aumentos en la densidad de población y en la división del trabajo— reclama en las cuestiones litigiosas una solución más definida y porque los grupos de poder buscan, a través de la centralización y organización formal de la represión, un mayor control-calculabilidad en el proceso de la *reproducción ampliada de la dominación.*

Violencia y disenso

El conflicto, entendido como antagonismo, como confrontación de intereses, valores e ideologías, es una expresión, tal y como lo son el acuerdo y el consenso, de las múltiples maneras en que se gestan y se manifiestan los cambios en la sociedad. En este sentido, no sólo acontece como algo inevitable de la realidad cotidiana, sino como algo fundamental,[12] particularmente porque a través de él se da la resistencia al poder ilegítimo, se promueven cambios en el orden establecido y se posibilita la readaptación continua y el ajuste estructural de los sistemas jurídico, económico, político y social; aunque, como es de esperarse, esto sólo se logra cuando el cambio logra ser institucionalizado y alcanza cierto nivel de acuerdo, porque entonces adquiere un carácter *funcional* y contribuye a la integración social.

A la inversa, si el conflicto deriva en una oposición violenta y *extrainstitucional* (oposición que, dadas las circunstancias y la no apertura del sistema político, queda excluida de participar a través de los cauces y procedimientos previstos en la ley).[13]

12 Cfr. Vinyamata, Eduard, *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos*, Barcelona, Ariel, 2001. Fisas, Vicenc, *Cultura de paz y gestión de conflictos,* Barcelona, Icaria editorial, UNESCO, 2002. Sandoval, Eduardo Andrés y Robinson Salazar (coords.), *América Latina: conflicto, violencia y paz en el siglo XXI*, Argentina, Libros en Red, 2003.

13 "La oposición extrainstitucional se presenta así como expresión de movimientos marginales derivados del conflicto político-social de los Estados industrializados. La existencia de la oposición extra institucional

Si genera mayores daños que los que se pretendían evitar, resistencias insalvables de una amplitud cada vez más grande, así como resentimientos y confrontación física en lugar de acuerdos, es entonces un conflicto *no-funcional*.

Desde luego que la calificación es subjetiva y depende de la ideología e intereses políticos de quien los utiliza. En el caso de lo que hemos llamado "conflicto no funcional", éste conduce, o puede conducir, al debilitamiento de los lazos de solidaridad, al desajuste violento de los sistemas, a la anarquía o a la ingobernabilidad. Término, este último, usado por las élites dirigentes para evitar la transformación del *statu quo* y de las formas de dominación tradicionales.

Desde esta perspectiva es factible suponer que las rebeliones, las violencias y los homicidios dolosos, son expresión de luchas internas y el resultado de conflictos que no derivaron, jurídica o políticamente, en la conciliación de intereses divergentes, por lo cual se plantea que, independientemente del nivel en que se den, rompen lo dispuesto institucionalmente, manifiestan los desajustes del orden social vigente (diferencia entre la validez formal y fáctica de las normas) y contribuyen, de alguna manera, a la rearticulación de su organización.

Un homicidio doloso refleja, por parte del sujeto activo, un menosprecio por la vida, incluyendo la propia, y un rechazo de las normas jurídicas y morales (como las de las religiones), al mismo tiempo deja entrever no sólo la presencia de pleitos entre individuos, sino la probable existencia de conflictos armados entre grupos de poder (narcotraficantes, empresarios, partidos políticos) y de una *subcultura de la violencia* (sistema normativo dominado cuyas prescripciones se oponen, en materia del uso de la violencia física, a lo permitido por el sistema normativo hegemónico). Subcultura desarrollada en aquellos ámbitos donde las élites gobernantes no han logrado afianzar su hegemonía, mantener el control y hacer de su derecho el sistema normativo dominante.

De ahí que sostengamos que muchas de las conductas violentas pueden ser expresión del *pluralismo jurídico* (coexistencia en el tiempo y en un mismo territorio, de dos o más sistemas jurídicos) y de la ineficacia del sistema normativo hegemónico, junto con el malestar y disenso sociales. Aunque para algunas autoridades, es probable que sean la expresión de un estado donde lo que impera no es el derecho, sino la

plantea también la *incapacidad del poder para asumir en su juego político a sus propios contradictores.* Desde el punto de vista de este tipo de oposición, su existencia se justifica por el hecho de que el poder no es un poder democrático." (Ramos, Daniel, "Del gobierno y la oposición democrática en México: el pacto institucional", Estudios políticos, núm. 8, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 13. Cursivas añadidas).

anomia, debido a que en su visión no cabe el pluralismo jurídico, sino la existencia o no del estado de derecho. Lo importante, se dice, es el cumplimiento de la ley, no su legitimidad, ni los motivos por los que se cumple.

Conclusiones

En toda sociedad paulatinamente cambian los parámetros convencionales que dictaminan lo que es normal, regular o razonablemente aceptable, debido a la evolución e intercambio culturales. A nivel de afectación de los individuos, ocurre lo siguiente:

> "[...] con toda la carga peyorativa que los términos conllevan, las «prostitutas», los «degenerados», los «tullidos», los «presos», los «locos», los «enfermos», los «ciegos» o los «vándalos» de sólo hace algunos ayeres, son hoy denominados sexo-servidoras, gays, minusválidos, internos, usuarios de servicios médicos, invidentes o niños en situación de calle."[14]

Se da, con el fin del milenio, lo que González Placencia denomina la "desviación normalizada", producto del reconocimiento de la diversidad de puntos de vista y de la existencia no de una ética absoluta, sino de éticas relativas, pues, como él apunta,

> "La resignificación de los valores y la instrumentalización de la vida cotidiana ha producido un efecto tal que los juicios sobre las personas tienden a ignorar, de ser así conveniente, su lado obscuro, en aras de la reivindicación del «sujeto del discurso» [...] De ahí que en la prostituta se pueda reconocer también a la madre y a la trabajadora, que desde luego también es; o bien al padre de familia preocupado y al industrial exitoso que, no obstante, trafica con drogas."[15]

A nivel de afectación social, la corrupción, la pobreza, la inseguridad pública, el autoritarismo y la violencia son fenómenos que, por citar ejemplos, se han convertido en una constante en la convivencia diaria. Forman ya parte de la "fisiología estructural" de las ciudades, de ahí que no se les pueda concebir como el resultado de la suma de

14 González, Luis, "Cultura y desviación en el fin del milenio: el Pathos melancólico finisecular", *ALTER*, núm. 3, México, Universidad Autónoma de Campeche, 1997, p. 36. Cabe apuntar que "minusválido" también está en desuso, por lo que se prefiere: persona con discapacidad.

15 *Ídem*

casos aislados, sino como el producto indeseado de algo que la misma sociedad ha propiciado.

Su erradicación o disminución drástica no depende, al menos no exclusivamente, del tratamiento (medicación, neurocirugías o terapias psicológicas), la reclusión (en cárceles, anexos u hospitales) o el exterminio (aplicación de la pena de muerte) de quienes ya han cometido actos ilícitos, sino de la transformación de las condiciones sociopolíticas, económicas y culturales que permiten su reproducción permanente.[16]

Sin embargo, aunque resulte deseable, esto no es posible más allá de límites estrechos. Más vale hacerse a la idea de que toda sociedad es criminal, no porque en la naturaleza humana esto esté escrito, sino porque quizá lo está en la esencia (noúmeno) de toda sociedad. La violencia, el egoísmo, la competitividad, los deseos de lucro y de dominación, son algunos rasgos que los sociobiólogos han querido hacer comunes a todas las personas, sin embargo, ante la inmensa variedad individual y cultural, es imposible determinar las características universales de la naturaleza humana.

Desde nuestra óptica, las conductas calificadas como trasgresiones no son explicables, debido a que no son factores determinantes, a partir de los genotipos y fenotipos de la biología humana, sino a partir de la forma en que están estructuradas las relaciones sociales.[17] La concentración abusiva de la propiedad privada, el intercambio y comercio desiguales, las relaciones asimétricas entre los géneros, la apropiación de los medios de producción por minorías y el control diferencial de los recursos de dominación, son algunos de los factores criminógenos que son causa de la reproducción cotidiana de aquellas conductas que social y jurídicamente no son permitidas (crímenes y actos delictivos).

¿Cómo es posible que afirmemos que toda sociedad es criminal? ¿Acaso no toda organización humana rechaza el crimen, puesto que es algo disfuncional que altera o amenaza el orden establecido? La respuesta no puede ser más simple y compleja a la vez: el mismo carácter *disfuncional* que se le adjudica al crimen es lo que le permite

16 "El microbio carece de importancia en tanto no encuentre un cultivo apropiado para su desarrollo: el medio social es el cultivo; podría decirse, pues, que las sociedades tienen los criminales que se merecen…" (Carrancá y Trujillo, Raúl, *Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal*, México, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1955, p. 46).

17 Lewontin, R.C.; Steven Rose y Leon Kamin, *No está en los genes. Racismo, genética e ideología,* México, CONACULTA, Grijalbo, 1991. Cisneros, José Luis, "Aproximaciones para una teoría de la violencia urbana", *Papeles de Población*, núm. 30, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001. En el mismo número véase Riella, Alberto, "Violencia y control social: el debilitamiento del orden social de la modernidad".

ser *funcional* en la práctica, ya que al ser rechazado institucional y colectivamente permite mantener unida a la población.

Una *trasgresión* (conducta que, por el uso de una norma, es calificada como prohibida), puede, a su vez, ser clasificada como crimen o acto delictivo, dependiendo de la norma utilizada. Crimen, para precisarlo, no es algo catalogado como tal por un funcionario público, sino que es aquello que no es permitido, debido a su presunta disfuncionalidad, por las normas morales de una colectividad.

Normas que, en muchos casos, no se desprenden de la interpretación de textos escritos y no se sabe quién las estableció, pero que, sin embargo, socialmente se consideran válidas, debido a que la gente las piensa necesarias para permitir la convivencia y la reproducción del grupo. Al respecto, cabe preguntarse ¿qué es lo que propicia que alguien cometa un acto que le está prohibido? ¿Cuáles son los estímulos responsables de traducir en actos las pulsiones[18] o impulsos violentos? ¿Por qué se siguen presentando casos diarios de homicidio a pesar del repudio social?

Los problemas al responder estas cuestiones son el saber: 1) cuál es el papel de las ideologías y de las relaciones de poder en la determinación de las acciones humanas; 2) cuáles son, en una sociedad, las ideologías dominantes que indican un deber ser; 3) por qué dicen eso que dicen y no otra cosa, y; 4) por qué las acciones concretas se ajustan o no a lo dictado por el sistema normativo hegemónico.

En muchos lugares es creciente el número de personas, particularmente de menores de edad, que no adecúan su conducta conforme con lo prescrito por el sistema jurídico. Conocer por qué se da esta situación es un objetivo de las ciencias sociales y penales. Como hipótesis sostenemos que, debido a las aceleradas transformaciones económicas, al acrecentamiento de la violencia política y a la ausencia de una cultura de la legalidad consolidada, ha cambiado la forma en que se estructuran las relaciones sociales a un grado tal que, desde un punto de vista sociojurídico, es posible afirmar la existencia de una *subcultura de la violencia,* y que ésta, en periodos con récords de índices delictivos, permite hablar de *estado de anomia*.

Concepto, el de anomia, acuñado por el sociólogo y científico francés, Émile Durkheim. Este autor, en el libro tercero, denominado "Las formas anormales", de su obra *La división del trabajo social* (publicada en 1893), refiere que cuando la división del trabajo no produce solidaridad es, en ciertas ocasiones, porque las relaciones de los órganos (individuos, colectivos o instituciones que cumplen una función social)

18 La pulsión es un representante psíquico de los estímulos procedentes del interior del cuerpo. Cfr. Freud, Sigmund, "Las pulsiones y sus destinos", en *Los textos fundamentales del psicoanálisis*, Barcelona, Altaya, 1993.

se hallan en *estado de anomia*. Lo cual se produce porque las relaciones no están reglamentadas (indeterminación jurídica), porque la reglamentación es imprecisa, vaga y no está adecuadamente relacionada con el grado de desenvolvimiento de la división del trabajo, o porque el establecimiento de la reglamentación es a costa de transformaciones de que no es capaz la estructura social.

Para nosotros el término no debe ser entendido, de acuerdo con el escenario actual, como un estado carente de regulaciones jurídicas, ya que existe un amplio basamento de disposiciones legales; más bien es una situación espacio-temporal en donde el *grado de eficacia*, entendido como la capacidad del gobierno para dirigir, convencer y lograr obediencia, y como la capacidad para mantener o incrementar la hegemonía política;[19] y el *grado de efectividad*, captado a través de los niveles de cumplimiento de lo ordenado por el derecho centralizado, son relativamente bajos.[20]

Situación que se caracteriza por la disociación creciente entre las reglamentaciones autoritarias y las prácticas sociales (autorregulaciones que no son producto de decisiones institucionales), en donde las normas del sistema hegemónico dejan de corresponder con las demandas políticas y materiales de justicia y bienestar social, obligando a que la vigencia y validez de esas normas se sostengan más por la habilidad y por la fuerza de quienes las promueven, que por el consenso y las costumbres de quienes las reciben.

Hecho que a medida que se acentúa conduce al cuestionamiento de su componente deontológico (justicia y legitimidad de las normas) y, en circunstancias específicas de su fase desarrollada, por momentos implica la no existencia de las condiciones necesarias para mantener, al menos en relativa calma, las relaciones sociales imperantes; degenerando, paulatinamente, de un malestar a un grado inadmisible de violencia, que, entre otras cosas, provoca que se desperdicien o desvíen los recursos disponibles, públicos y privados, disolviendo (sofocando o arreglando) disturbios e

19 "El escrutinio de una jornada electoral, si es confiable, brinda sin duda datos objetivos acerca de la hegemonía de un grupo en el poder." (Correas, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 1994, p. 134).

20 "La percepción subjetiva sobre la ineficiencia y la validez de los sistemas normativos juega un importante papel en relación a la «anomia social», el índice de infracciones de la ley y los niveles de impunidad." Opinión a la que enseguida agrega: "La falta de coincidencia entre la definición legal y la percepción social acerca de determinados hechos [...] puede propiciar la negativa a obedecer los ordenamientos legales, que a juicio de los sujetos resulten «ilegítimos», «incorrectos», «irrazonables» o «innecesarios»" (Trueba, Carmen, "Consideraciones intempestivas sobre los derechos de las mujeres", *Acta Sociológica*, núm. 15, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 56).

intereses contrapuestos, con la mediación y negociación, por un lado, y la represión e imposición por el otro.

Situación en donde cada uno, por los deseos de mantener y mejorar sus condiciones de vida, antepone a todo, o casi a todo, la conveniencia y el interés particulares (amigos, familiares, pandilla, compañeros de ideología, de lucha, etc.), incluso en perjuicio de los demás, a quienes, dada la ausencia de *identificación positiva* con ellos, considera extraños o rivales, llegando a la situación extrema de causar premeditadamente la muerte de otro(s).

Lo cual, al generalizarse, se convierte en factor desestabilizador de la gobernabilidad democrática, de la convivencia pacífica y de la hegemonía estatal; aunque, hay que aclararlo, las amenazas principales no siempre son locales, sino que vienen de los crecimientos de la delincuencia organizada, del tráfico de armas, del consumo de drogas, de la incorporación de mujeres y adolescentes en actividades delictivas, del peso político corruptor del narcotráfico y de la apatía o desconfianza de sectores ciudadanos que no ven en los procesos políticos un medio razonable de solución a sus demandas.[21]

De ahí que fenómenos actuales como el asesinato de mujeres por razones asociadas a su género, la biopiratería, el comercio sexual de niñas y niños, los conflictos armados, la inseguridad pública en las grandes ciudades, el terrorismo, la vigilancia informal ciudadana, la violencia política y las guerras preventivas no pueden ser explicados, ni reducidos en términos de incidencia, si la perspectiva de análisis es únicamente policial y militar.

Explicar, en este sentido, la violencia, requiere, por un lado, comprender que su incidencia está asociada a fenómenos de mayor alcance, como la delincuencia organizada transnacional; y, segundo, que la racionalidad de los sujetos transgresores de la ley adquiere justificación, al menos para quienes cometen los actos, por los sistemas normativos alternos de los que son parte. No comprenderlo conduce, en detrimento de la ciencia, a explicaciones simplistas y tradicionales, de ahí la importancia de retomar los postulados de la Crítica Jurídica y de la Sociología del Derecho, de la mano de autores como el Dr. Óscar Correas, con un gran legado intelectual. Descanse en paz el maestro.

21 Figueroa, Carlos, "Centroamérica: del estado del malestar al del posbienestar", *Crítica Jurídica*, núm. 15, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Sandoval, Eduardo Andrés y Robinson Salazar (coords.), *América Latina…, op.cit*., 2003

Literatura citada

Berumen Campos, Arturo, "La performatividad penal de los medios de comunicación", en INACIPE, *Encuentro internacional. Tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pp. 19-30.

Carrancá y Trujillo, Raúl, *Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal*, México, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1955.

Cisneros, José Luis, "Aproximaciones para una teoría de la violencia urbana", *Papeles de Población*, núm. 30, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001, pp. 205-232.

Consejo de Menores, *Violencia familiar y menores infractores. Un modelo de detección*, México, Consejo de Menores de la Secretaría de Gobernación, INACIPE, 1999.

Correas, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 1994.

Correas, Óscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Barcelona, Signo, 2ª. ed., 1995.

De Lucas, Javier, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 2ª. ed., 1998.

Durkheim, Émile, *La división del trabajo social,* vol. 1, trad. Carlos G. Posada, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993.

Fernández Menéndez, Jorge, "Delincuencia y medios de comunicación", en Secretaría de Gobernación, *Conferencia Nacional de Prevención y Readaptación Social. Memoria*, México, Dirección General de Prevención y Readaptación Social, 2000, pp. 47-58.

Figueroa Ibarra, Carlos, "Centroamérica: del estado del malestar al del posbienestar", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 15, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 197-215.

Fisas, Vicenc, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, pról. Federico Mayor, Barcelona, Icaria, UNESCO, 3ª. ed., 2002.

Fraga Juárez, Raúl, "Medios de comunicación y cobertura del delito", en Peñaloza, Pedro José y Mario Garza Salinas (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría General de la República, 2002, pp. 55-73.

Freud, Sigmund, "Las pulsiones y sus destinos", en *Los textos fundamentales del psicoanálisis*, selección de textos por Anna Freud, Barcelona, Altaya, 1993, pp. 247-271.

González Placencia, Luis, "Cultura y desviación en el fin del milenio: el Pathos melancólico finisecular", ALTER. *Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, núm. 3, México, Universidad Autónoma de Campeche, 1997, pp. 23-54.

González Vidaurri, Alicia, "Seguridad pública y sistemas", en Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira y Gabriel García Colorado (coords.), *Memorias del Foro de seguridad pública,* México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados, 1998.

González, Samuel; Ernesto López y Arturo Yánez, *Seguridad pública en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Lamnek, Siegfried, *Teorías de la criminalidad*, trad. Irene Del Carril, México, Siglo XXI, 1980.

Lewontin, R.C.; Steven Rose y Leon Kamin, *No está en los genes. Racismo, genética e ideología*, trad. Enrique Torner, México, CONACULTA, Grijalbo, 1991.

Pavarini, Massimo, *Control y Dominación*, México, Siglo XXI, 1983.

Ramos Torres, Daniel, "Del gobierno y la oposición democrática en México: el pacto institucional", *Estudios políticos*, 4ª. época, núm. 8, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 7-25.

Riella, Alberto, "Violencia y control social: el debilitamiento del orden social de la modernidad", *Papeles de Población*, núm. 30, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001, pp. 183-204.

Sandoval Forero, Eduardo Andrés y Robinson Salazar Pérez (coords.), A*mérica Latina: conflicto, violencia y paz en el siglo XXI,* Argentina, Libros en Red, 2003.

Sandoval Forero, Eduardo Andrés, *La ley de las costumbres en los indígenas mazahuas*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad del Cauca, 2001.

Trueba, Carmen, "Consideraciones intempestivas sobre los derechos de las mujeres", *Acta Sociológica*, núm. 15, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 39-58.

Vázquez de Forghani, Ángela, *Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídico-penales de los pueblos aborígenes de Canadá*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

Vinyamata, Eduard, *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos*, Barcelona, Ariel, 2001.

Whaley Sánchez, Jesús Alfredo, *Violencia intrafamiliar*, México, Plaza y Valdés, 2001.

EL LUGAR DEL DERECHO EN LA TRADICIÓN SOCIALISTA. JALONES DE UNA HISTORIA COMPLEJA*

The place of law in the socialist tradition. Milestone in a complex history

*Carlos M. Herrera***

Resumen

El artículo presenta un análisis centrado en la observación histórico-conceptual de una tradición socialista previa pero también paralela al marxismo, la cual se encuentra vinculada con la importancia del derecho en la trasformación social. Así, a través de esta observación, se distinguen diversas teorizaciones entretejidas acerca de las relaciones que establece el socialismo con el derecho, mostrando con ello su complejidad cambiante en cada época y corriente de pensamiento, lo que resulta inexorable ante un contexto de emergencia de saber jurídico autónomo, incluso para la teoría marxista del derecho, aunque al mismo tiempo representa la posibilidad de renovación hacia un socialismo del siglo XXI.

Palabras clave: Socialismo, derecho, transformación social, teoría marxista del derecho, renovación.

Abstract

The article presents an anallysis focused on the historical- conceptual observation of a previous socialist tradition but also parallel to marxism, which is linked to the importance of law in social tranformation. Thus through this observation, various interwoven theorizations about the relationships that socialism established with the law are distinguished, showing their changing

* Este texto, que sintetiza una obra de mayor alcance, ha sido publicado en italiano en *Politeia. Liber Amicorum Agostino Carrino*, (C. de Angelis, A. Scalone coord.), Roma, Mimesis, 2020, p. 319-337, y, en francés, en una presentación resumida, en *Histoire globale des socialismes XIX-XXIe siècles* (J. N. Ducange, R. Keucheyan, S. Roza, coords), Paris PUF, 2021, p. 185-196. La traducción a partir de una versión inédita del francés es de la Dra. Mónica Padró.

** Profesor CY Cergy Paris Université, director del Centre de philosophie juridique et politique - CPJP (Carlos.Herrera@cyu.fr).

complexity at each time and current of thought, which is inexorable in the face of an emergency context of autonomous legal knowledge, even for the marxist theory of law, although at the same time it represents the possibility of renewal towards a 21st century socialism.

Key words: Socialism, right, social tranformation, marxst theory of law, renewal.

En un intercambio que tuvimos en el año 2004 (y que se publicara un tiempo después en *Crítica jurídica*), Óscar Correas me preguntaba qué buscaba en mis investigaciones sobre "la cuestión del derecho y la segunda internacional", como la denominaba, para hacer referencia a una serie de estudios que venía consagrando a un conjunto de juristas que habían descollado en los años de entreguerras[1]. Creo que Óscar no había quedado muy satisfecho con mi respuesta, al menos, con lo que juzgaba una distancia con el marxismo. En todo caso, siempre permaneció más fiel a la tradición jurídica marxista-leninista, y más exactamente a las elaboraciones del gran jurista soviético Evgeny Pasukanis, sin que yo lo convenciera, por ejemplo, de la importancia de un autor como Nicos Poulantzas[2]. Y pienso también incluso iría hoy más lejos que en mi respuesta de entonces, y buscaría mostrarle la existencia de una verdadera tradición socialista, no sólo previa sino también paralela al marxismo, en la que se entrecruzan diferentes teorizaciones. En todo caso, hoy me gustaría volver sobre la cuestión, sintetizando un recorrido que se remonta al Siglo XIX.

En verdad, el socialismo establecerá relaciones complejas con el derecho, cambiantes según las épocas y las corrientes, pero de algún modo inevitables desde sus orígenes. Tanto más aún cuando la relación se despliega en el contexto de la emergencia de un saber jurídico autónomo, como pensamiento e incluso ciencia del derecho, lo que aumenta la oposición entre las nociones de derecho (positivo) y justicia, que a veces había servido para definir, o al menos suputar el horizonte socialista, el sentido mismo de su designio, en tanto orden justo. Sin embargo, la noción de justicia, incluso

1 O. Correas, « Entrevista con Carlos Herrera », *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* n° 25, 2006, p. 47-51. Un primer resultado había aparecido en español poco antes: C. M. Herrera, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico* (trad. V. Lozano), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 261 p.

2 Ver una reconstrucción muy reciente de su pensamiento en M. Cristeche, C. Villena, "The Struggle for the Human Right to a Good Life for Everyone: Oscar Correas's Legacy for the Crítica *Jurídica Movement in Latin America", Social & Legal Studies, OnlineFirst* March 3, 2021.

en la variante "justicia social", podía resultar demasiado imprecisa para calificar a la nueva sociedad a la que los socialistas aspiraban, y otro tanto ocurrirá con otros principios normativos a los que se apelaban para definir sus características, tales como "fraternidad", "igualdad" e incluso "solidaridad". Esto explica los enfoques diferentes, incluso contradictorios, a través de los cuales el socialismo va a ocuparse al derecho.

La tesis que anima mi sintética reconstrucción en este trabajo es de corte histórico-conceptual: después de haber buscado un fundamento en el derecho, el socialismo termina por tomarlo como principio de explicación, sin abandonar, sin embargo, su análisis como forma específica. Esta modalidad, afincada en sus comienzos en la tradición reformista, terminará, en la segunda mitad del Siglo xx, por tener también consecuencias teóricas en la corriente que había cuestionado fuertemente el alcance del derecho, es decir, el marxismo.

Derecho y transformación social

La tensión entre socialismo y derecho es antigua y está anclada en la irrupción misma de la idea socialista durante la primera mitad del Siglo xix. Ya Saint-Simon se mostraba receloso sino del derecho, al menos de los juristas, esencialmente reducidos por él a legistas, cuya ciencia, recordaba, había sido inventada por los Emperadores romanos, los mayores déspotas. Saint-Simon operaba al mismo tiempo una diferencia entre la ley "que constituye los poderes y la forma de gobierno", y que para él no era "tan importante" para el bienestar de las naciones, y "aquella que constituye a la propiedad". Sin embargo, pensaba que los juristas estuvieron siempre más aferrados a la forma que al fondo. En verdad, por entonces, la referencia al derecho, pese a la codificación rampante, no se reducía al Estado, y podía todavía entroncar con la herencia de la Revolución Francesa de 1789. El "derecho al trabajo", una expresión forjada por Charles Fourier en fechas tan remotas como 1808, precisamente para fustigar su "ausencia" entre los derechos del hombre y "sin el cual todos los otros son inútiles" (al igual que una moral lo es sin el reconocimiento de los derechos de la mujer) es la prueba.

Tan es así, que esta fórmula se convertirá en una de las principales consignas políticas levantadas por el proletariado parisino durante la insurrección de febrero de 1848. Ese "derecho al trabajo" podía asumir ahora una dimensión estatal (republicana), especialmente en la teoría de uno de los líderes socialistas de aquel movimiento, Louis

Blanc, que la dejará asentada en su concepción de la organización del trabajo. Para Blanc, esta reivindicación de un "derecho al trabajo" encontraba su fundamento en el derecho de vivir productivamente, mostrándose como el medio para conservar la vida. Es por eso que la garantía del derecho al trabajo estaba ligada en su visión al problema de la propiedad privada, por una doble vía: toda propiedad que no proviene del trabajo no tiene fundamento, todo trabajo que no conduce a la propiedad es opresivo[3]. Su acólito en la Comisión de Luxemburgo, François Vidal, se encargará de sacar todas las consecuencias políticas con un enunciado sintético: "el derecho al trabajo […] implica necesariamente la organización del trabajo; y la organización del trabajo implica la transformación económica de la sociedad".

La importancia del derecho para el socialismo era aún más determinante en las corrientes socialistas que mostraban por aquel tiempo una mayor distancia del Estado. El caso más representativo es por supuesto Proudhon. Por lo pronto, para él, el derecho, como tal, se bastaba a sí mismo, mientras que el comunismo, tanto como el individualismo, eran "incapaces de realizarse por la sola virtud de su principio, no pasan de ser prescripciones del derecho". A decir verdad, del derecho humano, que tiene por máxima a la libertad, surge "todo un sistema de coordinaciones, de garantías recíprocas, de servicios mutuos, que es la inversa del sistema autoritario". Si bien Proudhon buscaba separar el "derecho al trabajo" de los trabajos públicos, no dejaba de promover, al mismo tiempo, la idea de constitución social, definida como "el equilibrio de los intereses fundados en el libre CONTRATO y en la organización de las fuerzas económicas". No se trataba de abandonar la gramática jurídica, por el contrario; para Proudhon, el derecho, en general, "es el reconocimiento de la dignidad humana en todas sus facultades, atributos y prerrogativas". En *De la capacité politique des classes ouvrières*, publicado de manera póstuma en 1865, Proudhon afirmaba que "el día en que ellas [las clases obreras] ingresen a la ley, ellas se apropiarán la ley, ellos la dominarán, ellos la harán. Le legitimidad de su poder no será más ni objetable, ni objetado"[4].

Es en ese contexto que la obra de Marx y Engels supuso una doble ruptura. En primer lugar con respecto al referente "justicia", en lo que contenía de trascendente: si la clase obrera no tenía ideales que realizar, como lo afirmaba Marx, no por casualidad,

3 L. Blanc, « Le socialisme — Le droit au travail » (1848), dans *Questions d'aujourd'hui et de demain*, Paris, T. IV, 1882, p. 320-323, p. 361.

4 P. J. Proudhon, *De la capacité politique des classes ouvrières*, Paris, Editions du monde libertaire, 1977, t. II, p. 418.

después de la experiencia de la Comuna de París, la tarea del socialismo no consistía "en construir un sistema social tan perfecto como fuera posible". Por otra parte, en relación al "derecho", no hay más que pertinencia teórica para explicar un proceso histórico en sus raíces materiales: "la legislación, tanto política como civil —Marx le recuerda a Proudhon— no hace más que pronunciar, verbalizar el poder de las relaciones económicas"[5]. Más aún, el derecho debe ser denunciado no sólo como elemento represivo del Estado, sino también en su significación "revolucionaria" de los derechos humanos como dimensión ideológica específica del capitalismo, especialmente en esta esfera de circulación que constituye "un verdadero Edén de derechos inherentes al hombre. No reinan aquí más que la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham!"[6].

Sin embargo, el análisis del mecanismo jurídico en el capitalismo puede tener un alcance explicativo específico para Marx, como se observa en el capítulo VIII de *Das Kapital*, y, al mismo tiempo, dejar entrever una visión para la estrategia del movimiento obrero: después de todo, la legislación sobre las fábricas en el Siglo XIX, en particular sobre la limitación de la jornada legal de trabajo, fue el resultado de una lucha secular del proletariado. Esta modesta Magna Charta del proletariado, como la denominaba Marx, no debería hacer olvidar que "el primer Derecho del Hombre del capital" es la igualdad... "ante la explotación de la fuerza de trabajo". Engels mismo estará tentado de dar, en su tentativa de desarrollar el socialismo como ciencia "en todos sus detalles y sus conexiones", un principio de sistematización a lo jurídico. Se trataba de un derecho positivo, del que él veía en el Código Civil "la expresión casi perfecta" de las relaciones jurídicas correspondientes al período de la producción mercantil.

Las palabras de Paul Lafargue en su *Droit à la paresse*, de 1883, suenan justas para resumir los prejuicios jurídicos del socialismo en lo que empieza a llamarse "marxismo". "Si, arrancando de su corazón el vicio que la domina y envilece su naturaleza, la clase obrera se elevase con su terrible fuerza, no para reclamar los *Derechos del Hombre*, que no son más que los derechos de la explotación capitalista, no para reclamar el *Derecho al Trabajo*, que no es más que el derecho a la miseria, sino para forjar una ley de hierro, prohibiendo a todo hombre trabajar más de tres horas por día, la Tierra, la vieja Tierra, trémula de alegría, sentiría precipitarse en ella un nuevo universo…". Esta oposición entre derecho y moral tendrá otros detalles más complejos…

5 K. Marx, *Misère de la philosophie*, Paris, Éditions sociales, 1972, p. 93.

6 K. Marx, *Das Kapital*, libro I, 2° sección, ch. IV.

Pero mientras tanto, la enorme figura de Ferdinand Lassalle había dejado su huella en el socialismo, primero alemán, y luego europeo. No tanto aquél que presentaba la constitución como una relación de fuerzas, teniendo a la norma escrita como una hoja de papel, sino aquel que había buscado en las evoluciones del derecho privado las transformaciones de la sociedad. ¿No era acaso Sorel quien afirmara que el jefe socialista alemán "soñó con una transformación social revolucionaria que, en lugar de producirse en una *noche jurídica*, se manifestaría a plena luz del derecho"[7]? El carácter analítico de su reflexión teórico-jurídica tiene tal importancia que se desplegaba en un libro, su *System der erworbenen Rechte* (1861), donde Lassalle propone "desprender de la ciencia jurídica la idea política y social que domina enteramente nuestra época"[8]. Lo que supone, por lo pronto, "penetrar en la materia jurídica positiva, en la realidad de las instituciones de derecho privado" —en lo inmediato, la operación permitirá a Lassalle liberar la importancia del concepto de "retroactividad" (*Rückwirkung*)—. De manera general, el líder socialista alemán considera que "la evolución del derecho a través de la historia representa una limitación cada vez más grande de la propiedad privada", lo que se traduce "en un gran avance de la civilización". Y, "si buscamos la causa común de todas estas modificaciones, la encontraremos en una concepción más rigurosa de la idea de Estado, fuente de donde surgen todos los progresos realizados en el Siglo XIX, de dónde resultan también otras, a pesar de los esfuerzos multiplicados de los pretendidos amigos de la libertad, quienes, disolviendo la concepción estricta de Estado, trabajan solo en hacer subsistir lo arbitrario individual". En ese marco hegeliano, pero pasado por la escuela de Savigny, la ley era entendida como "la conciencia jurídica de toda la nación". Según Lassalle, el individuo solo puede asegurarse los derechos si "las leyes existentes lo permiten y en la medida en que ellas lo permitan", lo que no está en contradicción con la idea de libre arbitrio, porque todo contrato incluye la cláusula tácita según la cual "el derecho será válido tanto tiempo como la legislación considere como admisible un derecho parecido"[9].

A partir del "momento Lassalle", encontraremos consolidados dos tipos de relaciones entre socialismo y derecho, ambos estrechamente ligados. El primero, que podríamos llamar teórico-jurídico, busca esclarecer las conexiones entre el socialismo y las instituciones jurídicas. El segundo, busca utilizar el derecho para el reformismo práctico.

7 G. Sorel, « Avertissement pour la troisième édition », *Introduction à l'économie moderne*, Paris, Rivière, 1922, p. IX-X

8 F. Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte,* Leipzig, Brockhaus, 1880, t. I, p. VII.

9 *Op. cit.*

Por su lado, "el marxismo", recientemente creado, considerará que toda reflexión sobre el derecho es, en el mejor de los casos, superfluo, en el peor, grotesco. "Socialismo de juristas" se burlarán Engels y su joven protegido, un tal Karl Kautsky, en relación a las teorías de Anton Menger. Engels y Kautsky "acuerdan", como mucho, en que las demandas de la clase obrera deben ser traducidas en reivindicaciones jurídicas en el programa de los partidos socialistas, lo que de ninguna manera implica una nueva filosofía del derecho.

¿Un socialismo jurídico?

Anton Menger, que convertirá a la burla en estandarte, es representativo del crecimiento de la preocupación por el derecho del socialismo ("de la cátedra" en su caso…) cabalgando entre los Siglos XIX y XX. El mismo Menger definirá —técnicamente, no idealmente— el socialismo a partir del derecho. Por lo menos, su declarado objetivo teórico era el de transformar la idea de socialismo —que él creía ante todo de naturaleza económica y social— en concepción jurídica, "el socialismo en tanto que sistema jurídico". Esta "elaboración jurídica del socialismo", como la presenta, abre, como medio de su realización por "vía de reformas pacíficas", la revolución social promoviendo además una modificación "indispensable" de la organización jurídica. Si bien la oposición entre el orden social reinante y el Estado socialista futuro "no es absoluta", sin embargo podemos "considerar la posibilidad de establecer la nueva sociedad apoyándonos sobre las nociones tradicionales del derecho y del Estado". Desde luego, esto supone la revalorización de una idea neutra de derecho, definido como "el conjunto de relaciones de dominación y de subordinación, en otros términos, de relaciones de poder que son regla de manera duradera en un país dado"[10].

El eco de esta empresa en Jean Jaurès es tal vez el mejor signo de la imposición del derecho, elaborado además en el seno de los parlamentos democráticos, en una visión reformista del socialismo. Jaurès no piensa abandonar el derecho ni en el terreno político (como lo muestra su compromiso con el llamado *affaire Dreyfus* y luego su compromiso legislativo a favor de las jubilaciones obreras), ni es su significación histórica (como lo prueba su relectura de la Revolución Francesa), para continuar la vía heurística con el concepto de derecho social. Si bien "el socialismo surge de la

10 A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, Stuttgart, J. G. Cotta, 1886 p. 1 ; Id., Neue Staatslehre, Jena, G. Fischer, 1903, p. 240.

Revolución Francesa", lo hace, ciertamente, "bajo la acción combinada de dos fuerzas: la fuerza de la idea de derecho y la fuerza de la acción proletaria naciente". Es la razón por la cual el derecho social, presentado como derecho a la vida (o también como "derecho comunista"), estará en la base de su definición de socialismo: "es sobre el derecho de la persona humana que él crea la nueva sociedad, porque quiere dar a toda persona los medios concretos de desarrollo que son los que le permitirán realizarse íntegramente". En ese sentido, el derecho social no es un derecho de clase, puramente proletario, lo que sería contrario a la idea de universalidad del derecho, según la cual un hombre, un proletario o un burgués, es igual a otro. Esto explica el estatuto particular del derecho social en Jaurès: el derecho social era el "lugar geométrico de los derechos de todas las personas". Pero por ello es también "el fundamento jurídico y moral de todo el comunismo"[11].

Para el ala izquierda del socialismo francés, el derecho era demasiado importante para dejarlo en manos de los reformistas. Retomando la vieja herencia proudoniana, Georges Sorel se va a comprometer en este camino complejo: contrariamente a un tradicional enfoque jurídico socialista, Sorel no se conformaba con determinar la significación del derecho únicamente a partir de lo social, sino que buscará sostenerlo a su manera. Porque para el teórico de la acción directa "el derecho constituye un sistema organizado de formas, que tienen valor por sí mismas, como el lenguaje". De dónde saca una importante conclusión: "el derecho, como todo aquello que es formal, no puede tener otra evolución más que hacia un segundo grado"[12]. Ya contra los avances puramente denunciadores, él sostiene que "el derecho no puede ser llevado a simples principios; él se nutre de contradicciones, de conciliaciones, de aproximaciones". Sobre esta base, él siempre distinguirá entre los reformadores sociales, que tienen "una confianza infinita en las fórmulas legislativas", y que Sorel desprecia, y los juristas, como aquellos de la Corte de Casación, que saben "que los textos no son nada y que solo la práctica importa".

El nudo de la teoría soreliana se despliega ante nuestros ojos en toda su magnitud: para él existe "un nuevo sistema jurídico" formado por "los derechos específicos de los trabajadores", cuya primera expresión parece ser la legislación de las fábricas fijando el tiempo de trabajo. Aquí aparece ya su primera característica: no se trata

11 Para su reconstrucción, ver C. M. Herrera, « Jean Jaurès y la idea de derecho social » (2000), ahora en Id., Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico, *op. cit*. p.

12 G. Sorel, *La ruine du monde antique*, Paris, Jacques, 1901, p. 39-40. Sorel reprend une idée que nous trouvons chez Proudhon, notamment dans *De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise.*

de un derecho construido sobre diferencias personales, sino profesionales". Es en las condiciones de la vida industrial que el proletariado consigue todos los valores del nuevo derecho". En ese sentido, los reclamos obreros son verdaderas reivindicaciones jurídicas "fundada(s) sobre las razones del derecho, sacadas de la misma fuente de eso que constituye el derecho a la igualdad de la burguesía". Ciertamente, dice Sorel, una lucha social no se conduce como lo hacen los demandantes ante un tribunal civil, pero la violencia no debe ocultar el alma jurídica del conflicto[13].

Más cerca de la acción, el sindicalismo obrero tendrá sus propios juristas, como Maxime Leroy. Desde 1902, señalaba que "el agrupamiento profesional tiende a devenir legislador (…)"[14]. Y es sólo cuando hayamos "formulado jurídicamente las reivindicaciones proletarias", que podemos decir que "el proletariado está organizado, consciente". En ese sentido, Leroy estima que "la cuestión práctica de la Revolución es un cuestión jurídica"[15]. El derecho proletario aparece cada vez más como una práctica social fuera de la ley. Efectivamente, "es la fábrica la que le da su unidad al nuevo derecho, así como la propiedad territorial había sido el fundamento del código civil". Este nuevo derecho, por cierto, no se encuentra en su totalidad en las leyes obreras. Y si ese derecho proletario no es oficial, no constituye un sistema jurídico. Además, según él, todo el derecho, cuando es confrontado con los actos, se presenta como "un rico y móvil sistema de costumbres cuyo carácter obligatorio surge, no de la autoridad pública, sino de la necesidad en la que encuentran los hombres por la vida en común". De la "costumbre obrera", Leroy sacará un "derecho sindical", que está en oposición al derecho civil; se trata de un "derecho animado", que corta con el "viejo espíritu de regalías" de la ley, y que se encuentra "en el corazón mismo de la legislación democrática".

En verdad, es siempre al interior de un programa reformista que, por la fuerza de las cosas, la reflexión sobre el derecho puede desarrollarse más lógicamente. Especialmente porque intención práctica, de intervención política a través del arma jurídica, se hace cada vez más explícita. Más aún, el marco republicano había permitido en Francia —pero también en Italia y más tarde en Alemania—, la emergencia de una aproximación socialista en las facultades de derecho, que, a diferencia del proyecto de Menger, es esta vez llevada a cabo por militantes del partido. Combate político y análisis teórico van siempre a la par, como lo muestran las materias jurídicas en las

13 Ver los estudios reunidos en C. M. Herrera (ed.), *Georges Sorel et le droit*, Paris Kimé, 2005.

14 M. Leroy, « Une Ligue de Juristes », *Le Mouvement socialiste*, juin 1902, pp. 1090-1091.

15 *Ibidem*, p. 1089, pp. 1092-1093.

cuales esta empresa se introduce, y que son aquellas que alcanzan a los trabajadores: al principio en el derecho penal, donde la rama criminológica permite imaginar otras perspectivas a la represión, y especialmente, dejar sentadas su raíz social. Enseguida lo concerniente a las relaciones de trabajo como tales, que comienzan a tener su propia rama en el derecho. No se tardará mucho en llegar al corazón del problema jurídico capitalista: la propiedad privada, partiendo del derecho civil.

Por ese camino, un profesor francés, Emmanuel Lévy, propone una explicación del capitalismo a partir del derecho. Más aún, adelanta una nueva "justificación jurídica del socialismo", partiendo de la idea de que la nueva forma jurídica que toma el capital es la del crédito (no ya un derecho real e individual, como la propiedad o la posesión), busca probar, en derecho, la tesis de que los derechos del capital serán absorbidos por los derechos el trabajo. Para Lévy, los obreros, en contrato con los patrones "adquieren un derecho que es un crédito colectivo del trabajo sobre el capital"[16]. La existencia de todo derecho, incluyendo el derecho (burgués) de propiedad privada, se apoya en creencias sancionadas socialmente. En consecuencia, le existencia de un derecho colectivo que se hace valer frente al capital pasa, en principio, por la creencia que la colectividad obrera tiene de sí misma, en sus derechos, que se expresa muy especialmente en los obreros sindicalizados. Porque el trabajo deviene un valor (y por lo tanto un derecho) por esta creencia colectiva[17]. Si esta creencia obrera se afirma contra el capital como "crédito sobre el capital" que se manifiesta por el trabajo (o más aún por su valor de producción), la huelga es la expresión más potente de la afirmación del trabajo como crédito colectivo. Como tal, sostiene Lévy, la huelga es generadora de nuevas creencias, es decir, de nuevos derechos.

Siguiendo la senda abierta por Lassalle, encontramos del otro lado del Rin tentativas parecidas, como la obra del austríaco Karl Renner, futuro canciller tras la caída de la monarquía hasburguiana. El parte de la idea de que "la organización es siempre una construcción jurídica y el derecho es la técnica de la sociedad", más precisamente un *technische Mittel der Gesellschaft*[18]. Como él escribirá más tarde, las formas jurídicas en sí mismas no son ni buenas ni malas, su valor es determinado por su función social. Pero su aporte teórico más importante se encontraba en un estudio publicado en el

16 E. Lévy, « L'affirmation du droit collectif » (1903), ahora en *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique* (C. M. Herrera ed.), Paris, Kimé, 2003, p. 168

17 C. M. Herrera, « Socialisme juridique et droit naturel. À propos d'Emmanuel Lévy", en Id. *Les juristes devant le politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, Kimé, 2003, p. 69-84.

18 K. Renner, *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart, Dietz, 1918, p. 58.

Marx-Studien en 1904 con el título *Die soziale Funktion der Rechtinstitute*, donde Renner analizaba los "cambios de función social" de las instituciones jurídicas (en realidad la propiedad privada). Para él, el desarrollo del derecho sería posible por un cambio de norma o por un cambio de función social. De esa forma, puede producirse una modificación del sustrato social de una institución jurídica, lo que entraña un cambio de su función social, pese a las apariencias de invariabilidad de su forma jurídica. La tesis teórica, que se presentaba como sociológica, involucra en verdad un corolario político: se puede tener una transformación radical de la sociedad sin que ello involucre una modificación completa de su régimen jurídico, o dicho de otra forma, sin una revolución. Y si la transformación de la economía social no modifica inmediatamente el derecho, podemos pensar que la transformación del sustrato social es obra de una evolución. Las ideas de Renner según las cuales los cambios fundamentales de una sociedad serían posibles sin una modificación simultanea del sistema jurídico, encontrarán un amplio consenso teórico en las filas del socialismo reformista después de la Primera Guerra Mundial[19].

Encontrar la forma política del derecho socialista

En efecto, en el mundo que emerge tras la crisis de 1914-1918, la reflexión de los socialistas sobre el derecho adquiere una dimensión nueva, inédita. Lo(s) socialismo(s) europeos llegan, por caminos diferentes, y sobre todo, antitéticos, al poder en los restos de los últimos imperios. Esas dos experiencias van a generar discursos jurídicos específicos.

De lado de Rusia, era necesario tomar rápidamente en serio la cuestión jurídica frente a ese dilema: ¿desaparición de la forma jurídica o construcción de un nuevo derecho? Desde su advenimiento, la Revolución bolchevique no pasa del derecho en términos declarativos, y universales, siguiendo el modelo revolucionario moderno inaugurado en el Siglo XVIII. Esta traducción de su programa en términos más o menos formales de derechos aparece en abril de 1918, con la Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado. La idea misma del soviet como base institucional del nuevo Estado, tendrá su materialización en las dos constituciones sucesivas de 1918 y 1924. Y los juristas soviéticos deberán confrontar la fidelidad del nuevo orden jurídico con

19 De hecho, su libro será reeditado en la República de Weimar. Cf. C. M. Herrera, "Estado, derecho, compromiso. Observaciones sobre las concepciones político-jurídicas de la socialdemocracia de Weimar", ahora en Id., *Derecho y socialismo…, op. cit.*, p. 123-151

la reconstrucción leninista al programa marxista propuesta poco antes de los eventos en *El Estado y la revolución.*

En diferentes momentos de su reflexión, Evgeny Pasukanis encarna en su persona el dilema al interior del nuevo sistema. Allí donde su superior jerárquico, Stucka, el primer comisario soviético de justicia, veía al derecho como un sistema de relaciones sociales (de producción y distribución) que correspondían a la voluntad de la clase dominante, o donde otros juristas de esta primera etapa de la Revolución se contentaban, como Reisner, de circunscribirlo en el campo de la ideología, Pasukanis iba a iniciar una crítica de la teoría jurídica burguesa según el modelo de la crítica de la economía política de Marx. A sus ojos, las propuestas de una teoría general del derecho daban no solo las características de la forma jurídica, sino que "reflejaban" las relaciones sociales y su real evolución histórica. Es la razón por la cual el jurista soviético vacía el concepto de forma jurídica, en el patrón de los análisis marxistas de la forma mercantil[20]. Lo que distingue el orden jurídico de otros órdenes sociales, es lo que "concierne a los sujetos privados aislados" y la especificidad de la norma jurídica que tiende a eso "que ella presupone una persona jurídica munida de derechos y haciendo valer, por este camino, activamente sus propósitos". Según Pasukanis, es el intercambio de mercancías —lo único que permite establecer relaciones jurídicas entre dos poseedores de mercancías en la forma de universalidad e igualdad de derechos—, que los conceptos jurídicos fundamentales (norma jurídica, sujeto de derecho, persona) tienen su origen. En ese sentido "solo la sociedad burguesa capitalista crea todas las condiciones necesarias para que el momento jurídico sea plenamente determinado por las relaciones sociales". Condenando de ese modo toda visión del derecho como conjunto de normas en tanto que abstracción sin vida, él ve en la relación mercantil "la célula central del tejido jurídico, y es únicamente en ella que el derecho lleva a cabo su movimiento real"[21].

De esa manera, el derecho es la forma que expresa las relaciones de intercambio de mercancías entre los productores – y él desaparecerá con las relaciones sociales que lo engendraron. El problema del debilitamiento del Estado y del derecho es de esta forma puesto en el centro en tanto que "desaparición del momento jurídico de las relaciones humanas", porque el fin en sí mismo del orden jurídico no es más que la circulación de mercaderías.

20 E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* (1924), trad. francesa, Paris, EDI, 1970, p. 149.
21 *Ibidem*, p. 75

Sin embargo, las necesidades soviéticas como Estado estarán presentes en las elaboraciones posteriores. La primer cuestión es aquella de su existencia como tal a los ojos de la comunidad internacional. En un artículo para la Enciclopedia Soviética del Estado y del derecho de 1925, Pasukanis insistirá sobre la ausencia de una organización de las fuerzas en el orden internacional; la regla entre los Estados burgueses es el intercambio comercial equivalente, o, dicho de otro modo, un elemento factual, el equilibrio de fuerzas, lo que da a ese derecho una condición de precariedad, relativa e inestable. Sin embargo, no es menos un derecho de clase: el derecho internacional, a la luz de la historia, se presenta como "la forma legal de la lucha de los Estados capitalistas entre ellos por la dominación sobre el resto del mundo". El derecho internacional solo puede traducir la estructura de los Estados burgueses, o más exactamente, los intereses comunes de las burguesías. La emergencia de un Estado soviético se traduce entre tanto, por un compromiso temporal entre dos sistemas antagónicos de clases, transformándose en un derecho inter-clases[22].

Del lado alemán, los socialistas asumieron abiertamente una vía reformista a través de las instituciones desarrolladas en la Constitución de Weimar, de 1919. Por un lado, con respecto a la limitación de la propiedad privada, definida además por su función social. Por otro lado, por la integración en el orden jurídico de las instituciones de control e incluso de elaboración normativa en manos de los productores, a través de los consejos de empresa y de los consejos económicos. Podríamos sintetizar así el proyecto jurídico social-demócrata en la "jus-publicisation" de la esfera del derecho, es decir hacer pasar las instituciones del derecho privado en el terreno del derecho público. Parecen entender, como lo afirma Gustav Radbruch, que "el orden de una comunidad socialista no puede ser sino enteramente un orden jurídico".

La categoría "derecho social" se presenta como la vía para pensar el conjunto de esas transformaciones jurídicas, con una vertiente política, forma jurídica de transición que permite, sin una ruptura legal, el pasaje del antiguo régimen al nuevo, pero conteniendo una dimensión teórica, cuyo fundamento era en última instancia antropológico: el hombre social suplantaba al sujeto de derecho abstracto. Para Hugo Sinzheimer, la idea de derecho social no hace sólo referencia al contenido, sino a una nueva concepción del derecho, fundada en la idea de determinación social. En particular, este abogado laboralista que había participado como diputado en la asamblea de 1919, habla de una concepción social del derecho como fundamento del derecho al trabajo, que expresa

22 E. B. Pashukanis, « International Law » (1925), ahora en *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Londres y New York, 1980, p. 179-180, p. 169, p. 172-173 en particular.

la idea del desarrollo, la creación y administración de un derecho objetivo para las fuerzas sociales libremente organizadas.

Más adelante la categoría de derecho social parece representar un estadio intermedio entre el derecho burgués y el derecho socialista, mejor aún, ese núcleo en su necesaria transformación —de esta manera, en su comentario sobre la segunda parte de la Constitución, Hermann Heller habla de ideas sociales que todavía no son socialistas—. Si bien la idea de derecho social como producto de la voluntad de los grupos sociales podía traer consigo una tensión con la definición de Estado socialista como orden soberano sobre la economía, en el contexto weimariano, ella traducía ante todo la oposición a la lógica del derecho privado y la desconfianza respecto de los aparatos del Estado, especialmente la justicia y la administración, dos instancias donde la democratización casi no se había realizado. Sinzheimer sostenía ya en los años de la guerra que el pensamiento social inscribe todo el derecho, incluyendo el derecho privado, bajo la idea de interés público. Según Radbruch, el derecho social hace visible las diferencias de potencia o impotencia sociales entre los individuos, permitiendo la intervención del Estado. La noción de derecho social estaba ligada necesariamente a la afirmación del rol del Estado: regresando especialmente la esfera del trabajo y de la economía al interés público, es posible limitar la arbitrariedad patronal, por medio de la intervención restrictiva y originaria del Estado. Esta concepción suponía menos un rechazo total del marxismo que su integración en una visión más compleja, incluyendo el capitalismo (en adelante los monopolios) y partiendo del Estado (finalmente democrático). En su visión más alejada del marxismo, esta versión podía tomar los rasgos de un socialismo ético, que ubicaba a la libertad únicamente del lado humano, removiendo toda relación entre propiedad privada y derechos[23].

Esas transformaciones del sistema jurídico impactan incluso en los juristas marxistas. Aun después de haber ganado las filas de la KPD, Karl Korsch pensaba que la limitación absoluta de la dominación de los capitalistas en las repúblicas sociales era el resultado de la conquista de derechos que los trabajadores habían obtenido como tales, es decir como miembros de la comunidad del trabajo, en tanto partes de la empresa. Se trataba de derechos de cooperación, que venían a encontrar un lugar después de las conquistas obtenidas por los trabajadores en tanto que ciudadanos (por la política social del Estado), y a través de la lucha sindical (como vendedores de su fuerza de trabajo). En ese sentido podríamos hablar de un constitucionalismo

23 Para una reconstrucción, ver C. M. Herrera, "Estado, derecho, compromiso…", cit.

industrial, pero no de una democracia industrial. Porque esos derechos encontraban siempre un límite infranqueable en el capitalismo. Si bien los consejos de empresa habían tenido en la historia reciente un impacto revolucionario, y Korsch trataba de encontrar un nuevo orden jurídico social en materia de relación laboral, no dejaba de denunciar el sistema previsto en el artículo 165 de la Constitución alemana de 1919 como muy alejado de un sistema de consejos[24].

No obstante ello, Korsch creía que los miembros de los consejos y de la clase obrera en general, debían defender la concepción social en la lucha concreta. Como escribirá más tarde, reenviando al último Engels, "todas esas reivindicaciones jurídicas, diversas y cambiantes según la época, el lugar y el grado del desarrollo social corresponden, en todos los casos, lo más exactamente posible a las circunstancias y las condiciones efectivas de la lucha de clases". Unos años después, Korsch va a precisar esta visión, apelando, como lo hará más tarde Ernst Bloch, a la noción de derecho natural: en su lucha por la elaboración del derecho del trabajo, la clase obrera lucha por la afirmación de su derecho natural, una idea dejada de lado por la burguesía. Ese derecho no es un derecho instalado por un tercero superior, el Estado, sino un derecho de la guerra y la paz entre clases antagonistas, eso es lo que le da su carácter de derecho en continua transformación y evolución.

Pese a ello Korsch atacará los análisis de autores como Renner por haber "presupuesto lógicamente", como ley general, aquello que no es más que "la forma actual del derecho que se manifiesta como fenómeno inmediato de la realidad presente del Estado capitalista", pasando por alto "toda crítica de la forma jurídica misma": por ese motivo da a Pasukanis una superioridad marxista. Sin embargo, Korsch no es suave con el jurista bolchevique: asimilando completamente la forma del derecho a la forma mercancía Pasukanis termina olvidando que la relación económica es la fundamental y la relación jurídica, solo derivada de ella, lo que conduce de alguna manera a restaurar la ideología jurídica[25].

Los años 1930 verán la crisis de ambas experiencias. Por causas externas, en el caso alemán —el abandono de todo compromiso por parte de la burguesía, luego la llegada del nazismo al poder—, internas en el caso soviético, con la victoria de Stalin. Sólo nos interesa aquí esta última, sancionada jurídicamente por una nueva constitución en 1936. La visión jurídica tomaba entonces los rasgos de la concepción de un funcionario

24 K. Korsch, *Lucha de clases y derecho del trabajo* (1922), Barcelona, Ariel, 1980.

25 K. Korsch, « Literaturbericht », *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung,* XV, 1930, p. 301-310.

siniestro, Vychinski: el derecho es el conjunto de normas establecidas por el Estado, y garantizadas por su fuerza de coacción, que es la expresión de la voluntad de la clase dominante. O "de todo el pueblo soviético" cuando se refiere al derecho de la URSS.

El cambio es visible también en el terreno de las relaciones internacionales, que impactan en la obra de Pasukanis, y muestra una perspectiva más instrumental. Ciertamente, el jurista lituano considera que "ninguna fórmula jurídica", aun cuando ella haya sido proclamada y ratificada solemnemente, no tiene importancia en si misma por fuera de la relación real de las fuerzas que se ocultan detrás de esas fórmulas. En definitiva, el derecho internacional es una de las formas, uno de los medios de los que se valen los Estados imperialistas en su lucha entre ellos por el reparto del botín. Pero con la consolidación de la URSS en el contexto internacional, nace la forma de lucha de los dos sistemas, lo que implica utilizar las instituciones y los conceptos del derecho institucional con fines revolucionarios, en una lógica leninista[26].

Al fin de la Segunda Guerra Mundial, la estabilización de la URSS en el concierto de naciones conduce a otras elaboraciones jurídicas en el campo soviético. Conviene subrayar aquí que la teoría del derecho internacional toma un giro positivo, especialmente con respecto al sistema internacional existente, que parece listo a integrar al país de los soviets. Estos aspectos determinantes conllevan una cierta naturalización de eso que sería una visión histórica, política de las relaciones internacionales. Integrados en las grandes instituciones del sistema internacional, como la Corte internacional de justicia, los juristas internacionalistas de la URSS se esforzaron por construir una doctrina soviética en los cánones del derecho internacional occidental. Conservan a veces la idea de un derecho que expresaría un período de transición entre capitalismo y socialismo –como insistían los primeros teóricos soviéticos– y donde la palabra clave sería la de la "coexistencia" de sistemas socio-económicos contradictorios.

A medida que dicha coexistencia pacífica se desarrolle, especialmente en la segunda mitad de los años 1950, esta teoría soviética se perfecciona, señalando el carácter complejo del derecho internacional como superestructura internacional, cuyas bases responden a sistemas económicos diferentes. Es esta coordinación de la voluntad de los Estados, mucho más que de la estructura económica directamente, la que produce las normas del derecho internacional, dando lugar a una superestructura común en

26 E. B. Pasukanis, *Leçons de droit international,* 1935, citado en J.-Y. Calvez, *Droit international et souveraineté en URSS,* Paris, A. Colin, 1953, p. 112-113.

tanto que derecho internacional general[27]. No por casualidad la noción de coexistencia pacífica deviene el eje de esta doctrina, porque su realización "implica la posibilidad de existencia del derecho internacional general". Se trataría de una forma específica de lucha de clases entre los dos sistemas del capitalismo y del socialismo, pero encierra un carácter pacífico[28]. En verdad, las pretensiones de definir la especificidad del derecho internacional soviético a través de tres principios —el internacionalismo socialista con respecto de los otros Estados socialistas, el principio de igualdad y de autodeterminación de los pueblos y las naciones, y el principio de coexistencia pacífica entre Estados con diferentes sistemas sociales— existieron siempre. Pero uno de los principales representantes de esa corriente, Tunkin, termina por admitir el carácter ideológico de esta posición de manera transparente: "la actitud de todo Estado respecto del derecho internacional se determina por los principios de política exterior, ligada de manera indisoluble a su política interior. La posición de un Estado en derecho internacional es función de su posición en política exterior"[29].

¿Hacia una teoría marxista del derecho?

Es justamente la consolidación de un discurso jurídico del Estado —por lo tanto conservador— en la URSS, el que va a liberar la posibilidad de una reflexión jurídica nueva al interior del marxismo occidental, con nombres destacados como Umberto Cerroni en Italia, y especialmente Nicos Poulantzas, en Francia.

Este último se propone una revisión del lugar del derecho en la teoría marxista a partir de los años 1960, a partir de la idea de autonomía relativa defendida en el último Engels. El derecho presentaría, bajo el capitalismo, una autonomía específica, que se manifiesta *en* las características propias del derecho moderno. Los efectos de la estructura económica sobre la estructura jurídica se expresaban así a través de las estructuras propias de lo jurídico, especialmente su sistematicidad axiomática característica. Pero también hay una intervención de lo jurídico sobre lo económico, que Marx, en la opinión de Poulantzas, veía como una condición de existencia. Lo económico es dominante en última instancia. En síntesis, la especificidad del derecho

27 G. Tunkin, *International Law in the International System, dans Recueil des Cours de l'Académie de La Haye,* 1975, t. IV, p. 23.

28 G. Tunkin, *Droit international public, op. cit*., p. 20.

29 G. Tunkin, *Droit international public, op. cit*., p. 31.

en la esfera de la circulación, reside en la división social del trabajo y las relaciones de producción, que le darán sus características de abstracción, formalismo y universalidad, en relación entonces a la individualización de los agentes en el proceso de trabajo capitalista, donde ellos vuelven además separados de los medios de producción. Más que ocultarlo, la ley capitalista inscribe esta diferenciación en un marco de homogeneidad. En realidad, la ideología jurídica deviene la zona dominante de la ideología en un modo de producción donde la ideología no tiene más el rol dominante (como en la Edad Media)[30].

En la última fase de su obra, expresada en su libro *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, Poulantzas descarta toda posibilidad de limitación del poder por un Estado de derecho, porque no hay oposición entre lo arbitrario, la violencia y el reino de la ley. Esta última aparece más bien como "el código de la violencia pública organizada". Y es la monopolización de la violencia física legítima por parte del Estado, la que implica a las otras técnicas del poder y especialmente a la trama de los dispositivos disciplinarios.

Estas nuevas lecturas marxistas del fenómeno jurídico van a nutrir, a comienzos de los años 1970, el nacimiento de corrientes académicas que buscan expresar una teoría crítica del derecho (en Italia, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Colombia), que aunque no se resumían a una adhesión al marxismo, adoptan posiciones anticapitalistas marcadas[31]. La dimensión práctica se radicalizaba también con las teorías del uso alternativo del derecho, promovido por jueces y otros operadores del derecho, en contacto con las fuertes movilizaciones sociales que se venían produciendo en los años 1960 en amplios lugares del planeta.

La corriente francesa, que tendrá mucho peso en el proyecto que inicia Óscar Correas desde la Universidad de Puebla a principios de los años 1980, será, con todo, la que se muestra más cercana al marxismo. Este grupo de juristas universitarios, que pertenecían en lo esencial a centros académicos marginales, van a producir, en 1978, un verdadero "Manifiesto" de la crítica del derecho, que ubica explícitamente bajo la égida del marxismo. En efecto, el grupo no partía solo de la idea, calificada "de hipótesis fundamental", de que "la ciencia jurídica es la continuación de una ciencia de lo político", pero impulsa "un uso privilegiado del materialismo histórico

30 N. Poulantzas "Marx y el derecho moderno" (1967), en Id., *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, México DF, Pasado y Presente, 1985.

31 Para una reconstrucción, ver C. M. Herrera, « Ce que "critique" veut dire en (théorie du) droit. Beaucoup moins qu'un manifeste, pas vraiment une cartographie », J*urisprudence. Revue critique*, n° 7, 2016, p. 77-89.

y dialéctico". Más aún, los fenómenos jurídicos serán incluidos en la perspectiva (política) de transición al socialismo[32].

Desde su origen, el movimiento incriminará el supuesto según el cual el derecho sería una instancia súper-estructural de las relaciones económicas, para resaltar su rol como instancia de mediación específica y necesaria. En efecto, el derecho interviene en la constitución, el funcionamiento y la reproducción de las relaciones de producción, representándolas de manera deformada, es decir, ideológicamente, ofreciendo de esa forma una perspectiva más compleja sobre el fenómeno jurídico, lo que aleja a sus seguidores de los análisis de ciertos juristas que trabajaban a la sombra del Partido Comunista Francés desde hacía algunos años. La sociedad capitalista era esencialmente jurídica.

Las crisis que seguirán a las nuevas experiencias socialistas (en rigor, social-demócratas) en los gobiernos de Europa occidental, y luego el fin de socialismo real en el Este de Europa, que se traducen finalmente en la nueva hegemonía del néoliberalismo en un mundo globalizado, no detendrán por mucho tiempo la reflexión sobre la relación entre derecho y socialismo, incluyendo una nueva vitalidad para el marxismo jurídico. No es sorprendente, en el contexto de crisis del "Estado nacional social", como lo denominara Étienne Balibar, que sea en el campo de las relaciones internacionales que las perspectivas marxistas encuentren su primer espacio de renovación. Quizás el mejor ejemplo de convergencia entre nuevos paradigmas, como el postcolonialismo, y un marxismo renovado, es la última expresión del movimiento *Third World Approaches to International Law* TWAIL, cuyos principales representantes reivindican ahora más abiertamente un análisis marxista.

En verdad, mientras tanto, una visión más compleja de la dominación, en la cual la clase obrera industrial ocupa un lugar menos central como sujeto de la revolución, hará nacer otros análisis jurídicos en las corrientes de izquierda[33]. El feminismo, los estudios de género, el post-colonialismo, las teorías de reconocimiento están en vías de alimentar a las perspectivas socialistas actuales sobre el derecho. Las nociones de Estado o de derechos son analizados con nuevas perspectivas, aun cuando esos bosquejos teóricos están más desconectados de los proyectos políticos socialistas que en el pasado. Incluso la idea de constitución será objeto de nuevas teorizaciones, en particular entre los seguidores de un socialismo del Siglo XXI que se echan raíces en

32 *Pour une critique du droit. Du juridique au politique*, Paris y Grenoble, Maspero-PUG, 1978, p. 1.

33 Por ejemplo, en derecho constitucional, me permito reenviar a Carlos M. Herrera, *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2017.

las experiencias populistas latinoamericanas de las últimas décadas. La extensión de sus objetos de reflexión quizás sea la prueba de la vitalidad de la corriente socialista en la teoría de derecho. Lo que rima con actualidad.

Literatura citada

Blanc, L, « Le socialisme — Le droit au travail » (1848), dans *Questions d'aujourd'hui et de demain*, Paris, T. IV, 1882.

Correas, O., « Entrevista con Carlos Herrera », *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n° 25, 2006.

Cristeche, M. y C. Villena, "The Struggle for the Human Right to a Good Life for Everyone: Oscar Correas's Legacy for the Crítica *Jurídica Movement in Latin America", Social & Legal Studies, OnlineFirst* March 3, 2021.

Herrera, Carlos M, *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2017.

____, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico* (trad. V. Lozano), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

____, « Socialisme juridique et droit naturel. À propos d'Emmanuel Lévy", en Id. *Les juristes devant le politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, Kimé, 2003.

____, (ed.), *Georges Sorel et le droit*, Paris Kimé, 2005.

____, « Ce que "critique" veut dire en (théorie du) droit. Beaucoup moins qu'un manifeste, pas vraiment une cartographie », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 7, 2016.

Korsch, K., «Literaturbericht», *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, XV, 1930.

____, *Lucha de clases y derecho del trabajo* (1922), Barcelona, Ariel, 1980.

Lassalle, F., *Das System der erworbenen Rechte*, Leipzig, Brockhaus, 1880, t. I.

Leroy, M., « Une Ligue de Juristes », *Le Mouvement socialiste*, juin 1902.

Menger, A., *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, Stuttgart, J. G. Cotta, 1886 p. 1 ; Id., Neue Staatslehre, Jena, G. Fischer, 1903.

Pasukanis, E. B., *La théorie générale du droit et le marxisme* (1924), trad. francesa, Paris, EDI, 1970.

____, « International Law » (1925), ahora en *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Londres y New York, 1980.

Poulantzas, N., "Marx y el derecho moderno" (1967), en Id., *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, México DF, Pasado y Presente, 1985.

Proudhon, P. J., *De la capacité politique des classes ouvrières*, Paris, Editions du monde libertaire, 1977.

Renner K., *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart, Dietz, 1918.

Sorel, G., « Avertissement pour la troisième édition », *Introduction à l'économie moderne*, Paris, Rivière, 1922.

____, *La ruine du monde antique*, Paris, Jacques, 1901.

Tunkin, G., *International Law in the International System, dans Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1975, t. IV.

NI DIOS
No god

Elina Ibarra

Resumen

Muchos órdenes políticos y sistemas normativos utilizan la expresión "dios" en sus textos oficiales: constituciones, fundamentos de sentencias, juramentos de funcionarios, etc. Sin embargo, no siempre queda explicitado qué es lo que se está designando con aquella palabra. Propongo un ejercicio reflexivo sobre el término, para analizar algunas de las propiedades adjudicadas por la tradición cristiana. Entonces, se hará evidente la contradicción que implica sostener que tal dios posee ciertos atributos en grado sumo: que dios sea perfecto, libre y puro, infinitamente bueno y misericordioso. No obstante, estas cualidades, al crear voluntariamente un mundo a partir de la nada, pudiendo crear mundo y hombre perfectos -a su imagen y semejanza- en cambio los crea falibles. Frente al mal en el mundo se muestra indiferente, e interviene sólo haciéndose escuchar por unos pocos privilegiados que se arrogan la exclusividad de esa comunicación. El poder del dios todopoderoso no interviene para evitar el mal en el mundo, pero interviene para que sus representantes creen leyes y participen de la política de los estados. Como sus afirmaciones en torno a dios y sus atributos no poseen valor de certeza racional alguna, la iglesia, sus representantes y sus seguidores deberían abstenerse de direccionar las políticas públicas a través de la no-interferencia en la creación de normas, que incluso afectan a quienes no pertenecen a su feligresía

Palabras clave: Anarquismo, Ateísmo, Estado, Derecho, Dios.

Abstract

Many political orders and normative systems use the expression "god" in their official texts: constitutions, bases of sentences, oaths of officials, etc. However, it is not always explicit what is being designated by that word. I propose a reflective exercise on the term, to analyze some of the properties assigned by the Christian tradition. Then, the contradiction involved in maintaining that such a god possesses certain attributes in the highest degree will become evident: that god is perfect, free and pure, infinitely good and merciful. However, these qualities, by voluntarily creating a world out of

nothing, being able to create the perfect world and man —in his image and likeness— instead create them fallible. Faced with evil in the world, he is indifferent, and only intervenes by making himself heard by a privileged few who claim the exclusivity of this communication. The power of the almighty god does not intervene to prevent evil in the world, but intervenes so that his representatives create laws and participate in the politics of the states. As their assertions about god and his attributes do not have any rational certainty value, the church, its representatives and its followers should refrain from directing public policies through non-interference in the creation of norms, which even affect the who do not belong to your parishioners.

Key words: Anarchism, Atheism, State, Law, God.

Introducción

El dios que se enseña en las escuelas, por el que se jura en los actos oficiales, aquel del que se habla en las liturgias de las fechas patrias y en las constituciones, el representado por todas las imágenes religiosas expuestas en instituciones y espacios públicos, al que invocan gobernantes de estados e iglesias, y también jueces en sus sentencias, el mismo en nombre del cual se han cometido y se cometen aún hoy, tantos crímenes; no sólo no es justificable racionalmente, sino que cualquier intento de argumentar en favor de las condiciones de su existencia, nos conduce a contradicciones e incoherencias.

Sin embargo, sostienen sus seguidores, al mismo tiempo la hipótesis de un dios racional, motivo por el cual intentan racionalizar sus dogmas religiosos. Una muestra de esta irracionalidad está presente en la doctrina cristiana, ya que de la afirmación de un dios poseedor de atributos en grado sumo, sólo se deducen incongruencias que no pueden ser sostenidas al mismo tiempo.

Veamos un análisis posible derivado de la afirmación de los siguientes enunciados, atribuídos a este particular sujeto:

1. *Este dios es eterno e inmutable.*
2. *Este dios es creador del mundo a partir de la nada.*
3. *Este dios es causa de todo lo que existe sin ser él causado.*
4. *Este dios perfecto es infinitamente bueno y misericordioso.*
5. *Este dios creador es gobernador y legislador infinitamente justo.*

Este dios es eterno e inmutable

Inmutable es todo aquello que no cambia ni por sí mismo ni por otros. La inmutabilidad, como propiedad de un dios o de cualquier otro ente, implica su invariabilidad, es decir, la ausencia de todo tipo de condicionamiento.

- Esta propiedad es consecuencia lógica de la inmaterialidad atribuída a este concepto llamado dios, ya que la materia es la causa de la corrupción y es sustrato del cambio.
- Por lo tanto, la inmutabilidad de un dios tal se deriva de su inmaterialidad.

Eterno es todo aquello que no tiene un comienzo ni un fin. La eternidad, como propiedad de un dios o de cualquier otro ente, implica que su existencia no está dada en el tiempo.

- Esta propiedad es compatible con la inmutabilidad, ya que lo inmutable es eterno: por definición, lo que no cambia no comienza ni termina, porque ambas instancias implicarían un cambio.
- Pero no todo lo eterno ha de ser necesariamente inmutable: algo puede no nacer y morir, no comenzar y/o no terminar, pero cambiar de estados.

Es decir que ambas cualidades implican que un ente tal no está afectado por el tiempo ni por la materia.

Este dios es creador del mundo a partir de la nada

Este dios aparece en la bibliografía clásica como el autor de la creación, es decir, como el *creador* de todo lo que existe, incluso —y, especialmente— de la materialidad.

- Pero, no puede ser el creador de la materia, puesto que ya habíamos concluido en [1.13] que este dios es inmaterial. Por lo que tendríamos que afirmar que lo inmaterial produjo lo material, lo que sería una contradicción.
- Entonces, la materia de la creación que este dios utilizó, tendría que haber existido previamente, y, deberíamos llamar *creación* a la transformación de una materialidad externa a ese dios.
- Incluso, podríamos pensar que este dios creador no creó la materia, en tal caso, la materia o bien es *eterna* o fue *creada* por otro dios, del que cabría formular

las mismas preguntas: si crea la materia, ¿lo hace porque la contiene en sí o sólo transforma la materia preexistente creada por otro?

- Pero la tradición afirma que este dios es único: crea todo a partir de la nada absoluta, por lo que hay que descartar la posibilidad de que haya algo aparte o más allá de este dios, y eso incluye obviamente, otros dioses.
- La materia puede ser eterna, pero no inmutable [1.22], por lo tanto, ésta pudo haber sido creada por otro dios que, en tal caso, ya no sería inmutable. Pero, ya hemos descartado la posibilidad de otros dioses creadores de materia.

- Y, suponiendo que ese dios inmaterial "pueda" producir lo material, esto tendría que poder realizarlo sin que se produzca en él cambio alguno, dada su inmutabilidad [1.21]. Ya que, quien crea cambia de estado: pasa del reposo, a la acción, de la potencia al acto.
  - Es decir que quien crea deja de ser inmtutable, al menos mientras crea. Entonces, quienes sostienen la teoría de un único dios creador de la materia a partir de la nada y, al mismo tiempo, afirman que este dios inmutable la ha creado, lo que es contradictorio.

- Por lo que la cualidad de *único creador* sería incompatible con la inmutabilidad e inmaterialidad.

La creación *ex nihilo*, implica que todo lo que existe —excepto el dios que crea— ha sido creado a partir de la *nada*. Esta afirmación contiene una contradicción a la que hemos hecho referencia, pero en relación con la propiedad de inmutabilidad de ese dios. Se debe tener en cuenta que, aquí creación se usa en el sentido preciso de "donde nada hay, habrá algo que surgirá de esa misma nada a causa de un poder externo a ella".

- Nuevamente, si aceptamos a este dios como el único creador: si este dios creara a partir de algo o de otra cosa que no sea él mismo, entonces tendríamos que explicar de dónde salió ese algo.
- Como ya sabemos, la tradición afirma que este dios es único en su especie, y que previo a la creación sólo es él. Entonces, sólo hay este dios y la nada —que no sabemos si es también parte de este dios, o bien, si está fuera de él—.
- Si crea a partir de la nada y, la nada está fuera de él —es decir, que es distinta de este dios— entonces este dios no es todo. Y, suponiendo que haya creado a partir de la nada, esta —por definición— tendría las mismas características

de inmaterialidad de ese dios, es decir, la nada se define por ausencia de todo, es decir, casi redundantemente: la nada no es material —entre todas las cosas que la nada no es—.

- Ya vimos que por la condición de inmaterialidad de este dios, no pudo haber sido él el creador de la materia que compone el todo existente. Por ello debe afirmarse que es a partir de la *nada* y no de sí mismo, porque de otra manera no sería eterno e inmutable.
- Entonces no sólo no pudo haberlo creado a partir de sí mismo por contradictorio, sino que tampoco pudo haberlo *creado* a partir de la *nada*, porque sería absurdo.

Este dios es causa de todo lo que existe sin ser el causado

La noción de causa, nos remite, no sólo a una relación, causa–efecto, sino a una cadena de relaciones, donde cada causa es a la vez, efecto de otra causa, y así sucesivamente.

- El ser una causa incausada es una de las atribuciones dadas a este dios, pero parece no ser más que una respuesta esgrimida para evitar la petición de principio que haría incurrir en una regresión *ad infinitum*.
- Si bien se evita caer en la regresión al infinito, se lo logra al costo de sostener el oxímoron de que el universo es efecto de una única *causa incausada.*
- Esto nos lleva al enunciado –al menos, problemático– de un dios que es causa incausada, cuyo efecto–elemento creado no está en la causa ni está fuera de ella.

Este dios perfecto es infinitamente bueno y misericordioso

La *perfección* predicada de este dios implica la atribución de cualidades, todas ellas expresadas en grado sumo.

- Esto quiere decir que lo perfecto es inmutable, ya que no necesita de nada. No necesita cambiar a un estado superior de mayor perfección, porque si así fuera, esto querría decir que no era perfecto antes.
- Por lo que concluyo que, lo perfecto es inmutable y por lo tanto, fuera del tiempo y del espacio, y por supuesto, inmaterial. Ya que si este dios contuviera

lo material, no sólo no sería inmutable sino que tampoco sería perfecto, porque ser mutable y corruptible son atributos de los entes materiales, que implican imperfección [1.3].

- 4.13 Esto significa que lo perfecto es absoluto, ya que no depende de ningún condicionamiento, y es autosuficiente. Cualquier dependencia —entendida como falta de libertad— también implicaría una falta de perfección.

La sola idea de un dios *perfecto*, nos pone frente a la dificultad de sostener racionalmente que este dios —al que nada le falta— crea voluntariamente un mundo a partir de la nada, a pesar de ser incondicionado e inmutable.

- Pero, si fuera perfecto, no tendría la necesidad de crear un mundo, porque no le faltaría nada. Un dios perfecto estaría en absoluto reposo e imperturbabilidad.
- Tampoco podría sostenerse que ha creado por un condicionamiento interno, como por ejemplo, la necesidad de realización de su potencia o porque careciera de una realización para *ser más perfecto*. Ambas posibles razones son incompatibles con la cualidad de perfección: la una, porque si necesita de algo no es perfecto, padece una carencia o una falta; la otra, porque la perfección no tiene grados, es absoluta.
- Tampoco pudo haber creado al mundo por algún tipo de condicionamiento externo, porque si fuera afectado por una voluntad o condición externa a él, entonces no podría afirmarse su inmutabilidad, y quedaría comprometida también su cualidad de ser libre —condición de la *perfección*—.

Ahora bien, si un ser *perfecto* crea libremente, lo menos que puede esperarse es que o bien su creación sea perfecta o bien que sea perfectible.

- Lo cierto es que este dios crea el universo todo y que, habiendo podido crear mundo y hombre perfectos —a su imagen y semejanza— en cambio los crea imperfectos y falibles, y luego los castiga por ello.
- No sólo admite el mal físico y moral en el mundo, sino que en vez de usar su poder para mitigarlo, usa su poder para crear un infierno.
    - Es decir que el dios perfecto que posee los atributos positivos en grado sumo y, entre esas perfecciones cuenta también con la bondad *infinita*; en vez de poner fin al sufrimiento de las criaturas que creó —sufrientes— crea, en cambio un centro punitivo, el infierno: tan eterno como él mismo y como la vida eterna prometida para después de la muerte.

- El mal en todas sus expresiones es efecto de la creación de un dios infinitamente bondadoso y todopoderoso, lo que es, al menos, incongruente.

El dios infinitamente *justo* castiga el mal de los mortales por toda la eternidad.

- Es decir que hay acciones realizadas en la vida finita que se castigan infinitamente, lo que implica que, o bien desconoce la proporcionalidad entre elcrimen y la pena, o no es tan misericordioso como para ser capaz de perdonar. En cualquiera de los dos casos estaría poniendo en duda su perfección [4.1].
- Por un lado, la falta de proporcionalidad implicaría dos límites: primero, más que un castigo inspirado en la serena razón, parece una venganza cruel y despiadada, lo que nos hablaría de un dios capaz de ser afectado por un παθός —del Griego, *pasión*— ya sea la ira, el odio, etc., y por lo tanto no sería inmutable [4.12]; y segundo, también significaría que ese dios tiene una idea de justicia que no es reparadora, ni ejemplar, ni conmutativa, y que la definición de *justicia* queda limitada a todo aquello que sea identificado como su mera voluntad.

Este dios creador es gobernador y legislador infinitamente justo

Se le adjudica a este dios ser el único autor de la creación, resultado de su perfección y bondad, sin embargo dios es un vigilante omnímodo y ubicuo de los hombres, "el dios que todo lo ve y todo lo sabe", interviene en el mundo de los hombres para decir su voluntad.

- Pero interviene sólo dejándose escuchar por unos pocos que se hacen llamar sus únicos y legítimos interlocutores, por ello, estos reclaman participar de la vida institucional de los Estados, influyendo y proyectando valores e intereses propios de su doctrina, en los sistemas normativos; como así también, se adjudican ciertos privilegiados —por ejemplo, disfrutar de beneficios sociales, indulgencias, protección que impide que sean juzgados como ciudadanos comunes—.
    - Pienso, sin duda que, serán seres excepcionales. Tanto más los altísimos jerarcas religiosos, y todos los que forman parte de la institución "iglesia", deberían sobresalir por sus virtudes —aunque cabría exceptuar de esta exigencia a los humildes feligreses—.

- Sólo así, entonces podrían los creyentes y sus pastores, demostrarle a los no-creyentes la excelencia moral del estatus religioso. Sus comportamientos ejemplares no darían lugar a dudas de que sus acciones han sido guiadas por un ser superior o inspiradas en sus verdades sagradas.
- Pero no sólo esto no es así, sino que, en muchos casos, es todo lo contrario. La creencia en este dios no erradica los males de la faz de la tierra: no impide la ambición de poder, el engaño en todas sus formas —fraude, traición, corrupción—, la violación, la violencia, la paidofilia, el robo, el infanticidio, ni el odio, ni siquiera entre los más fieles seguidores de la iglesia del amor.
- Es decir que quienes son considerados los portavoces de este dios, suelen ignorar sus designios. Las páginas de la historia están llenas de sus ignominias: personas calcinadas en la hoguera, pueblos enteros arrasados en nombre de dios y un sinfín de traiciones, conjuras e intrigas palaciegas.

El poder del dios todopoderoso no interviene para evitar el mal en el mundo, pero interviene para que sus representantes gestionen e influyan en la creación de leyes y participen de la dinámica política de los Estados.

- Si este dios tiene la capacidad de comunicar su voluntad a los seres humanos, podríamos preguntarnos, porqué restringiría esta capacidad de comunicación solamente a algunos seres humanos.
- Podemos preguntarnos porqué este dios, dada su omnipotencia, no se comunica con todos los seres que serían producto de su creación.
- También podemos preguntarnos porqué este dios se preocuparía por intervenir en los asuntos humanos, dada la brevedad e insignificancia de la vida humana, teniendo toda la eternidad por delante para afectar "la vida" eterna de su creación.

Epílogo

He intentado aquí llevar adelante un razonamiento que dé fundamento a la injerencia de un dios en los asuntos jurídicos que esté justificado racionalmente: tal empresa se ha rebelado infructuosa. Se objetará que: el dios del que hablo es una caricatura,

reducida a la pequeñez humana, ya que el dios cristiano no puede ser concebido por un ser inferior; que desde la capacidad limitada de mi ser mortal me es imposible comprender cómo este dios procede en sus misterios, en su ser inescrutable; que sus designios son inaccesibles para la racionalidad humana.

Estas son objeciones que no sólo buscan deslegitimar a todo aquel que ose disentir con este dogma, sino que al mismo tiempo habilita, autoriza, legitima sólo a unos pocos para interpretar lo —pretendidamente— sagrado: la voluntad de esa construcción que hemos descripto [1,2,3,4], y a la que sólo tienen acceso los sujetos que he descripto [5].

En definitiva, se les reclama a quienes no creen, poner en suspenso la razón, y que caigan en un estado de irreflexión llamado *Fe*. Esta es una "virtud teologal" a partir de la cual se puede aceptar lo que es lógicamente contradictorio, aplicando incluso la misma capacidad racional que, según la tradición, nos ha sido dada por ese mismo dios creador de la razón.

Esta es la condición que se nos exige para que seamos capaces de inclinarnos ante confusos dispositivos religiosos y rituales que promueven simulacros como si fueran realidades. El fundamento de estas prácticas se basa en la figura de un dios que ha establecido leyes inexorables que deben seguir, no sólo aquellos que creen en este dios y aquellos que creen en otros dioses, sino incluso aquellos que no creen en ninguno.

Y estos pocos, que pretenden ser capaces de escapar a estas limitaciones, no pueden ni siquiera escapar a su ambición de poder, ni a las debilidades de la carne, ni a la soberbia de los privilegios que ostentan. Como así tampoco pueden escapar a las exigencias metodológicas que garantizan el conocimiento, con instancias de corroboración objetivas o al menos intersubjetivas.

Nada más lejano de las afirmaciones religiosas.

Las instituciones religiosas que rinden culto a este dios dicen que las supuestas verdades sagradas no deben ser racionalizadas. Sostengo que este "no deber ser", esta "prohibición" significa un intento por evitar demostrar su incoherencia, ya que no resistirían ser sometidas a razonamientos. De ese modo caería la máscara que oculta a los verdaderos autores de esa doctrina: los integrantes de las instituciones religiosas. Estos constituyen toda una clase parasitaria, dada su condición de clase improductiva, sus instituciones se mantienen del erario público —en Argentina—. Su poder se sustenta en base a las ficciones que buscan legitimar y reproducir su escala de valores y preferencias sobre los otros, para continuar garantizando sus privilegios.

No olvidemos que aquellos que desafiaron la voluntad del buen dios y "comieron del árbol del conocimiento", desataron la reacción más furibunda. En esa ocasión, el

"creador inconmensurablemente bondadoso" se convirtió en el juez implacable que condena a los desobedientes a la vergüenza y al sufrimiento: trabajo para los hombres, dolor de parto y la sumisión para las mujeres.

Génesis 2:16-17

Y ordenó el Señor Dios al hombre, diciendo: de todo árbol del huerto podrás comer, pero del árbol del conocimiento del bien y del mal no comerás, porque del día de que de él comas, morirás. Ciertamente alguien moriría, pero no sería el hombre: con el conocimiento, con la ciencia, el que dejaría de existir sería ese dios mismo. El dogmatismo de las religiones —y todo dogmatismo— se alimenta de la negación a expandir el saber, se sostiene en algún tipo de ignorancia.

Como sus afirmaciones en torno a dios y sus atributos no poseen valor de certeza racional alguna. A pesar de ello las iglesias, sus representantes y sus seguidores no se abstienen de direccionar políticas públicas a través de la interferencia en la creación de normas que afecta incluso a quienes no pertenecen a su feligresía.

Se espera que afirmemos como verdadero el contenido del gran libro, como si su sola existencia fuera suficiente prueba de su verdad: la enunciación sustituye la prueba, constituye su fundamento de verdad y pretende convertir en real lo que enuncia. Es cierto que el lenguaje posee esa prerrogativa: existen ciertas frases que dichas por la persona autorizada, en una situación apropiada, instaura una realidad. Procedimientos similares atraviesan tanto las instituciones religiosas como las laicas.

Hace ya un tiempo, para fundamentar el Estado, la teoría política logró que el contrato social fundamente la existencia de un orden sin justicia, el derecho; ahora corresponde a la filosofía del derecho pensar en una justicia sin dios.

Literatura citada

Anónimo clandestino del Siglo XVIII *Dudas de los pirrónicos*, Buenos Aires, Cuenco de plata, 2017

Bakunin, Mijail *Dios y el Estado*, Buenos Aires, Anarres, 2010

D'Auria, Aníbal *El hombre, dios y el Estado*, Buenos Aires, Anarres, 2014

Faure, Sebastián *Doce pruebas que demuestran la no existencia de Dios*, Valencia (España), Malditos heterodoxos! 1999

Onfray, Michel *Tratado de ateología,* Buenos Aires, De la flor, 2008

Russell, Bertrand *El credo del hombre libre y otros ensayos*, Madrid, Cátedra, 1996

Stirner, Max *El único y su propiedad*, Madrid, Valdemar, 2004

ÓSCAR CORREAS, DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE SAINT-ETIENNE

Antoine Jeammaud,
Professeur honoraire de l'Université Lumière Lyon 2

Óscar Correas et moi nous sommes connus à Rio de Janeiro en avril 1981, à l'occasion d'un congrès de l'Asociação Latinoamericana de Metodologia do Ensino do Direito (ALMED), qui était alors présidée par un autre Argentin, Luis Alberto Warat, à l'époque professeur à l'Université Fédérale de Santa Catarina (Florianópolis). Ce congrès était organisé à la Pontifícia Universidade Católica locale, par une équipe de jeunes universitaires animée par un autre Argentin exilé au Brésil et professeur à la PUC-RJ, Carlos Alberto Plastino.

Exilé au Mexique depuis quelques années pour cause de dictature dans son pays natal, et alors professeur à l'Université Autonome de Puebla, Óscar participait à ce congrès au sein d'une importante délégation mexicaine. Mais pour quelle raison un professeur de droit d'une université française – provinciale et non parisienne, de surcroît - était-il également présent à cette réunion latino-américaine? Je dois, à cet endroit, livrer quelques éléments de ma propre biographie, indispensables pour comprendre notre rencontre et une partie de la trajectoire ultérieure de notre regretté ami.

J'Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Lyon III, j'avais soutenu ma thèse de doctorat dans cet établissement en février 1975 et, en décembre de la même année, j'avais été reçu au concours d'agrégation de droit privé et sciences criminelles[1] à l'issue d'une série d'épreuves devant un jury dont la composition était, par chance, plutôt favorable aux candidats «hétérodoxes» dont j'étais[2]. À l'issue de ce concours, j'avais choisi, pour des raisons familiales, d'être nommé à partir de janvier 1976 à l'Université de Saint-Etienne —ma ville natale, située à une soixantaine de kilomètres de Lyon— qui avait été créée en 1969 dans le cadre de la réforme universitaire consécutive au «mouvement de mai 1968».

C'est en 1976 également que quelques jeunes universitaires juristes et politistes - qui s'étaient connus et avaient milité à partir de 1968 dans un syndicat (de gauche) au sein de l'Université de Lyon puis des Universités Lyon II et Lyon III qui lui avaient succédé après la réforme évoquée à l'instant) – avait entrepris de réfléchir collectivement à ce qu'impliquaient, quant au contenu et aux méthodes de leur enseignement, leur représentation du monde et de l'histoire (largement empruntée au matérialisme historique) et leurs valeurs. Le premier coordonnateur de ce groupe avait été Jean-Jacques Gleizal, ancien assistant lyonnais devenu, à l'issue du concours d'agrégation de droit public de 1974, professeur à l'Université de sciences sociales de Grenoble (à une centaine de kilomètres de Lyon). Ce groupe avait créé une revue intitulée *Procès. Cahiers d'analyse juridique et politique*[3] , publiée à partir de 1978. Par ailleurs, j'avais bientôt invité Michel Miaille, professeur de droit public à Montpellier (que j'avais connu lorsqu'il était à l'Université d'Alger), auteur d'une *Introduction critique à l'étude du droit* (d'inspiration marxiste et plutôt althussérienne) publiée en 1976 par l'éditeur François Maspéro, à se joindre à ce groupe d'universitaires de la région Rhône-Alpes (Lyon II, Lyon III, Grenoble, Saint-Etienne). Puis des juristes et historiens du droit d'autres universités (Nice, Toulouse, Orléans, Paris-Nanterre, etc.) nous avaient rejoint, en même temps qu'avait été lancée une collection d'ouvrages intitulée

1 En France, le concours national d'agrégation, ouvert aux titulaires d'un doctorat, était et demeure la principale voie d'accès à un poste de professeur d'université (corps le plus élevé d'enseignants-chercheurs ayant la qualité de fonctionnaires de l'État) dans les disciplines du droit, de la science politique, de l'économie et de la gestion.

2 Il était présidé par le doyen Jean Carbonnier, prestigieux civiliste, promoteur du développement d'une certaine sociologie juridique en France, et authentique libéral, c'est-à-dire favorable au pluralisme des opinions dans le milieu des Facultés de droit, contre une majorité fortement conservatrice ou réactionnaire.

3 Comité de rédaction : Jean-François Davignon, Philippe Dujardin, Jean-Jacques Gleizal, Claude Journès, Jacques Michel, Evelyne Serverin.

«critique du droit» —des ouvrages conçus, à l'origine, comme des «contre-manuels» ambitionnant de rivaliser avec les manuels juridiques «classiques»[4]— et constituée une association homonyme[5].

Ayant choisi de me spécialiser dans l'étude et l'enseignement du droit du travail, il m'appartenait, dans le cadre de ce modeste mouvement de contestation de l'idéologie juridique et de l'enseignement des Facultés de droit, d'engager la réflexion critique sur ce secteur de nos ordres juridiques. C'est ainsi que j'avais ainsi publié dès le printemps 1978, dans le numéro 2 de *Procès*, un premier article résolument iconoclaste intitulé «Droit du travail et/ou droit du capital». La lecture de ces pages avait conduit l'influent collègue parisien directeur de la revue *Droit social*, principale revue de la discipline, à me demander une version un peu plus courte de cette première étude, qui allait être publiée dans cette revue en novembre 1978 sous le titre : «Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail». Je n'imaginais pas que cette publication serait lue ailleurs qu'en France et être à l'origine d'un contact inattendu avec l'Amérique Latine. Elle devait retenir l'attention, notamment, de Graciela Bensusán Areous, *porteña* également exilée au Mexique, animatrice de l'Area de Derecho del Trabajo de l'Université Autonome Métropolitaine-Azcapotzalco (DF). C'est ainsi que j'avais été invité à animer, en septembre 1980, un séminaire de perfectionnement pour les membres de cette unité, en un temps où, par ailleurs, j'achevais la mise au point du cinquième volume de la collection «Critique du droit», un ouvrage collectif intitulé *Le droit capitaliste du travail* (Presses universitaires de Grenoble, 1980), pour lequel j'avais notamment ré-examiné la question des «fonctions du droit du travail», question majeure du point de vue d'une théorie du droit référée à l'œuvre marxienne. Ainsi avais-je noué un premier contact avec des juristes —des *juslaboralistas*— du

4 La collection a été inaugurée par un livre-manifeste : Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel, *Pour une critique du droit,* Maspéro-Presses universitaires de Grenoble, 1978.

5 Dans un article récemment consacré à Óscar (M. Cristeche, C. Villena, «The Struggle for the Human Right to a Good Life for Everyone : Oscar Correas's Legacy for the *Crítica Jurídica* Movement in Latin America», *Social & Legal Studies*, March, 3, 2021) est évoquée sa rencontre avec « the group *'Critique du Droit'* directed by Michel Miaille » (p. 4). Or notre groupe n'a jamais été « dirigé » par l'un(e) ou l'autre d'entre nous. Au cours de sa brève existence, l'association « CD », dotée de la personnalité juridique, a été animée par un bureau élu (dont M. Miaille était membre) et représentée par un président élu en son sein (successivement : J.-J. Gleizal, M. Jeantin, puis moi-même). M. Miaille est sans doute celui d'entre nous qui a connu la plus grande notoriété dans les courants de juristes critiques (avec la publication de son *Introduction*… de 1976, puis de *L'Etat du droit* dans notre collection et sa contribution à deux autres ouvrages de celle-ci). Mais il n'a jamais eu, ni cherché à avoir, le statut de *leader* ! André-Jean Arnaud, autre figure française de l'approche « critique » du juridique, puis de la sociologie du droit, a particpé à une assemblée générale de l'association « Critique du droit », mais n'a pas exercé de véritable influence sur sa production.

Nouveau Monde. Ce sont eux qui ont suggéré aux organisateurs brésiliens du congrès de l'ALMED d'avril 1981 de me convier à cette manifestation. C'est donc d'abord à eux que je dois la chance d'avoir rencontré Óscar Correas.

II/ Auteur d'une *Introduction critique*… , qui connaissait une assez large diffusion hors de France depuis sa publication en 1976, Michel Miaille avait également été invité à ce congrès *carioca*. C'est donc ensemble que nous avons lié connaissance et entrepris d'échanger avec Óscar, à une époque où celui-ci s'apprêtait à créer la revue *Crítica Jurídica* et à contribuer de manière éminente à la constitution d'un mouvement homonyme ambitionnant de s'étendre à tout l'espace ibéro-américain.

En octobre 1982, nous nous sommes retrouvés à México-DF pour un nouveau congrès de l'ALMED, tenu au siège de la FLACSO. À cette occasion, Óscar Correas a organisé une conférence à l'Université Autonome de Puebla avec les deux visiteurs français. À partir de cette date, nous avons entretenu une relation suivie, nous sommes rencontrés assez régulièrement, notamment à l'occasion des voyages en Europe, en France en particulier, qu'Óscar a pu effectuer. Il a plusieurs fois séjourné chez moi, dans le village où j'habitais avec ma famille, près de Lyon et non loin de Saint-Etienne[6].

Sur le plan scientifique, cette période a été celle de la conclusion, à l'initiative d'Óscar Correas, d'une convention entre l'Université autonome de Puebla et l'Université de Saint-Etienne, qui n'est finalement jamais entrée en vigueur en raison d'un changement de politique de la direction de l'université partenaire mexicaine (alors que cet accord de coopération avait été accueilli avec faveur par le conseil scientifique de l'université stéphanoise). Elle a aussi été marquée par la publication, dans *Crítica jurídica* —et dès le numéro 1, en 1984— de plusieurs articles de membres de « Critique du droit »[7] et même d'un recueil d'articles de plusieurs d'entre nous intitulé *La crítica jurídica en Francia*[8]. Puis par la tenue, en octobre 1987 à Puebla, d'un séminaire international de théorie du droit auquel notre ami avait convié Jerzy Wroblewski, ancien recteur de de

6 Ses séjours étaient marqués par une sorte de rituel : ses premiers repas n'étaient composés que de fromages, arrosés de vins français.

7 En particulier d'un article sur l'«aventure» de notre association, publié le numéro 4-1986, auquel je me permets de renvoyer pour plus d'informations que je ne peux en donner ici.

8 Je ne possède malheureusement plus d'exemplaire de ce livre, dont il me semble, si j'en crois des indications trouvées sur Internet, qu'il a fait l'objet d'une nouvelle édition en 2008… ou en 2012.

l'Université de Lodz (Pologne) et réputé théoricien du droit[9], Vincenzo Ferrari, alors professeur à l'Université de Bologne[10], Carlos Cárcova, professeur de philosophie du droit à l'Université de Buenos Aires, Ruiz Miguel, alors jeune philosophe du droit à l'Université Complutense de Madrid, et moi-même. À l'issue de cette rencontre, j'ai naturellement repris le chemin de la France, mais en compagnie d'Óscar Correas et afin que débute la réalisation d'un projet dont il m'avait fait part quelque temps plus tôt : rédiger et soutenir une thèse de doctorat dans une université française. Il ne s'agissait pas, pour lui, d'obtenir un diplôme universitaire supplémentaire, mais, je crois, de se donner motif de reprendre à frais nouveaux une réflexion fondamentale à ses yeux, et de le faire en se plaçant en situation de confrontation avec un milieu scientifique nouveau, proche par les paradigmes qui le dominaient mais baigné dans une autre culture que celle de sa formation et de son activité académique.

Son choix de solliciter une inscription à l'Université de Saint-Etienne tenait certes à nos liens d'amitié, mais aussi au fait que j'avais créé dans cet établissement un centre de recherche se réclamant ouvertement du mouvement «Critique du droit» —le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID)[11]— qui était l'un des très rares laboratoires travaillant sur le droit associés au Centre national de la recherche scientifique (CNRS). De plus, il avait déjà eu l'occasion, lors d'une visite antérieure, de rencontrer d'autres membres de cette équipe et de participer à l'une de ses journées de débat.

III/

Inscrit en doctorat à l'université locale, Óscar s'est donc engagé, au cours d'un séjour hivernal de plusieurs mois à Saint-Etienne[12], dans un travail de rédaction d'une thèse. Sous ma «direction», c'est-à-dire, plus exactement, sous ma responsabilité. En cette

9 «Jorge» Wroblewski, dont plusieurs articles ont été traduits en espagnol et publiés dans CJ, est décédé brutalement (durant un séminaire tenu en Suisse) en mai 1990.

10 Qui allait être, ultérieurement, président du *Research Committee on Sociology of Law* de la *International Sociological Association*, puis directeur scientifique de l'Institut international de sociologie juridique d'Oñati.

11 Le CERCRID est né de l'institutionnalisation et de l'extension d'un groupe local d'adhérents de l'association «Critique du droit», comme allaient l'être le Centre d'études et de recherche sur la théorie de l'État (CERTE) à l'Université Montpellier I, ou le Centre de recherches en droit économique (CREDECO) à l'Université de Nice, etc.. Mais il affichait très clairement son origine dans le mouvement porté par cette association.

12 Saint-Etienne, située dans le Massif central mais assez près de Lyon et de la Vallée du Rhône, est une ville dont le développement a été étroitement lié à la révolution industrielle du XIX ème siècle, en raison de sa localisation dans un bassin minier et de sa spécialisation assez ancienne dans la métallurgie et certaines industries

circonstance, en effet, mon rôle de «directeur de la recherche» du doctorant devait et allait être modeste et singulier. Ma tâche première avait été de convaincre le conseil scientifique de l'université d'autoriser l'inscription en doctorat d'un chercheur n'ayant pas effectué ses études en France et ne disposant donc pas des diplômes qui conditionnaient, en règle générale, une telle inscription. J'y étais parvenu sans difficulté en faisant valoir le profil exceptionnel du candidat, ses acquis de chercheur et son activité professionnelle. Ensuite, j'avais pris la responsabilité d'accepter qu'il se lance dans cette aventure sur le sujet qu'il m'avait proposé. Il m'appartenait aussi de l'éclairer sur les exigences auxquelles était soumise une thèse pour pouvoir être soutenue et jugée favorablement dans une université française en général, et dans le milieu des Facultés de droit en particulier (l'importance de la forme et de la construction). Enfin, je m'obligeais à conseiller le «doctorant» sur la rédaction dans une langue pour lui étrangère —dont il possédait, en 1987, une bonne connaissance mais avait peu de pratique (surtout de pratique écrite)— puis aurais, le moment venu, à l'engager dans une procédure aux fins de soutenance publique de son œuvre. Une décision que l'on ne peut sérieusement prendre que si l'on a la certitude que la thèse ne sera pas jugée défavorablement par la majorité du jury!

Ma mission s'est avérée assez simple. Óscar, avait construit et problématisé l'objet —ce que nous appelons paradoxalment le «sujet»— de sa thèse : la critique du droit comme analyse du discours. Je connaissais peu, à l'époque, cette disicipline émergente que l'on s'accorde à dénommer «analyse du discours», et ce doctorant hors du commun s'est, comme prévu, largement «autodirigé». Il m'a tenu informé de l'avancement de son chantier, et j'ai reçu un jour —par courrier postal, à l'époque— le manuscrit d'une première version. La teneur du texte était tout à fait intelligible, riche et très personnelle, mais l'expression m'avait paru devoir être révisée. J'ai alors

textiles. L'agglomération stéphanoise (la ville et d'autres communes constituant sa banlieue) a été l'un des centres de développement du mouvement syndical ouvrier. Réputée pour la fabrication des armes et des cycles, elle l'a été aussi pour le théâtre populaire, comme son importance dans le domaine sportif (sport cycliste, puis football avec la légendaire équipe des «Verts» dans la seconde moitié du siècle passé). Sur le plan intellectuel et culturel, elle appartient à la zone d'influence lyonnaise et était dans l'aire de recrutement de l'Université de Lyon jusqu'à la création de l'université locale en 1969. La ville, qui a compté jusqu'à 200.000 habitants (350.000 pour l'agglomération) il y a un demi-siècle - ce qui en faisait une « grande ville » dans un pays où les communes (*municipios*) sont très nombreuses et les villes relativement peu peuplées —a connu un déclin lié à la crise de ses industries traditionnelles et perdu plusieurs milliers d'habitants. Sa situation géographique vaut à la cité de connaître souvent des hivers rudes, avec des températures inférieures à zéro degré et des chutes de neige— d'une neige qui rend parfois périlleuse la circulation des véhicules et des piétons, d'autant plus que la ville est construite sur et entre des collines. C'est ce climat qu'Oscar, équipé il est vrai de son élégant *poncho* recouvrant son manteau imperméable, a dû affronter au cours de l'hiver 1987-1988!

assumé, en cette période des fêtes de fin de l'année 1991, l'essentiel de ma tâche: lire attentivement et recommander à l'auteur de reprendre l'écriture en lui proposant un certain nombre de corrections.

Je crois que je n'ai pas dû attendre beaucoup plus de trois mois avant de recevoir une version entièrement révisée de l'ouvrage : la version, propre à être «victorieusement» soutenue, d'une thèse intitulée *La critique du droit comme analyse du discours*, soumise à l'«Université Jean Monnet de Saint-Etienne»[13].

En 1992, la procédure de soutenance de thèse était moins lourde qu'aujourd'hui. L'essentiel était de composer un jury, agréé par la présidence de l'université, comprenant des professeurs ou chercheurs de rang équivalent, aptes, par leur spécialité et leurs propres travaux, à juger de la qualité de la thèse, c'est-à-dire jouissant d'un crédit garantissant cette qualité. J'ai donc proposé que le jury d'Óscar Correas soit composé de la manière suivante : Michel Miaille, professeur à l'Université Montpellier I et directeur du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État de cette université, André-Jean Arnaud, directeur de recherches au CNRS, très connu en Amérique Latine et premier directeur de l'Institut international de sociologie juridique d'Oñati; Marie-Claire Rivier, professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet et membre du CERCRID ; Evelyne Serverin, juriste et sociologue, docteure en droit, chargée de recherche au CNRS et directrice-adjointe du CERCRID ; moi-même, président du jury en qualité de directeur de la recherche du doctorant[14]. La date du 5 juin 1992 a été fixée pour la soutenance.

La thèse comptait 465 pages de texte (hors bibliographie et table alphabétique). L'introduction n'était pas du genre de celles qu'il est habituel de rencontrer dans les thèses de juristes français. Dans un style très direct —clairement plus latino-américain que français— elle évoquait les limites de la *Introducción a la Crítica del Derecho*

13 Les universités nées de la division des universités existant avant la réforme engagée à la fin de 1968 (Université de Paris, Université de Lyon, etc.) ou celles créées dans le cadre de cette réforme, ont souvent choisi de souligner leur identité en se dotant d'un nom emprunté à un personnage célèbre, si possible originaire de la ville ou de la région («Université Claude Bernard» pour Lyon I, «Université Louis Lumière» du nom de l'un des deux frères inventeurs du cinéma pour Lyon 2), ou d'un nom lié à leur localisation («Université Panthéon-Sorbonne» pour Paris I). L'Université de Saint-Etienne a choisi, en 1989, de se placer sous le patronage de Jean Monnet, homme d'affaires et diplomate (sans lien particulier avec la ville ou la région) passé à la postérité pour avoir œuvré activement, dans l'immédiat après-guerre, à la construction de ce qui est aujourd'hui l'Union Européenne. Je m'étais personnellement prononcé pour une appellation géographique…

14 Depuis lors les règles de soutenance et de composition du jury ont été modifiées. Aujourd'hui, si le directeur de la recherche est toujours membre du jury, il n'en est plus le président de droit: cette présidence est assurée par un autre membre du jury, appartenant à une autre université que celle de la soutenance.

(Esbozo) publiée dix ans plus tôt au Mexique par l'auteur, s'efforçait de caractériser ce que celui-ci dénommait «la critique du droit française» (en faisant référence à des textes issus de «Critique du droit»), et annonçait le programme articulé des douze chapitres à venir, tout en revendiquant leur adossement au marxisme, dont il était affirmé clairement que la chute du mur de Berlin ne signifiait pas la ruine en tant que *corpus* théorique. Le texte était, après cette vigoureuse introduction, divisée en deux parties —selon l'un des canons de la thèse de droit «à la française» (en tout cas dans les disciplines de droit privé)— sous lesquelles étaient ordonnés les chapitres annoncés. Ces parties étaient respectivement intitulées: «Le droit comme discours et sa critique» et «La critique juridique comme analyse du discours». Deux titres composaient la première : «Le droit et l'idéologie» (titre divisé en quatre chapitres), et «La connaissance du droit et la critique juridique» (trois chapitres). La seconde partie était également divisée en un titre «Le référent et la cause du droit» (avec trois chapitres) et un titre «La critique du discours du droit» (comportant aussi trois chapitres, dont un copieux «Epilogue et bilan»). Nul doute que, malgré le classicisme de sa structure (deux parties elles-mêmes divisées en deux titres), ce plan s'exposait à des critiques de juristes universitaires français attachés à l'orthodoxie de la forme régnant dans l'Hexagone, en raison du libellé de certains intitulés (notamment de la proximité de l'intitulé de la seconde partie avec celui de la thèse elle-même). Mais les teneurs respectives de chacune des divisions et subdivisions étaient assez clairement et rationnellement distinctes pour que je compte que les futurs juges de l'ouvrage n'en fassent pas sérieusement grief à l'auteur.

Je pensais surtout, qu'au-delà de ces questions de pure forme, la soutenance n'allait pas être un exercice tranquille pour Óscar —mais quel *orientador* d'une thèse près d'être soutenue n'éprouve pas ce sentiment?— parce que certains de ses points de vue ne pouvaient manquer d'être discutés par tel ou tel membre du jury, nonobstant son estime ou son amitié pour ce candidat au doctorat. La discussion sur le fond, vive éventuellement, est l'essentiel de l'intérêt d'une soutenance de thèse. Or je redoutais l'épreuve singulière que constituerait l'obligation de répondre instantanément et débattre dans une langue que le candidat ne pratiquait pas quotidiennement, puisqu'il ne devait revenir en France que pour quelques jours aux fins de soutenance.

Ces craintes se sont révélées infondées. Si les quatre membres du jury autres que le président —évidemment solidaire de l'auteur et concerné par les critiques susceptibles d'être adressées à son travail— ont manifesté une naturelle sympathie pour celui qui était aussi et d'abord un collègue, ils n'ont fait preuve d'aucune complaisance.

Le doctorant a été interpelé sur plus d'un point, invité à expliquer, préciser, étayer plusieurs de ses assertions. Mais il a chaque fois répondu, dans un excellent français, par des prises de parole claires et argumentées. Pour le dire autrement, Óscar Correas a offert une soutenance de belle qualité. Voilà qui ne pouvait que convaincre le jury de lui décerner, à l'unanimité, le grade de docteur en droit, assorti de la mention «très honorable» (la plus élevée) et de ses félicitations.

La principale satisfaction que j'aie pu éprouver à l'issue de cette «aventure» est celle d'avoir contribué à rendre possible la réalisation d'un projet —fort audacieux mais utile— de mon cher et très estimé ami Óscar. La thèse produite il y a près de trente ans déjà a établi des divergences entre ses analyses et celles d'auteurs ayant appartenu au mouvement français «Critique du droit» : l'«Epilogue et bilan» présenté en forme d'ultime chapitre de l'ouvrage en témoigne sur plus d'un point et, pour ma part, je n'ai pas été totalement convaincu. Mais ce travail a requis un formidable effort d'analyse, qui contraint le lecteur sincère à réfléchir et à s'interroger intensément, et dont il me semble, par ailleurs, que l'auteur a pu utiliser certains résultats dans ses publications ultérieures au Mexique et en d'autres pays hispanophones (*Teoría del Derecho, Introducción a la Sociología jurídica, Crítica de la Ideología jurídica*, etc.). Je considère pour cela que ce jour de juin 1992 où Óscar Correas a été reçu docteur de l'Université de Saint-Etienne reste une date mémorable dans la trajectoire du CERCRID, une date où ce centre de recherches s'est honoré[15]!

Nous n'avons pas, par la suite, collaboré autant que nous l'avions, l'un et l'autre, espéré. Certes, dès le mois de juillet suivant j'ai participé au congrès international de sociologie juridique organisé par Óscar à l'UNAM, et me suis notamment chargé

15 J'ai quitté en 1997 la direction de CERCRID, et ai été remplacé par Pascal Ancel, professeur de droit privé qui avait connu Óscar. En 1998, j'ai demandé ma mutation de l'Université de Saint-Etienne à l'Université Lumière Lyon 2, afin d'enseigner principalement à l'Institut du Travail de Lyon (une sorte de petite faculté interdisciplinaire consacrée aux questions du travail et de la protection sociale, où je donnais d'ailleurs des cours depuis 1976). Mais le Centre de recherche en droit social constitué dans le cadre de cet IETL, et dont j'ai dû assurer la direction en 2006, a souhaité s'intégrer dans le CERCRID. J'ai ainsi retrouvé, à la fin de ma carrière, cette formation de recherche que j'avais fondée en 1982. Retraité au mois de septembre 2009, j'ai encore appartenu quelques années au CERCRID en qualité de professeur émérite à l'Université Lyon 2. Cette appartenance a dû prendre fin au terme de mon éméritat. Désormais professeur honoraire, sans place institutionnelle dans l'Université, je suis seulement associé au CERCRID. Mais ce centre a beaucoup changé : né comme groupe purement volontaire, il regroupe obligatoirement, aujourd'hui, tous les enseignants-chercheurs et chercheurs des disciplines juridiques de l'Université de Saint-Etienne et de l'IETL de l'Université Lyon 2, le souvenir de «Critique du droit» et du CERCRID «historique» (celui des années 1982 à 2010 environ) ne subsiste que chez quelques-uns de ses membres. Les pratiques jadis emblématiques de travail collectif, de débat collectif et critique, y sont pour le moins réduites. C'est une autre époque ! Mais la bibliothèque compte toujours un exemplaire de la thèse d'Óscar Correas!

d'un atelier sur le droit du travail dans le champ de la sociologie juridique auquel j'avais pu obtenir la participation, d'autres chers et très estimés collègues (Ulrich Zachert, professeur à Hambourg, tragiquement disparu il y a dix ans, Guylaine Vallée, professeure à l'Université de Montréal, Graciela Bensusán, qui avait quitté les disciplines juridiques pour la sociologie tout en continuant à explorer le champ des relations du travail). Si nous nous sommes revus par la suite, en France ou au Mexique (j'ai pu lui rendre visite dans sa maison d'Atlixco à l'occasion de ma participation à un congrès de droit du travail tenu à Puebla en 2002), nous n'avons trouvé d'autre possibilité de collaboration qu'en 2004, lorsque j'ai pu profiter d'une invitation de diverses institutions établies dans le DF (UAM Azcapotzalco, Junta de Conciliación y Arbitraje) pour participer —trop rapidement : le temps d'un exposé[16]— à la Première conférence latino-américaine de «Crítica jurídica», organisée par Óscar et son équipe à l'UNAM, dans le cadre du CEIICH.

Invité à la rencontre organisée en septembre 2012 pour rendre hommage à cet infatigable pionnier, je n'ai pu être présent parce que, à la même période, se tenait à Santiago (Chili) le Congrès mondial de la Société international de droit du travail, convoqué tous les trois ans, dans lequel de devais intervenir. J'avais donc envoyé aux organisateurs un message d'hommage et d'amitié destiné a être lu publiquement au cher Óscar Correas. J'ignorais que je ne le reverrais plus, que nous ne nous reverrions plus!

16 Dont un produit de l'enregistrement («La crítica jurídica en Francia. Veinte años después») a été publié dans Crítica Jurídica, 25, 2006, p. 111 et suivantes

A CRISE DO TRABALHO NO BRASIL–UMA BREVE ANÁLISE DOS EFEITOS DA DESREGULAMENTAÇÃO SOBRE O EMPREGO E A RENDA DOS TRABALHADORES

Ricardo Nunes[1]
Wilson Ramos Filho [2]

Introdução

Os últimos cinco anos no Brasil foram anos de restabelecimento de uma agenda neoliberal pautada, dentre outras coisas, na desregulamentação do mercado financeiro, do trabalho e apropriação progressiva do orçamento público pelos muito ricos. Desde o golpe de estado perpetrado em 2016, o capitalismo brasileiro avança suas pautas de poder e reclama, de volta, os anéis que cedeu nos quatorze anos anteriores de governo democrático popular.

A justificativa pública para apear do poder uma presidente democraticamente eleita; execrar publicamente o maior partido político popular brasileiro, o Partido dos Trabalhadores, deslegitimando seus ideais e feitos políticos; prender a maior liderança política da América Latina para que não participasse das eleições presidenciais havidas no ano de 2018, sempre foi uma suposta necessidade de "salvar a economia

1 NUNES DE MENDONÇA, Ricardo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Doutorando em Ciencias Jurídicas y Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilla – España. Professor licenciado de Direito do Trabalho do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Diretor de Pesquisa do Instituto Defesa da Classe Trabalhadora– IDECLATRA.

2 RAMOS FILHO. Wilson. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito (1996), Doutor em Direito pela mesma instituição (1998) e pós-doutor (2009) junto à EHESS de Paris. Professor de Direito do Trabalho e Direito Sindical na UFPR, professor Catedrático em Direito do Trabalho no Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL e professor de Derechos Humanos y Sociales no programa de Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarollo da Universidad Pablo de Olavide, Sevilla – España. Presidente do Instituto Defesa da Classe Trabalhadora – IDECLATRA.

brasileira", a partir de um reposicionamento liberal que prometia oportunidades de trabalho, emprego e renda a uma população que desde 2015 sofria com os efeitos da crise democrática —fruto da desestabilização política patrocinada pela direita, derrotada nos últimos quatro processos eleitorais— e da baixa demanda agregada decorrente da desaceleração do mercado internacional de commodities.

Esse era o discurso entoado por parlamentares filiados aos partidos da direita do espectro político nacional, por membros da Direita Concursada, do Poder Judiciário e do Ministério Público, partidarizados, em boa parte, a partir da Operação Lava-jato, dos sindicatos, federações e confederações patronais e pelos meios de comunicação de massas, comprometidos com os interesses do capital.

Na verdade, o que moveu o golpe de estado foram outros interesses que não os dos trabalhadores e das trabalhadoras brasileiros, mas os do capital financeiro e do chamado capital produtivo que ansiavam por superar os prejuízos oriundos do parco crescimento do PIB e da baixa demanda agregada global, da diminuição das margens de lucro e, sobretudo, retomar o poder, o controle e a gestão da classe operária brasileira que nos últimos quatorze anos havia avançado, ainda que de maneira insuficiente, em suas pautas, nos processos de luta por dignidade, acesso a bens e serviços, em detrimento dos projetos políticos neoliberais da elite brasileira.

As linhas seguintes têm por propósito demonstrar, segundo dados oficiais, como o capitalismo reagiu à crise financeira de 2008 e quais foram as consequências da intensificação da agenda neoliberal, saída hegemônica triunfante nos últimos quarenta anos, sobretudo no ocidente, sobre o emprego e a renda dos trabalhadores.

Em seguida a uma perspectiva ampla do mundo do trabalho pós 2008, far-se-á uma análise das particularidades e singularidades do mercado de trabalho brasileiro no mesmo período, de maneira a tentar identificar quais as consequências econômicas dos modelos políticos adotados ao longo da década sobre o emprego, a renda e as condições de vida e consumo da classe trabalhadora nacional. O propósito é verificar e comparar quais foram os impactos, nos indicadores oficiais, das decisões políticas que, por um lado, priorizaram o trabalho e os direitos sociais como elementos centrais da organização socioeconômica e, por outro lado, priorizaram o capital e a desregulamentação da malha de proteção ao trabalho como saída para a crise de baixo crescimento econômico, parca demanda agregada e redução das margens de lucro.

Os dados utilizados foram dados coletados, tratados, tabulados e publicados por prestigiosos organismos internacionais e nacionais responsáveis por estatísticas econômicas e sociais, tais como a Organização Internacional do Trabalho – OIT; o

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE); o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; além de outras organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Oxfam.

AS CONSEQUÊNCIAS DA CRISE FINANCEIRA DE 2008 E DA INTENSIFICAÇÃO DA AGENDA NEOLIBERAL SOBRE O MUNDO DO TRABALHO

Em estudo macroeconômico publicado em 2015 a respeito das mudanças na natureza dos postos de trabalho no mundo, com dados sistematizados em pesquisa realizada em mais de 180 países em condições econômicas distintas, a OIT concluiu que o momento da economia mundial era de "fraca demanda agregada global, crescimento econômico lento e baixa criação de postos de trabalho".[3]

Observando as mudanças no mundo do trabalho a partir da crise de 2008, entre os 84 países com dados disponíveis, a OIT afirmou que em 2015, aproximadamente um em cada quatro trabalhadores —26,4%, para ser mais preciso— estavam empregados com contratos de trabalho permanentes. Outros 13% trabalhavam em regime de trabalho temporário ou de contratos de trabalho por tempo determinado, e a imensa maioria, algo em torno de 60,6%, trabalhava sem qualquer espécie de contrato escrito[4].

Nos países de economia com alta renda, mais de três quartos dos trabalhadores estavam empregados em regimes de contrato permanente, sendo que dentre estes, menos de dois terços eram contratos de trabalho a tempo integral. Outros 9,3% laboravam em regimes de contrato temporário e 14% dos trabalhadores não dispunha de proteção contratual alguma[5].

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2015). **World employment and social outlook: Trends 2015**. Geneva: ILO. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_337069.pdf, p. 32: "(...) vicious circle of weak global aggregate demand, slow growth and slow employment creation that has characterized the global economy and many labour markets throughout most of the post-crisis period (...)" (tradução nossa).

4 OIT (2015), p. 30. "(...) *Among countries with available data, covering 84 per cent of total global employment, only around one-quarter (26.4 per cent) of workers are employed on a permanent contract, with around 13 per cent on a temporary or fixed-term contract and the significant majority (60.7 per cent) working without any contract (...)".*

5 *Idem. "(...) Among high-income economies, more than three-quarters of workers are on a permanent contract (of which less than two-thirds are full-time), a further 9.3 per cent are on a temporary contract and*

Nos países de economia com renda média, considerando o universo de países com dados disponíveis, os quais correspondiam a 88% de toda a força de trabalho do bloco, a OIT apontou que aproximadamente 72% dos trabalhadores estavam trabalhando sem contrato formal e apenas 13,7% com contratos de trabalho permanentes[6].

Entre os treze países de economia com baixa renda que dispunham de dados úteis —os quais agregavam 49% de toda a força de trabalho do bloco—, a OIT apontou que somente 5,7% dos trabalhadores dispunham de contratos permanentes e quase 87% laboravam sem proteção contratual alguma[7].

Entre os empregados (os que trabalham, como no Brasil, de forma pessoal, habitual, onerosa e subordinada), menos de 50% tinham relações de emprego duradouras com contratos de trabalho de tempo integral, e a tendência, à época, já era de redução desse percentual[8].

Nos países de economia com alta renda, o que os dados denunciaram foi que desde antes da crise[9], e, por óbvio, depois dela, verificou-se uma tendência de declínio da segurança no emprego, com aumento da mão de obra sem proteção contratual e de trabalhadores por conta própria, em contraste com a redução dos postos de trabalho com contratos permanentes[10].

Aprofundando a análise dos dados numa perspectiva de gênero, a conclusão a que se chega é que a crise do trabalho, para as mulheres, foi —e continua sendo— muito mais grave que para os homens. As estimativas de déficit de postos de trabalho feitas pela OIT no período de 2009 a 2014, desde a perspectiva desagregada de idade e sexo, demonstram que quase 73% do déficit dos postos de trabalho apurado, derivou

---

only 14 per cent are without a contract (...)".

6 *Ibidem. "(...) Among middle-income countries with available data (covering 88 per cent of all employment in middle-income countries), nearly 72 per cent of all workers are employed without a contract, with only 13.7 per cent working under a permanent contract (...)".*

7 *Ibidem. "(...) Across the 13 low-income countries with available data (covering 49 per cent of total employment in low-income countries), only 5.7 per cent of workers are employed with a permanent contract, with nearly 87 per cent of workers having no contract at all (...)".*

8 *Ibidem. "(...) Yet, even among wage and salaried workers, only around half are working on a permanent contract (...)".*

9 Para entender melhor o processo de corrosão da solidariedade pública e da sociedade de pleno emprego desde a lógica neoliberal, ver SENNETT, Richard (2000). **La corrosión del carácter: las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo**. Barcelona: Editorial Anagrama e BECK (2000).

10 OIT (2015), p. 30.

da redução da participação das mulheres (em particular as mulheres com mais de 25 anos) no mercado laboral[11].

A recuperação das taxas de ocupação entre as mulheres nos anos que sucederam 2008 também foi mais lenta que a dos homens na maior parte do mundo. A única região em que este fenômeno não se verificou foi a América Latina e o Caribe[12].

As mulheres também são as que mais ocupam postos de trabalho a tempo parcial —modalidade contratual precária que disparou, fundamentalmente depois da crise financeira de 2008[13]— e as que mais se dedicam ao trabalho denominado reprodutivo e de cuidados.

A respeito do trabalho a tempo parcial, a propósito, importa destacar que no período de 2009 a 2013, na imensa maioria dos países com dados disponíveis, o crescimento do número de postos de trabalho por meio de tal modalidade contratual ultrapassou e muito o crescimento do número de postos de trabalho a tempo integral.

Em países como a França, a Itália, o Japão, e a Espanha, bem como no restante da União Europeia (UE-28)[14], de forma mais ampla, a criação de postos de trabalho a tempo parcial foi contemporânea à redução de postos de trabalho a tempo integral, o que, inclusive, implicou recessão do mercado laboral no período em referência[15].

11 *Idem*, p. 18. *"(...) Analysis of the age- and sex-disaggregated estimates shows that nearly 73 per cent of the global jobs gap in 2014 was due to a shortfall in employment among women (primarily adult women), who comprise only around 40 per cent of the global labour force. (...)".*

12 *Ibidem. "(...) There has also been a comparatively slower recovery in female unemployment rates over the period from 2009 to 2014 in many regions. In the Developed Economies and European Union region, the female unemployment rate decreased by 0.1 percentage points over this period, while the rate among men declined by 0.9 percentage points (...) In the European Union, unemployment rates among men and women increased between 2009 and 2014, with a larger relative increase among women. Female unemployment rate trends underperformed corresponding trends among men in all regions of the world except Latin America and the Caribbean. (...)".*

13 *Idem*, p. 29. *"(...) Part-time employment is widespread. Across 86 countries, covering 65 per cent of global employment, more than 17 per cent of persons in employment were working on a part-time basis of less than 30 hours per week (...) Women were far more likely than men to be found in part-time employment, with 24 per cent of employed women across the sample of countries working on a part-time basis, compared with 12.4 per cent of employed men. (...)".*

14 Na Alemanha, os chamados minijobs são trabalhos a tempo parcial em jornadas máximas de 15 (quinze) horas semanais e remuneração limitada a € 450,00, e têm sido muito utilizados para explorar o trabalho de refugiados e alemães desempregados. Para maiores informações ver MINIJOB-ZENTRALE (2021). **Minijobs im Überblick**. Site institucional de Minijob-Zentrale. Disponível em https://www.minijob-zentrale.de/DE/01_minijobs/01_basiswissen/01_grundlagen/01_was_sind_minijobs/node.html; EL PAIS URUGUAY (17 de maio de 2016). **Los refugiados trabajan por um euro por hora**. El Pais Uruguay. Disponível em http://www.elpais.com.uy/mundo/refugiados-euro-hora.html

15 OIT (2015), p. 29. *"(...) In the vast majority of countries with available information, the rise in the number of part-time jobs outpaced gains in full-time jobs between 2009 and 2013.16 In France, Italy, Japan,*

Entre os países com dados disponíveis, os únicos que privilegiaram a contratação por tempo integral em detrimento da contratação por tempo parcial, entre 2009 e 2013, foram: Brasil, Rússia e Estados Unidos da América, afirma a OIT[16].

Ainda segundo o estudo, "nos últimos anos, alguns países, notadamente na Europa, fizeram mudanças que reduziram o nível de proteção dos trabalhadores formais (empregados) e não formais, como uma proposta de estímulo à redução do desemprego"[17], mas o que se pode concluir, a partir dos dados amealhados, foi que "as medidas restritivas de direitos dos trabalhadores não reduziram o desemprego". Ao contrário, os que as pesquisas e os dados evidenciaram foi que "as más projetadas mudanças legislativas que reduziram a proteção dos trabalhadores são provavelmente contraproducentes para as políticas de emprego e participação no mercado de trabalho, a curto e longo prazo"[18].

De acordo com as estimativas da OIT, no período que sucedeu a crise de 2008 até 2014, anos das medidas de desregulamentação das malhas de proteção ao trabalho e a renda, a média de crescimento dos postos de trabalho —que no período de 2000 a 2007 era de 1,7% ao ano—, caiu para 0,9% ao ano, o que incluiu no rol dos desempregados 61 milhões de pessoas além do estimado, caso houvesse sido mantida a taxa de crescimento dos anos anteriores[19].

Em razão dessa elevação do número de desempregados e da adoção de medidas de desregulamentação dos direitos dos trabalhadores, houve severa redução da demanda agregada e do consumo global, obviamente em razão da redução da participação da massa salarial em tudo o que se produziu em termos de riquezas[20].

Spain and the EU-28 more broadly, increases in part-time employment occurred alongside losses in full-time jobs – leading in some instances to overall job losses during this period. For instance, in the EU-28, full-time employment declined by nearly 3.3 million, while part-time employment increased by 2.1 million. (...)"

16 *Idem*, p. 30.

17 *Idem*, p. 14. *"(...) in recent years some countries, notably in Europe, have made changes that have reduced the level of protection for workers in both standard and non-standard employment, with a view to stimulating employment growth. (...)" (tradução nossa).*

18 *Idem*, p. 15. *"(...) that reducing protection for workers does not lower unemployment. Indeed, the findings in this report suggest that poorly-designed changes that weaken employment protection legislation are likely to be counterproductive for employment and labour market participation, in both the short and the long run (...)" (tradução nossa).*

19 *Idem*, p. 17.

20 BECK (2000), p. 51 e 61. O autor, ao final dos anos 1990, em seguida à crise asiática, já alertava para a progressiva redução de número de postos de trabalho, em particular os com melhor remuneração, o que depois da crise de 2008 se acentua. Veja-se: *"(...) el mundo idílico de la sociedad del pleno empleo se vino abajo con la crisis del petróleo. Hasta 1996, el número de parados, en comparación con 1970, se ha multiplicado por diez,*

A OIT asseverou que:

> (...) a perda anual da massa salarial decorrente do aumento das taxas de desemprego no mundo, pulou de menos de US$ 160 bilhões em 2008 para US$ 920 bilhões em 2009, crescendo para além de US$ 1,1 trilhão anualmente no período de 2010 a 2012 e superando US$ 1,2 trilhões em 2013. (...) Ao total, entre 2008 e 2013, o crescimento do desemprego resultou perdas salariais estimadas em US$ 5.789 trilhões. (...)[21]

Toda essa riqueza foi transferida da classe trabalhadora para os donos do capital. E não é difícil compreender, segundo a lógica econômica hegemônica, que a redução da massa salarial e a ampliação da concentração de riqueza por parte dos muito ricos estão intimamente relacionadas com a diminuição do consumo, da demanda agregada e com o parco crescimento econômico experimentado[22] pelos países em crise desde 2008[23].

---

al margen de algunos pequeños bandazos coyunturales. El número (y la tasa) de parados crece desde los años setenta de manera continua, al mismo tiempo que disminuye el volumen laboral per cápita de la población. (...) Este modelo de consenso de después de la Segunda Guerra Mundial se está quedando sin cimientos en el modo de producción global fundado en la ciencia y las tecnologías de la información. Por una parte, se viniendo abajo la clásica interrelación entre productividad, crecimiento económico y empleo. En efecto, en el ámbito de la economía global altamente productiva se produce cada vez más, pero con cada vez menos mano de obra humana. La consecuencia es que, al pesar del crecimiento económico, está disminuyendo la oferta de atractivos y bien pagados puestos de trabajo. (...)".

21 OIT (2015), p. 22. *"(...)The annual global wages lost due to the jobs gap jumped from less than $160 billion in 2008 to $920 billion in 2009, rising to over $1.1 trillion annually during the period 2010–12 and surpassing $1.2 trillion in 2013, (...)In total, between 2008 and 2013, the global jobs gap has resulted in an estimated $5.789 trillion in lost wages. (...)"* (tradução nossa).

22 *Idem*, p. 19-25.

23 Os dados do crescimento anual do GDP medido pelo banco mundial, ou seja, consoante a lógica hegemônica do capital neoliberal, demonstram que depois do decrescimento econômico que alcançou o patamar aproximado de -1,7% em 2009, em 2015 o percentual de crescimento global alcançou 2,7% (em tendência de queda em relação a 2014), e ainda está bastante distante dos 4,26% anotados em 2007, momento em que aparecem os primeiros indicativos da crise financeira e monetária de 2008. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (25 DE JANEIRO DE 2021). **Observatorio de la OIT: La COVID 19 y el mundo del trabajo.** 7ª edición. Site institucional da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_767045/lang--es/index.htm
Esses dados, por óbvio, são insuficientes a explicar a complexa diferença que há entre os países do sul e do norte, mas, como não é este o objeto da pesquisa serve como norte interpretativo da realidade global. Para entender, todavia, as causas da crise financeira mundial, se sugere a leitura de NAVARRO, Vicenç; LÓPEZ, Juan Torres; ESPINOSA, Alberto Garzón (2011). **Hay alternativas: propuestas para crear empleo y bienestar social en España.** Madrid: Ediciones Sequitur.

São fatores intrinsecamente relacionados em um ciclo vicioso que aprofunda os reflexos da crise econômica e denuncia o equívoco das medidas econômicas, políticas e jurídicas de caráter neoliberal.

A maior parte do desemprego anteriormente noticiado ocorreu nos países ditos de economia desenvolvida, em especial nos Estados Unidos da América, na União Europeia, na Ásia e países da região do Pacífico. Setenta por cento (70%) da força de trabalho global está nestas regiões[24], majoritariamente no mercado asiático que conta com 55,1% do total.

Embora a União Europeia e os Estados Unidos da América somassem 15,4% da força de trabalho global em 2014, foram as regiões que contabilizaram mais de 37% (trinta e sete por cento) da perda global de postos de trabalho em relação ao que havia em 2009. Ásia e países do Pacífico contabilizaram 34% da perda mundial no período[25]. Somadas, as perdas nessas regiões significaram 71% do total havido entre 2009 e 2014.[26]

Os países que menos sofreram com a ampliação da taxa de desempregados no mesmo período foram os países da América Latina e Caribe[27], em particular os países que, como o Brasil, não haviam aderido, naquele período, ao ideal de desmonte dos direitos sociais como saída para a crise econômica.

É certo que há algum tempo —mas fundamentalmente no período que sucedeu 2008— a discussão a respeito da regulação ou desregulamentação do mercado de trabalho como política econômica tem sido parte da agenda pública ao redor do mundo[28].

---

24 OIT (2015), p. 18.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem. "(...) in 2014, around 71 per cent of the global jobs gap was accounted for by the gaps in two regions: the Developed Economies and European Union and Asia and the Pacific regions, which together account for approximately 70 per cent of the global labour force. (...)"*

27 *Ibidem*.

28 Relembram NAVARRO, TORRES LÓPEZ, GARZÓN ESPINOSA (2011), p. 61-62, que *"(...) Las cumbres del G-20 de Washington de noviembre de 2008 y la de Londres de abril de 2009 reconocieron también claramente que la crisis afectaba a lo más profundo de las economías capitalistas y los líderes que se reunieron allí no escatimaron palabras rimbombantes para calificar la situación y decir al mundo que arreglarían el problema sin dilación. En el comunicado final de la de Londres dijeron que 'nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea', reconocían que 'los grandes fallos en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras [...] fueron causas fundamentales de la crisis' y que asumían un 'compromiso inquebrantable de cooperar' para 'hacer lo que sea necesario para restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo, reparar el sistema financiero para restaurar el crédito, reforzar la regulación financiera para reconstruir la confianza, financiar y reformar nuestras instituciones financieras internacionales para superar esta crisis y evitar crisis futuras, fomentar el comercio y la inversión global es y rechazar el proteccionismo para apuntalar la prosperidad, y construir una recuperación inclusiva, ecológica y sostenible'(...)", alertando, todavia, que, a*

Como dito anteriormente, até 2015, na Europa, a saída escolhida, foi a da desregulamentação parcial dos mercados financeiro, produtivo e laboral[29]. Todas estas medidas acarretaram ampliação das desigualdades socioeconômicas nos países do bloco, seguindo tendência de concentração de riqueza que vem desde a década de 1980 nos países de economia desenvolvida.

No período do início dos anos 1990 até meados dos anos 2000 "(...) o rendimento total das famílias mais ricas se expandiu mais rapidamente do que o de famílias de baixa renda em dois terços dos países de economias avançadas, emergentes ou em desenvolvimento (...)"[30]. Na Europa, com a crise financeira, a desigualdade cresceu ainda mais[31]. Nos Estados Unidos da América a desigualdade também alcançou parâmetros que jamais se viu[32].

Em contraponto à realidade europeia e norte-americana do pós-crise de 2008, em países que a OIT denomina de economia emergente (Argentina, Brasil, Chile, China, Colômbia, Índia, México, Catar, Rússia, África do Sul e Turquia)[33] a alternativa político-econômica em matéria laboral foi diametralmente oposta:

> (...) Nas economias emergentes, em contraste, a atenção à regulação do mercado de trabalho aumentou a proteção dos trabalhadores em um esforço para alcançar maior equidade e inclusão; além do que tem sido vista como uma ferramenta de fortalecimento da demanda doméstica e, portanto, a resiliência

despeito das promessas feitas, "(...) Lo malo fue que no cumplieron su palabra y que al final sus propuestas de reforma se han quedado en casi nada. (...)".

29 GIRÓN, Alícia (2008). Fondo Monetario Internacional: de la estabilidad a la instabilidad. El consenso de Washington y las reformas estructurales en América Latina. In: G. Lechini (comp.). **La globalización y el consenso de Washington: sus influencias sobre la democracia y el desarrollo en el sur**. Buenos Aires: CLACSO, 2008, p. 54 *"(...) En primer lugar, el objetivo principal del proyecto del Consenso de Washington es la desregulación de los mercados financieros, productivos y laborales. En segundo lugar, cabe mencionar el respeto a la propiedad privada y el énfasis en los procesos de privatización que significan hacer a un lado al Estado, para que las empresas, junto con la fuerza de trabajo libre, se hagan cargo del proyecto económico nacional e internacional. Además, se plantea la reestructuración de las bases productivas del orden económico establecido desde finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las instituciones públicas y los sindicatos cumplieron un papel prioritario al favorecer un Estado benefactor y donde la inversión privada y pública convivían coordinadamente. (...)".*

30 OIT (2015), p. 52.

31 OXFAM INTERNATIONAL (2013). La trampa de la austeridad. Informe de OXFAM – Resumen, setembro. Disponível em http://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/Informe%20Oxfam%20La%20Trampa%20de%20la%20Austeridad%20Resumen.pdf

32 STIGLITZ, Joseph E (2013). **O preço da desigualdade**. 1ª edição. Lisboa: Bertrand Editora Ltda, p. 59-60.

33 OIT (2015), p. 112. *"(...) Emerging:Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, India, Mexico, Qatar, Russian Federation, South Africa and Turkey. (...)".*

econômica em tempos de flutuação da demanda global e baixo crescimento das transações internacionais. (...)[34]

Providências dessa natureza permitiram que na América Latina, por exemplo, se experimentasse um período de redução das desigualdades sociais. A OIT afirma que na região, entre meados de 2000 e 2014, "a redução da desigualdade de renda é devida à redução de desigualdade salarial através de bem-sucedida política de salário mínimo, transferências públicas de renda aos pobres e através da expansão da educação"[35].

Embora a desigualdade de renda nos países que a OIT denomina de "economia emergente" —entre eles o Brasil— continue imensa, especialmente se comparada aos países que denominados de "economia avançada", durante a crise, as experiências daqueles denunciaram que "(...) em geral, tipos de contrato de trabalho permanente e formal tendem a promover maiores ganhos que outros tipos de trabalho (...)"[36], e, por conseguinte, são mais hábeis a reduzir —sem a pretensão de aplacar, dada a legitimação da mais-valia— as diferenças de renda que o sistema de acumulação capitalista gera.

E da análise econômica dos caminhos trilhados por uns e outros, o que se observa é que a proposta neoliberal da desregulamentação não gera emprego, não auxilia o crescimento econômico com distribuição de riqueza e não melhora da qualidade de vida das pessoas que trabalham.

Muito ao contrário, os dados compilados e publicados pela Organização Internacional do Trabalho em seus informes denominados *World Employment and Social Outlook - Trends 2019 e World Employment and Social Outlook -Trends 2020* evidenciam que, embora a economia global tenha apresentado, à época, sinais de tênue recuperação —e ainda assim recuperação heterogênea— o trabalho, como regra, continuou em crise.

Ao final de 2018, de acordo com a ONU, a população mundial estimada era de 7,6 bilhões de pessoas[37]. Destas, 5,7 bilhões de homens e mulheres com 15 anos ou

34 *Idem*, p. 118. *"(...) In emerging economies, by contrast, the attention to labour market regulation has instead increased protection for workers in an effort to achieve greater equity and inclusiveness; and, in addition, has been seen as a tool to strengthen domestic demand and therefore economic resilience in times of fluctuating global demand and the slower growth of international trade (...)"* (tradução nossa).

35 *Idem*, p. 52. *"(...) In the Latin American region, the reduction in income inequality is due to the reduction in wage inequality through well-designed minimum wage policies, public transfers to the poor and also through expansion of education (ILO, 2014a; Cornia, 2014; ga et al., 2012; Lopez-Calva and Lustig, 2010) (...)"* (tradução nossa).

36 Idem, p. 57. *"(...) in general, permanent and formal types of employment tend to provide higher incomes than other types of employment (...)"* (tradução nossa).

37 GUEVANE, Eleutério (21 de junho de 2017). **População mundial atingiu 7,6 bilhões de habitantes.** ONU News. Disponível em https://news.un.org/pt/story/2017/06/1589091-populacao-mundial-atingiu-76-bilhoes-de-habitantes

mais, compunham a população global em idade ativa. Três bilhões e trezentos milhões (3,3) de trabalhadores e trabalhadoras estavam ocupados/empregados e outros 172 milhões desempregados. A soma de empregados e desempregados denuncia que a força de trabalho global representava, à época, apenas 61,4% da população[38] em idade economicamente ativa[39].

Os outros 2,2 bilhões de pessoas em idade economicamente ativa (38,6%) estavam fora da força de trabalho global, e isso incluía —de acordo com a OIT— as pessoas que estavam estudando, as que se dedicavam aos trabalhos de cuidados não remunerados[40] e as que compunham a chamada potencial força de trabalho, isto é, pessoas que estavam procurando emprego, mas ainda não estavam disponíveis para ocupá-los, ou que estavam disponíveis, mas não estavam procurando emprego[41].

Dentre os empregados, a informalidade e a insegurança mantiveram-se regra. Dos 3,3 bilhões de empregados, 2 bilhões (61%) estavam na informalidade e 1,3 bilhão (39%) formalmente contratados. Aqueles são os que majoritariamente estavam entre os 55% de pessoas no mundo que não gozavam de nenhuma proteção social, afirmou a OIT[42].

Embora as taxas de ocupação tenham apresentado alguma melhora nos anos em referência, o crescimento do número de postos de trabalho não significou necessariamente vida digna e trabalho decente para quem vende a força de trabalho. Em desconformidade com o objetivo nº 8 de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas de "promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego

38 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2019). **World employment and social outlook: Trends 2019**. Geneva: ILO. Disponível em https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2019/lang--en/index.htm. *"(...) In 2018, the global working age-population, comprising women and men aged 15 years or older,1 was 5.7 billion. Out of these, 3.3 billion people, or 58.4 per cent, were in employment, and 172 million were unemployed. Both these groups taken together constitute the global labour force, which therefore stood at 3.5 billion in 2018, implying a labour force participation rate of 61.4 per cent (...)"* (tradução nossa).

39 Tais dados permanecem praticamente inalterados em 2019, como se observa do informe da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2020). **World employment and social outlook: Trends 2020.** Geneva: ILO. Disponível em https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/WCMS_734455/lang--en/index.htm

40 OIT (2019), p. 5. *"(...)The remaining 2.2 billion people (38.6 per cent) of working age were outside the labour force, including those engaged in education and unpaid care work and those in retirement. (...)"*.

41 OIT (2020), p. 18.

42 OIT (2019), p. 6. *"(...) Overall, a staggering 2 billion workers are in informal employment, accounting for three in five (61 per cent) of the world's workforce. Many informal workers are, moreover, among the 55 per cent of the global population who do not enjoy any social protection (ILO, 2017a) (...)"*.

pleno e produtivo e trabalho decente para todos"[43], o que se observou do mercado de trabalho global foi o crescimento majoritário de postos de trabalho precários, inseguros e mal remunerados.

Em 2017, estimava-se que aproximadamente 42% dos trabalhadores e trabalhadoras globais (1,4 bilhões de pessoas), ocupavam postos de trabalho precários, e previa-se que nos dois anos seguintes outros 34 milhões se somariam a este contingente. Nos países em desenvolvimento e nos países emergentes, naquele ano, os postos de trabalhos vulneráveis somavam, respectivamente, 76% e 46% do todo, e os prognósticos eram de manutenção desses percentuais para os anos seguintes[44].

Em 2018, nos países de baixa e média renda, em razão da precariedade dos postos de trabalho existentes, mais de 25% dos trabalhadores e trabalhadoras viviam em condição de extrema ou moderada pobreza, ou seja, com menos de US$ 3,20 por dia, em paridade de poder de compra (PPP)[45].

Em 2019, os dados globais denunciaram que "(...) 165 milhões de pessoas ao redor do mundo experimentaram subemprego por falta de horas de trabalho, 119 milhões de pessoas estavam na força potencial de trabalho (...)"[46]. E quando se somam a tais dados o número de desempregados —que em 2019, alcançou 188 milhões de pessoas[47]— conclui-se que "(...) a extensão total da subutilização da força de trabalho alcançou 473 milhões de pessoas, ou 14% de toda a força de trabalho global (...)"[48].

---

43 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2021). Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Site institucional das Nações Unidas Brasil. Disponível em https://brasil.un.org/pt-br/sdgs

44 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2018). **World employment and social outlook: Trends 2018. Geneva**: ILO. Disponível em http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2019/01/wcms_615594.pdf, p. 1. *"(...) In 2017, around 42 per cent of workers (or 1.4 billion) worldwide are estimated to be in vulnerable forms of employment, while this share is expected to remain particularly high in developing and emerging countries, at above 76 per cent and 46 per cent, respectively. Worryingly, the current projection suggests that the trend is set to reverse, with the number of people in vulnerable employment projected to increase by 17 million per year in 2018 and 2019 (...)".*

45 OIT (2019), p. 6. *"(...)The poor quality of many jobs also manifests itself in the fact that, in 2018, more than one quarter of workers in low- and middle-income countries were living in extreme or moderate poverty (i.e. on less than US$3.20 per day in purchasing power parity (PPP) terms). (...)".*

46 OIT (2020), p. 18. "*(...) an estimated 165 million people in the world experienced time-related underemployment in 2019, while an additional 119 million people were in the potential labour force (...)"* (tradução nossa).

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem. "(...) Combined with the traditional measure of unemployment, the full extent of labour underutilization amounts to 473 million, or 14 per cent of the extended labour force (see below for further investigation of the data) (...)"* (tradução nossa).

E como a tendência no deslocamento geográfico dos postos de trabalho é de maior alocação de mão de obra em regiões como a África subsaariana e o sul da Ásia[49] —regiões de grande vulnerabilidade e precariedade laboral— o prognóstico, mesmo antes da pandemia, era de redução da participação da renda do trabalho nas riquezas globais, mais precarização dos postos de trabalho e distanciamento do ideal de pleno emprego e trabalho decente objetivados pela ONU.

Antes de 2020, nos países de média renda, incluindo o Brasil, os índices de desemprego continuavam altos e segundo a OIT era "pouco provável que voltassem a lograr crescimento de emprego em um futuro próximo, em vista das perspectivas nada animadoras da economia mundial"[50]. Com a pandemia, a crise do trabalho se agudizou em todos os cantos do mundo, ganhando contornos trágicos para a classe trabalhadora, em particular nas regiões mais pobres como a América Latina e, claro, o Brasil.

Aliás, no caso específico do Brasil, o desemprego ao final do ano de 2019 já alcançava patamares recordes e com a pandemia chegou à trágica marca de 14 milhões de desempregados, no primeiro trimestre do ano de 2021.

O desemprego, o subemprego, o desalento, a miséria, a fome e a concentração de riqueza que hoje grassam no país, não são, todavia, decorrências exclusivas da crise sanitária causada pelo Sars-CoV-2. Foram potencializadas pela crise econômica global que dizimou, de acordo com a OIT, o equivalente, em horas perdidas, a 255 milhões de postos de trabalho ao final do ano de 2020[51], mas as causas da crise do trabalho no Brasil são antecedentes à pandemia e são fruto de escolhas políticas que sucederam o golpe de Estado perpetrado no ano de 2016.

E a respeito dessas decisões que se tratará adiante.

---

49 OIT (2019), p. 8. *"(...) In the medium term, important geographic shifts in the distribution of the global labour force will occur, as labour force growth rates vary considerably across regions. For instance, sub-Saharan Africa and Southern Asia will be home to 38 per cent of the global labour force by 2030, up from 26 per cent in 1990 (...). Between 2017 and 2030, the labour supply (for all ages) will increase by 198 million in sub-Saharan Africa and 166 million in Southern Asia. As these two regions are home to the majority of the world's working poor and vulnerable workers (Chapter 2), the global average share of workers affected by poor working conditions may rise, unless significant progress is made in improving job quality around the globe, and especially in these regions. (...)".*

50 OIT (2020), p. 12. *"(...) In contrast, a number of middle-income countries that have undergone economic crises in recent years still have high unemployment rates; they are unlikely to achieve strong employment growth again in the near future in view of the dampened prospects for the global economy (...)".*

51 Organização Internacional do Trabalho (2021). **Observatorio de la OIT: La COVID y el mundo del trabajo.** 7ª edición. p. 1. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767045.pdf.

As consequências das decisões políticas desenvolvimentistas e neoliberais sobre o trabalho no Brasil

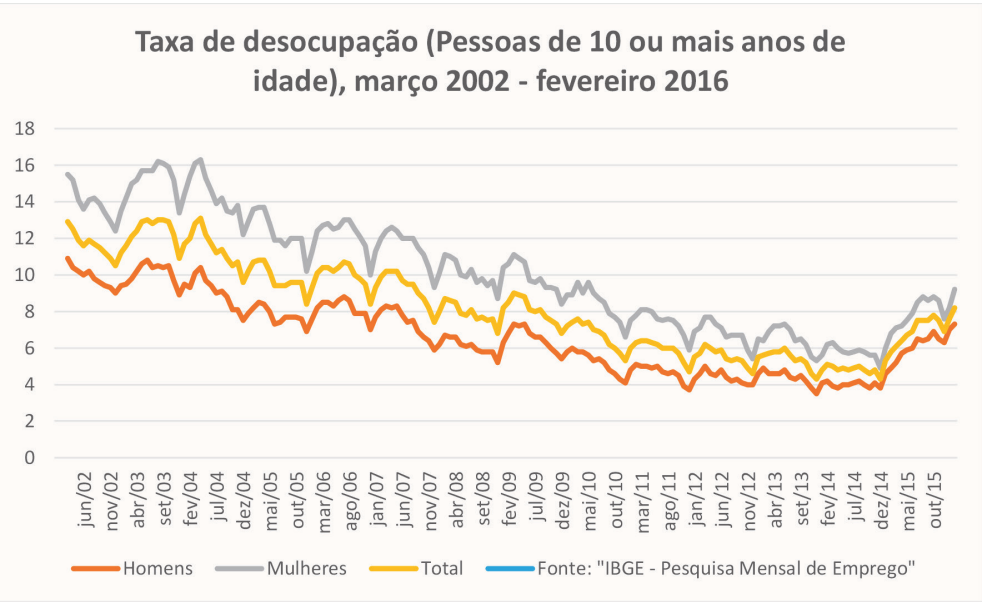
Nos governos dos presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, de 2002 a 2016, as políticas de flexibilização das relações de emprego que marcaram toda a década de 1990, deram lugar a medidas de valorização do trabalho formal e do salário mínimo, os quais garantiam aumento, ainda que tímido, da massa salarial na riqueza nacional, pelo menos até o ano de 2014.

A despeito das dificuldades estruturais da economia e do mercado de trabalho nacionais, os dados estatísticos oficiais dão conta que, em linhas gerais, nos primeiros anos deste século o mercado de trabalho vinha demonstrando um bom desempenho, segundo comunicado do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, publicado em fevereiro de 2012:

> "Ao longo dos últimos anos, o mercado de trabalho brasileiro vem mostrando de forma contínua um bom desempenho. De acordo com a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população ocupada nas seis regiões metropolitanas (RMS) do país cobertas pela pesquisa saltou de 17,6 milhões em julho de 2002 para 22,7 milhões em setembro de2011, o que corresponde a um aumento da ordem de 30%.[52]"

O gráfico abaixo demonstra a evolução da taxa de desocupação no período compreendido entre março de 2002 e dezembro de 2015, e aponta uma forte queda do referido indicador a partir do segundo trimestre de 2004, com redução da taxa de 13,1% em abril de 2004, para 4,3% no mês de dezembro de 2014 e alta progressiva a partir do ano de 2015, alcançando 8,2% em fevereiro de 2016:

52 *Idem*, p. 5.



FONTE: IPEA (2012)

Para o IPEA, dois grandes conjuntos de fatores foram os responsáveis pelo bom desempenho do mercado de trabalho brasileiro entre 2002 e 2012: as políticas públicas de expansão do emprego formal e o crescimento econômico[53], com destaque e preponderância para este último.

Simultaneamente ao aumento dos postos de trabalho formais e à redução do desemprego e do subemprego —ainda que persistissem, à época, índices estruturalmente significativos[54] de trabalhadores precarizados ou sem ocupação— também houve aumento do percentual de participação da massa salarial no Produto Interno Bruto brasileiro.

No período compreendido entre 2010 e 2012, a taxa média de crescimento anual dos rendimentos dos trabalhadores foi de 3,5%, segundo os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)[55]. Em janeiro de 2013, a taxa de crescimento interanual dos rendimentos dos trabalhadores registrou

53 *Idem*, p. 12.

54 *Idem*, p. 7.

55 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2007). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análises e Previsões. **Carta de Conjuntura nº 21**. Site institucional do Instituto de

alta de 1,9%. Em janeiro de 2014, registrou aumento de 3,6%, auxiliando a redução das históricas desigualdades sociais brasileiras[56].

Todas estas medidas, situadas em um paradigma distante da racionalidade neoliberal, contribuíram significativamente para a redução da desigualdade social, da miséria e da fome, invertendo uma lógica perversa que condenava milhões de pessoas à morte e à indigência todos os anos.

A realidade, no entanto, começa a mudar em 2015, com o processo de golpe branco e ruptura da ordem democrática, por meio dos quais os efeitos nefastos do desprezo capitalista pela democracia liberal passaram a se perpetuar dia a dia na economia, na política, na sociedade e na ordem jurídica brasileira.

Em 2015, em razão dos efeitos da crise econômica sobre as economias dos países do sul, a OIT noticiou que os índices de desemprego voltaram a subir nos países da América Latina e Caribe simultaneamente à desaceleração econômica que o bloco passou a experimentar. Por diversos e complexos fatores, mas fundamentalmente pela crise e queda dos preços das commodities e pela fraca demanda agregada global, somados ao baixo crescimento da produtividade que decorre de problemas estruturais históricos —como as elevadas taxas de trabalho informal, parco investimento em infraestrutura e uma economia de exportação fortemente concentrada no primeiro setor—, a economia do bloco ingressou em processo de forte desaceleração[57].

Com isso, a redução do desemprego e do subemprego, o aumento da participação da massa salarial nas riquezas regionais, a redução das desigualdades sociais (que permanecem altas) e da pobreza, e a melhoria das condições de vida dos trabalhadores – características da última década – também sofrem significativo revés, a partir de 2015[58].

No caso brasileiro, segundo o IBGE, em 2015:

> (...) pela primeira vez na década, a população ocupada sofreu uma redução em relação ao ano anterior em números absolutos (3,7 milhões) e em termos relativos (3,8%). Na década, a redução média no nível desocupação foi de

Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: IPEA. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20993, p.34.

56 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2007a). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análises e Previsões. **Carta de Conjuntura nº 22**. Site institucional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: IPEA. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=-com_content&view=article&id=20993, p.8.

57 OIT (2015), p. 42.

58 *Idem*, p. 43-44.

> 6,7% e, em relação a 2014, -5,2%. Os mais afetados com essa redução do nível de ocupação foram os mais jovens com idade entre 16 e 24 anos (-15,4% na década e -10,7% em relação a 2014) e as pessoas sem instrução ou com o ensino fundamental incompleto de escolaridade (-16,2%) (...)[59]

A OIT, diante dos desafios experimentados pelo bloco, foi categórica ao afirmar que os países latino-americanos, inclusive o Brasil, deveriam reforçar as políticas públicas de inclusão e de proteção ao trabalho com o propósito de fortalecimento do mercado interno, retomada do crescimento econômico e, principalmente, redução das desigualdades sociais[60].

No entanto, com o golpe de Estado perpetrado em 2016 e o retorno das velhas oligarquias brasileiras ao poder, o que se fez foi exatamente o contrário: buscar saídas neoliberais, para a crise marcadamente neoliberal.

De 2016 em diante, os índices de desocupação e subutilização da mão de obra em idade economicamente ativa voltaram a subir, segundo os dados sistematizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. A taxa de desocupação, que nos últimos trimestres dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015, esteve, respectivamente, na casa de 6,9%, 6,2%, 6,5% e 8,9% da população economicamente ativa, nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019, alcançou os dois dígitos, chegando aos 12%, 11,8%, 11,6% e 11%, respectivamente, no comparativo dos mesmos períodos dos anos anteriores[61].

Segundo o IBGE, havia, no último trimestre de 2019, 11,6 milhões de pessoas desocupadas no país, número que, embora inferior aos 12,2 milhões de homens e mulheres desocupados no mesmo período do ano de 2018[62], é quase o dobro do número

59 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2016). Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2016. **Estudos & Pesquisas,** n.36, Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf, p. 68.

60 OIT (2015), p. 44 *"(...)The role of public policies will thus be crucial to redirect economic growth towards poverty alleviation and shared prosperity. Some countries in the region, including Argentina, Brazil and Uruguay, have comprehensive social and labour market programmes that have obtained significant results in reducing poverty and inequality over the past decade (...)".*

61 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua – Quadros sintéticos 4º semestre 2020. Site institucional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=26039&t=quadro-sintetico

62 *Idem*.

aferido nos anos de 2012, 2013 e 2014, em que havia cerca de 6,0 a 6,5 milhões de pessoas sem trabalho[63].

A taxa de desocupação ao final de 2019 era, respectivamente, 54,9% e 32,5%, maior que a taxa medida pelo IBGE em dezembro de 2008 e dezembro de 2009, anos do epicentro da crise financeira de *Wall Street*, quando o índice alcançou os patamares de 7,1% e 8,3% da população economicamente ativa[64].

Àquela época, a opção do governo brasileiro foi reforçar a proteção ao trabalho e estimular a criação de emprego e renda como motores da economia, política econômica diametralmente oposta à adotada, a partir de 2016, nos governos de Michel Temer e Jair Messias Bolsonaro.

O nível de ocupação —que segundo o IBGE, é o "(...) indicador que mede o percentual de pessoas ocupadas na população em idade de trabalhar (...)"[65], e não só os empregados— também caiu no período compreendido entre 2012 e 2016. No último trimestre dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015, os percentuais de pessoas ocupadas foram, respectivamente, de 57,1%, 57,3%, 56,9% e 55,9% da população economicamente ativa. Nos quatro anos que se sucederam, os percentuais foram de 54% em 2016, 54,5% em 2017, 54,5% em 2018 e 55,1% em 2019[66]:

A queda da população ocupada no último quadriênio põe em dúvida a eficiência das medidas neoliberais de desregulamentação do trabalho adotadas após a ruptura democrática de 2016, as quais prometiam emprego e renda aos brasileiros[67].

---

63 *Idem*

64 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (08 de setembro de 2010) PNAD 2009: rendimento e número de trabalhadores com carteira assinada sobem e desocupação aumenta. Agência IBGE – Notícia. Disponível em https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13891-asi-pnad-2009-rendimento-e-numero-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-sobem-e-desocupacao-aumenta#:~:text=A%20Pesquisa%20Nacional%20por%20Amostra,avan%C3%A7os%20em%20diversos%20indicadores...&text=09%2F2010%2007h01-,A%20Pesquisa%20Nacional%20por%20Amostra%20de%20Domic%C3%ADlios%20(PNAD)%202009%20mostra,59%2C6%25%20em%202009. ."A população desocupada (8,4 milhões de pessoas em 2009) cresceu 18,5% em relação a 2008, quando havia cerca de 7,1 milhões de desocupados no país. Em 2004 esse contingente era de 8,2 milhões de pessoas. A taxa de desocupação passou de 7,1% em 2008 para 8,3% em 2009, quando foi interrompida a trajetória de queda iniciada em 2006".

65 IBGE (2020).

66 *Idem*

67 Após a ruptura democrática e o golpe de Estado perpetrado em 31 de agosto de 2016, com a cassação, sem crime de responsabilidade, da Presidenta Dilma Rousseff, o Presidente empossado Michel Temer e o parlamento brasileiro impuseram uma agenda "austericida" pautada em três pilares: "(...) i) reestruturação produtiva, mercantilização do trabalho humano e fragmentação da solidariedade de classe; ii) desregulamentação financeira e laboral; iii) hegemonização ideológica neoliberal pautada no individualismo e na competitividade. (...)" - ALLAN, Nasser Ahmad; MENDONÇA, Ricardo Nunes (2017). O Direito Processual do Trabalho em um paradigma neoliberal

Entretanto, mais do que a comprovada carência de trabalho no mercado nacional, há outros dados que indicam que nos últimos anos o Brasil tem progressivamente se distanciado do objetivo global de construção de trabalho decente e de crescimento econômico inclusivo da Organização das Nações Unidas, ignorando os constantes alertas da OIT a este respeito. Na verdade, o que se tem observado é o crescimento da precarização, da informalidade e da subutilização da mão de obra disponível, com consequente redução da produtividade, da renda, da demanda agregada e do crescimento econômico nacional.

A força de trabalho brasileira —formada pela soma das pessoas ocupadas e desocupadas em idade economicamente ativa— estava estimada, em dezembro de 2019, em 106,2 milhões de pessoas[68]. No contingente de pessoas ocupadas, o número de empregados formais no setor privado, no último trimestre de 2019, era de 33,7 milhões de pessoas. O número de empregados informais, no mesmo setor e no mesmo período, era de 11,9 milhões de pessoas[69]. Em relação ao mesmo período no ano de 2018, o número de empregados formais cresceu 2,2%, o número de empregados informais cresceu 3,2%, ou seja, quase 50% a mais do que os postos de trabalho formais[70].

Além do maior crescimento dos empregos informais, o número de trabalhadores por conta própria também cresceu no último trimestre de 2019, comparativamente ao mesmo período do ano anterior. Ao final de 2019, a população de trabalhadores por conta própria estava estimada em 24,6 milhões de pessoas, o que significou um acréscimo de 782.000 pessoas (3,3%) em relação ao mês de dezembro de 2018[71].

No último quadriênio também cresceu substancialmente a taxa de subutilização da força de trabalho nacional. Composta pelos desempregados; os subocupados por insuficiência de horas trabalhadas e os brasileiros que compõem a força de trabalho potencial, a subutilização alcançou o patamar de 23% da população economicamente

e neoconservador: a Lei 13.467/2017 como proposta de marco normativo de um processo precário e individualista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano VI, n. 61. Disponível em http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=61&edicao=10443#page/3. Seguindo-a à risca, levaram a cabo reformas estruturais que desregulamentaram o mundo do trabalho brasileiro e que reduziram os limites históricos impostos ao poder do capital, como se infere do conteúdo das Leis 13.467 de 2017 e a Medida Provisória nº 905 que reformaram centenas de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho.

68 IBGE (2020), p. 5.

69 *Idem*

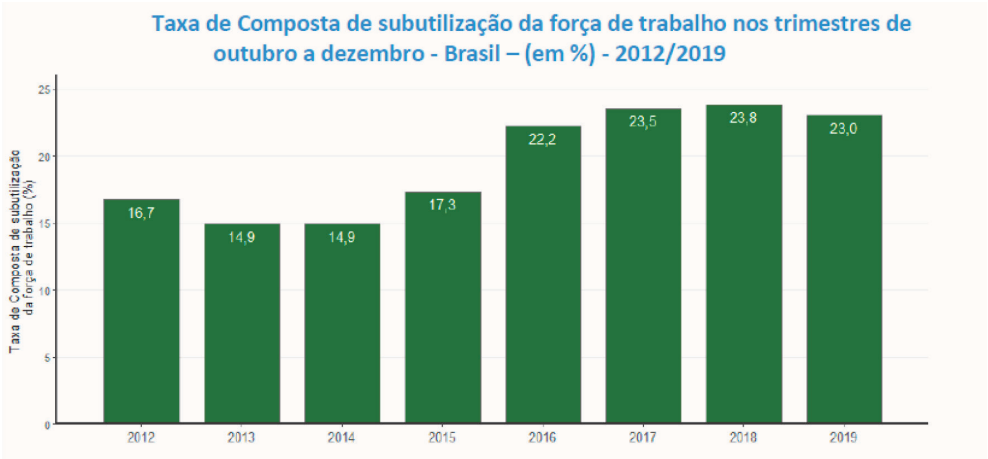
70 *Idem*

71 *Idem*, p. 6.

ativa no último trimestre de 2019. Estima-se que aproximadamente 26,2 milhões de pessoas estavam subutilizadas no país, à época[72].

Quando comparada ao mesmo período do ano anterior, a taxa de subocupação apresentou tímida melhora, na medida em que ao final de 2018 a taxa estimada era de 23,8% da população economicamente ativa.

Quando se amplia a comparação para os anos imediatamente anteriores a 2018, o que se observa, todavia, é que desde 2016 a taxa de subutilização permanece estagnada e muito superior à taxa medida nos primeiros anos da década. É o que se pode observar no gráfico a seguir:



Fonte: IBGE, diretoria de pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilios Continua.
Nota: A partir do 4º trimestre de 2015 houve mudança de conceito na subutilização de força de trabalho por insuficiência de horas trabalhadas. Anteriormente, considerava-se no cálculo do indicador as horas efetivamente trabalhadas e, a partir do referido trimestre, as habitualmente trabalhadas. Houve ainda mudança na forma de captação do quesito de horas trabalhadas.

72 *Idem*, p. 7.

Igualmente cresceu, ao longo da década, o número de pessoas em desalento[73]. No último trimestre de 2019, o número de desalentados alcançou a casa dos 4,6 milhões de pessoas, ou, em termos percentuais, 4,2% da população na força de trabalho ou desalentada. Comparativamente ao mesmo período de 2012, 2013 e 2014, o percentual é mais que o dobro do que havia.

Os dados da crescente subutilização da mão de obra e da informalidade e os dados de concentração de riqueza e de participação da renda proveniente do trabalho na economia brasileira, deixam claro que o processo de acumulação de riqueza por parte dos donos do capital tem se acentuado ano após ano.

O índice de Gini, em queda desde 2002, estagnou entre 2016 e 2017[74] e seguiu em alta a partir de 2018, alcançando o mais alto patamar da história em 2019[75]. De acordo com Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV), em março de 2019, o índice de Gini alcançou o patamar de 0,627, o maior desde o início da série histórica em 2012[76].

A diferença de renda domiciliar do trabalho dos 10% mais ricos em comparação aos 40% mais pobres cresce exponencialmente desde o final do ano de 2015, afirma o IBRE/FGV. A relação entre os 10% mais afortunados e os 40% mais pobres, que já foi de 27,66 vezes em dezembro de 2014 e que alcançou a marca histórica de 36,62 vezes em março de 2019[77], expõe claramente a retomada da concentração de riqueza nos últimos quatro anos[78].

---

73 *Idem*. "Composta pelo subgrupo de pessoas da força de trabalho potencial que não haviam realizado busca efetiva por trabalho por considerar que: não conseguiriam trabalho adequado; não tinham experiência profissional ou qualificação; não conseguiam trabalho por serem considerados muito jovens ou muito idosos ou não havia trabalho na localidade. Todavia, gostariam de ter um trabalho e estavam disponíveis para trabalhar na semana de referência".

74 OXFAM BRASIL (2018). País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras. **Relatório da OXFAM Brasil sobre desigualdades**, São Paulo, novembro. Disponível em https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pais-estagnado/, p. 11.

75 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2019). **Carta de conjuntura nº. 42, 1º trimestre de 2019**. Site institucional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/191114_cc_45_secao_economia_mundial.pdf, p. 20.

76 DUQUE, Daniel (21 de maio de 2019). **Levantamento do FGV IBRE aponta desigualdade recorde na renda do trabalho**. Blog do IBRE. Disponível em https://blogdoibre.fgv.br/posts/levantamento-do-fgv-ibre-aponta-desigualdade-recorde-na-renda-do-trabalho

77 *Idem*.

78 Segundo o material complementar disponibilizado pela FGV/IBRE no estudo citado, a relação entre a renda do trabalho dos 10% mais ricos e a renda dos 40% mais pobres, nos meses de dezembro de 2015, dezembro de 2016, dezembro de 2017 e dezembro de 2018, foi, respectivamente, de 29,17; 31,69; 33,12; e 35,98 vezes.

Quando se focaliza a distância dos rendimentos médios mensais do trabalho do 1% mais rico da população brasileira em relação à metade mais pobre do país, o que se vê é uma desigual acumulação de capital. Em 2018, aqueles arrecadaram, em média, R$ 27.744,00 por mês, aproximadamente US$ 7.168,00, estes receberam pouco mais de R$ 820,00 mensais[79], o que equivalia, em 31 de dezembro de 2018, a US$ 216,00.

À época, a camada mais rica da população experimentou aumento de 8,4% de sua renda em relação ao ano de 2017, os 30% mais pobres tiveram queda em seus rendimentos de até 3,2% —caso dos 5% mais vulneráveis[80]— no mesmo período.

Quando se analisa o rendimento médio habitual mensal do trabalho principal, segundo a posição na ocupação, nos anos de 2012 a 2018, a conclusão é a de que a ligeira recuperação dos rendimentos de todos os trabalhos privilegia os empregadores, o funcionalismo público e os militares, em detrimento dos empregados, com e sem carteira assinada.

O rendimento médio dos empregadores foi de R$ 5.689,00, em 2018[81] —importância 5,8% maior do que a média estimada em 2017— os valores médios recebidos pelos empregados, no mesmo período, com e sem contratos formais, respectivamente, foram de R$ 2.117,00 e R$ 1.237,00[82], sendo que no caso dos trabalhadores formais, o valor médio permaneceu estável na comparação com os rendimentos recebidos em 2017, e no caso dos trabalhadores informais a alta foi de 3,16%, como se pode observar no quadro que segue:

79 Site do IBGE. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25702-renda-do-trabalho-do-1-mais-rico-e-34-vezes-maior-que-da-metade-mais-pobre.

80 Idem, ibidem.

81 Aproximadamente, US$ 1.468,43, considerando o dólar a R$ 3,8742, em 28 de dezembro de 2018.

82 Em dólar, respectivamente US$ 546,43 e US$ 319,29, considerando o dólar a R$ 3,874, em 28 de dezembro de 2018.

Rendimiento medio habitual mensal do trabalho principal, segundo a posição na ocupação - 2012-2018

Posiçã na ocupação	Rendimento médio habitual mensal do trabalho principal (R$)						
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Total	**2 065**	**2 137**	**2 218**	**2 124**	**2 134**	**2 114**	**2 163**
Empregado							
Com carteira	2 027	2 082	2 142	2 071	2 105	2 116	2 117
Sem carteira	1 138	1 217	1 253	1 209	1 210	1 199	1 237
Militar ou funcionário público	3 652	3 781	3 897	3 862	3 875	3 879	4 054
Conta propria	1 670	1 719	1 824	1 669	1 623	1 616	1 648
Empregador	6 019	5 962	6 000	5 585	5 547	5 376	5 689

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2018.
Nota: Dados consolidados de primeiras entrevistas

E tudo isso se deve, sustentam o IBGE e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ao baixo crescimento econômico, à progressiva desindustrialização da economia, à baixa produtividade, à fraca recuperação do mercado de trabalho[83], ao aumento da informalidade e à proliferação de contratos de trabalhos precários (contratos a tempo parcial e intermitentes), notadamente no setor de serviços onde a informalidade é maior[84].

Em outras palavras, o abandono das políticas públicas de proteção ao emprego e a renda, que marcaram a organização social brasileira até o final de 2014, e a adesão

83 IPEA (2019).

84 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2019). Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2019. **Estudos & Pesquisas**, n.40, Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf, p. 13 e 20.

do país às políticas neoliberais de desregulamentação do trabalho, não importaram crescimento econômico com inclusão e distribuição de riqueza[85], pelo contrário, aprofundaram as desigualdades históricas da sociedade brasileira.

Conclusão

É verdade que a desaceleração da economia brasileira, desde 2011, também está intimamente atrelada a fatores externos como a queda do preço das commodities; o baixo crescimento econômico dos países de economia central, o aprofundamento das crises democráticas globais; crises comerciais entre grandes potências, sobretudo entre a China e os Estados Unidos da América[86]; mas não há dúvida de que fatores internos como a precarização do trabalho, a concentração da riqueza e a queda do consumo das famílias brasileiras alimentaram um ciclo vicioso de baixa demanda agregada, crescimento econômico lento e incapacidade de recuperação do mercado de trabalho, a curto e médio prazos.

Reformas estruturais como a Emenda Constitucional n° 95 de 15 de dezembro de 2016 —que limitou os gastos públicos com despesas primárias por vinte anos— a Reforma Trabalhista, consumada por meio da Lei 13.467/2017 —que precarizou contratos de trabalho; tornou mais caro e demorado o acesso à Justiça e vulnerabilizou os Sindicatos de Trabalhadores— e a Reforma da Previdência —que pôs em cheque o princípio da solidariedade que orienta a previdência social— foram técnicas legislativas de desregulamentação que serviram a ampliar os poderes dos capitalistas brasileiros que após o golpe de 2016 queriam de volta os anéis que foram obrigados a ceder nos últimos anos.

Crescimento econômico, ainda que ínfimo, como houve em 2017 e 2018, não significou inclusão social, distribuição de renda e trabalho decente, como se prometeu. Pelo contrário, o que houve foi maior precarização do emprego, subutilização da força de trabalho, aumento da ocupação por conta própria, concentração de renda nas mãos

85 *Idem*, p. 15. "(...) Os dados da PNAD Contínua mostram que, até 2014, o mercado de trabalho brasileiro apresentou incremento da ocupação, sobretudo do emprego formal; redução da desocupação, que atingiu sua menor taxa na série; e aumento dos rendimentos do trabalho. Nos quatro anos seguintes, entretanto, tais resultados positivos foram revertidos completa ou parcialmente (...)".

86 IPEA (2019).

dos mais ricos e ampliação das profundas desigualdades econômicas e sociais que vitimam majoritariamente as mulheres[87] e os jovens[88], sobretudo as negras e os negros.

E quando se amplia a mirada para o âmbito das relações políticas e sociais, se observa que a progressiva crise do trabalho é parte de um contexto mais amplo de capitalismo descomplexado[89] que diante da ausente ameaça comunista amplia seu poder por meio da superação dos limites que lhe foram impostos na era moderna, em particular por meio dos Direitos Humanos[90].

E se o capitalismo triunfa, a crise é de classe, é étnica, é de gênero, é cultural, é do Estado moderno, dos valores da modernidade[91], é humanitária e é da democracia.

E no Brasil da crise sanitária causada pelo vírus Sars-CoV-2 e da crise política causada pela ameaça autoritária fascista à democracia e ao Estado Democrático de Direito, a crise do trabalho parece não ter fim.

Com mais de 14,6 milhões de desempregados, com rendimento médio em queda, desocupação crescente entre os mais jovens e entre as mulheres[92], destacadamente as

87 *Idem*, p. 13. "*(...) In 2019, the female labour force participation rate was just 47 per cent, 27 percentage points below the male rate (at 74 per cent). There is strong regional variation in gender disparities in access to employment. Gender stereotypes that emphasize the role of women as the main caregivers and that of men as the main breadwinners remain deeply ingrained in some regions (...)".*

88 *Idem*, p. 18. *"(...) As many as 267 million young people, that is, one in five, had NEET status in 2019 and were thus not gaining the skills that would enable them to participate in the labour market at some later point. Additionally, the risk of labour underutilization is higher for youth than for adults, with 141 million young people affected by underutilization and 68 million in unemployment (...)".*

89 RAMOS FILHO, Wilson (2012). **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: Ed. LTr, p. 295.

90 FARIÑAS DULCE, María José (s/d). **Trabajo, retrocesos sociales y alternativas.** Insight web. Disponível em http://www.insightweb.it/web/content/trabajo-retrocesos-sociales-y-alternativas (*...) A lo que estamos asistiendo ahora, tras la irrupción del neoliberalismo económico (con sus desregulaciones jurídicas, privatizaciones, externalizaciones laborales, automatización del trabajo etc ...) es la pérdida del trabajo como motor de estructuración de nuestras sociedades. El proceso de desindustrialización, junto con las diferentes oleadas de externalización laboral, y el tránsito del capitalismo productivo al capitalismo financiero, han roto el equilibrio societario entre capital y trabajo en favor de aquél. El capitalismo ha triunfado. (...)* (tradução nossa).

91 FARIÑAS DULCE (2016). *"(...) No hay en ello ningún determinismo mecanicista, sino un proceso de construcción social, basado en una ideología neoliberal y neoconservadora que, por otra parte, está quebrando algunos de los consensos fundacionales de la Modernidad. En definitiva, estamos asistiendo a un cambio de las reglas del juego en el ámbito de la regulación pública-jurídica, que afecta al equilibrio societario entre libertad, igualdad y seguridad, entendiendo esta última no sólo en su dimensión policial, sino también en la dimensión del bienestar social e igualitario de la ciudadanía. (...)".*

92 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2020). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua** – 1º trimestre de 2021. Site institucional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=30789&t=series-historicas.

mulheres negras, com baixa demanda agregada, sérios problemas sociais como a fome, a miséria, evasão escolar e violência urbana, as propostas de reforma que tramitam no congresso nacional optam por aumentar ainda mais os poderes dos capitalistas sobre os corpos e mentes de quem trabalha.

Recentemente, foi aprovada, em primeiro turno de votação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei PLV 17/2021[93], que transforma em lei a Medida Provisória 1.045/2021 editada pelo Chefe do Poder Executivo cujo propósito inicial era instituir o que se chamou de "Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda" e que, agora, na prática, é uma nova etapa da reforma trabalhista com ainda mais precarização do trabalho, dificuldade de acesso à Justiça e enfraquecimento das entidades sindicais.

Dito de outro modo, é mais um projeto de clara desregulamentação da malha de proteção do trabalho, que tem por propósito ampliar a mais-valia por meio de contratos precários e sem proteção social, ampliar o poder dos empresários, que poderão subordinar e controlar seus empregados com risco menor de serem demandados em juízo e sobretudo importunados pelas entidades de representação da classe trabalhadora.

Dada a impossibilidade de análise detida, neste arrazoado, dos 94 artigos do projeto de lei em referência que ainda precisa ser aprovado pelo Senado Federal, reexaminado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo Presidente da República, basta, para este momento, a denúncia de que o projeto amplia os poderes dos capitalistas brasileiros, amplia a crise do trabalho e impõe à classe trabalhadora o desafio de lutar por seus direitos. Acaso o projeto triunfe, retrocederemos mais de século em termos civilizatórios e assistiremos pioras ainda mais agudas dos já alarmantes indicadores sociais que deixam clara a grave crise econômica e social que experimentam as trabalhadoras e os trabalhadores brasileiros.

Embora as condições materiais postas ainda não tenham sido capazes de despertar o ímpeto revolucionário da classe trabalhadora brasileira, é preciso que ao menos a classe operária tome consciência da ameaça aos seus direitos e garantias duramente conquistados no último século, do contrário o capital seguirá ganhando, e de goleada.

Dentro do sistema, a única possibilidade é a reconstrução democrática de uma malha de proteção ao trabalho que signifique dignidade, renda, redução das desigualdades sociais e emancipação política e social da classe trabalhadora, ou seja, redução dos

93 BRASIL. Câmara dos Deputados. **PLV 17/2021**. Disponível na internet, https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ekkbk6cmzefl1rofo2ja8aizy19775694.node0?codteor=2057214&filename=Tramitacao-MPV+1045/2021.

poderes do capital. Só as correlações de força ditarão se a crise do trabalho será debelada ou ampliada nos próximos anos, o que significa relembrar que a classe trabalhadora, ativa e responsável pelos rumos de sua história, precisará lutar por seus interesses e exigir concessões por parte de seus algozes.

O maior ou menor sucesso nesse desiderato definirá os rumos da sociedade e da legislação social brasileira e dirá se os dispositivos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, farão, de fato, parte da realidade da vida de quem trabalha ou se serão meras abstrações plasmadas em texto legal, como hodiernamente são para milhões de trabalhadoras e trabalhadores brasileiros. A história dirá o que houve.

DEBATES JURÍDICO-SOCIOLÓGICOS SOBRE ESTADO E MARXISMO

Legal-sociological debates on State and Marxism

Júlio da Silveira Moreira[1]

Resumo

Os estudos sobre o Estado no âmbito da crítica marxista sempre despertam profundas reflexões e polêmicas. Afinal, a política está inscrita nas nossas vidas e em nossos corpos, o que percebemos cada vez mais ao longo do século xxi. A compreensão do Estado, para além da filosofia, da ciência política e da sociologia, é um capítulo elementar da crítica marxista do direito. Neste trabalho, as definições marxistas tradicionais sobre o Estado como instrumento das classes dominantes é confrontada com os debates sobre a natureza e a composição de classes do Estado capitalista (Miliband/Poulantzas); a diacronia do Estado moderno na América Latina; a reflexão sobre os estudos do Estado desde a sociologia; e a análise de um caso de financiamento público a um monopólio da indústria da carne no Brasil. Em todo o transcurso, levamos em conta a situação atual degradante da política brasileira. Na conclusão, exploramos a questão da presença do Estado na economia e cotejamos as leituras de Bourdieu com os demais autores abordados nesse estudo.

Palavras-chave: Sociologia do Estado, Classes sociais, Imperialismo, América Latina.

Abstract

Studies about the State in the ambit of Marxist criticism always arouse deep reflections and controversies. After all, politics is inscribed in our lives and in our bodies, which we are increasingly realizing throughout the 21st

1 Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Realiza estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Filosofia na Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal de Goiás, com estágio na Universidad Nacional Autónoma de México, apoiado pelo Programa Doutorado Sanduíche no Exterior (CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Bacharel em Direito. Membro do Laboratório de ensino, pesquisa e extensão "Fronteiras, Estado e Relações Sociais" (LAFRONT) / juliomoreira@riseup.net

century. Understanding the State, in addition to philosophy, political science and sociology, is an elementary chapter in the Marxist critique of law. In this work, traditional Marxist definitions of the state as an instrument of the ruling classes are confronted with debates about the nature and class composition of the capitalist state (Miliband/Poulantzas); the diachrony of the modern state in Latin America; the reflection on the studies of the State from sociology; and the analysis of a case of public financing of a meat industry monopoly in Brazil. Throughout, we have taken into account the current degrading situation of Brazilian politics. In conclusion, we explore the issue of the State's presence in the economy and compare Bourdieu's readings with the other authors addressed in this study.

Key words: Sociology of the State, Social Classes, Imperialism, Latin America.

Introdução

A crítica do Estado é um tema fundamental para a militância e a academia inspirados pelo marxismo. Estudar esse tema à luz de uma teoria revolucionária possui ora um sentido positivo, de reconhecer o lugar da luta de classes na política, ora um sentido negativo (coincidindo com uma abordagem anarquista) de denunciar os mecanismos de opressão do Estado.

Os bolcheviques liderados por Lênin (1977), propagavam que o Estado, historicamente, é uma máquina para que uma classe reprima outra, e assim também na sociedade capitalista. Por outro lado, essa máquina, tão assertivamente criticada, foi arrancada dos capitalistas para ser utilizada a título de liquidar toda exploração. Mas como isso? Esse sempre foi um raciocínio lógico difícil de ser demonstrado. Lênin (2007, p.39) esclarece: "a substituição do Estado burguês pelo Estado proletário não é possível sem uma revolução violenta. A abolição do Estado proletário, isto é, a abolição de todo e qualquer Estado, só é possível pelo 'definhamento'".

Quando admitimos que a natureza de um fenômeno ou coisa muda depois que outras pessoas se apoderaram dela para dar outra utilidade, não expressamos uma consciência sobre o que essa coisa é, e sim sobre para quê ela serve, sua função ou utilidade.

Mas, se a diferença está apenas na utilidade, quer dizer que a natureza do Estado burguês se mantém no socialismo. Logo, a definição a *priori* de que ele precisa ser combatido permanece. Entra-se então numa lógica bipolar, em que se defende aquilo que se combate. Ou, o que é ainda mais ilógico, que se defende a manutenção daquilo que se quer destruir. A discussão fundamental, aqui, não é se o Estado socialista devia ou não ser destruído para se chegar ao comunismo. O fundamental é questionar o raciocínio que deu origem a essa contradição. Não se trata de questionar a resposta, mas sim questionar se a pergunta foi bem formulada.

A discussão maniqueísta do Estado levou aos problemas da transição para o comunismo, onde o Estado socialista foi considerado um mal necessário. Há um problema quando se assume algo como mal necessário, porque sempre fica presente, como uma promessa, o desejo de se livrar dele. E essa abordagem limitante do marxismo (olhar para o Estado objetificado numa essência e não como um mecanismo de exercício e construção de poder) levou à problemática da transição ao comunismo, quando Stálin assumiu que, para não ceder às investidas burguesas de restauração do capitalismo, era preciso fortalecer, em vez de enfraquecer, o Estado socialista.

No presente trabalho, faremos uma análise extensiva da crítica marxista do Estado, levando esta até debates mais recentes que enfocam na natureza, e não na utilidade, do Estado, ou, como preferia Bourdieu (2012), conscientes de que as relações de poder e autoridade só podem ser estudadas sociologicamente a partir de suas definições concretas, e não por uma leitura essencializada de um conceito abstrato e fantasmagórico de Estado. Uma natureza supostamente universal do Estado, para Bourdieu, só existe na construção das trocas simbólicas. Porém, a organização política de determinadas classes dominantes na sua relação com determinadas classes dominadas, como pensou Poulantzas (2000), é muito material e concreta.

O Estado no Iluminismo

Uma parte significativa dos filósofos iluministas definiu o surgimento do Estado a partir do Contrato Social. Locke (1994) e Rousseau (1999), por exemplo, partiam da concepção atomizada da sociedade, formada por indivíduos autônomos, com atributos universais inerentes à natureza humana e que guiam suas condutas pela razão. Não sendo possível viver socialmente num pressuposto estado de natureza, as pessoas se reúnem num pacto em que atribuem legitimidade a um governo, abrindo mão de sua

liberdade absoluta. É de se notar que essa união de indivíduos é uma união externa, de fora para dentro, que não afeta a hipostasia, a objetificação, da concepção contratualista.

Hegel (*apud* MASCARO, 2008) ataca o fundamento do Contrato Social, mostrando que o Estado não pode ser fruto de uma soma de vontades individuais. Pelo contrário, o Estado é uma instância dialeticamente superior à moralidade e à individualidade, um dado em si e para si, um locus para a plena realização do ser humano, a realização absoluta da Ideia. Não se confunde com a sociedade civil, pois esta faz parte da esfera privada dos indivíduos e está permeada por conflitos.

Há um traço comum entre os contratualistas e o idealismo de Hegel: seja ele um pacto social ou a realização de uma ideia absoluta, ambos atribuem ao Estado a expressão positiva do bem comum, sobre a qual restará constituída a concepção do Estado na atualidade: instrumento de pacificação social, ente acima da sociedade cuja função é pacificar os conflitos e trazer harmonia.

A crítica marxista do Estado

Marx e Engels (1980, p. 95) afirmavam que o Estado capitalista "não é mais do que a forma de organização que os burgueses constituem pela necessidade de garantirem mutuamente a sua propriedade e os seus interesses, tanto no exterior, quanto no interior". Na forma avançada de Estado capitalista, a riqueza exerce seu poder de maneira indireta —e mais segura— sob as formas da corrupção direta dos funcionários e da aliança entre o governo e a Bolsa. Essa aliança cresce conforme aumentam as dívidas do Estado e a concentração de capital das sociedades por ações.

As contradições sociais, ao alcançar a forma de antagonismos de classe irreconciliáveis, tornam necessária a criação de uma esfera separada da sociedade —e dela se distanciando cada vez mais— onde a coação de uma classe sobre outra tomará a forma de violência legítima e impessoal. Não se pode tratar do fenômeno jurídico sem fazer referência ao Estado enquanto estrutura coercitiva, ou seja, enquanto materialização da violência que garante a existência e permanência das relações jurídicas.

As primeiras manifestações de poder estatal já se destinavam a proteger os possuidores de riquezas de outros possuidores e, principalmente, da massa absolutamente maior de não possuidores. O fenômeno estatal, portanto, é histórico, como produto da sociedade num certo grau de desenvolvimento, que corresponde à situação concreta em que as

contradições sociais tomaram a forma de antagonismos de classes. Esse processo acompanha a divisão da sociedade em classes antagônicas:

> "Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida" (ENGELS, 1987, p. 193).

O poder estatal se forma com o agrupamento de indivíduos de acordo com uma divisão territorial, e constitui uma força pública, um destacamento de homens armados distinto do armamento espontâneo da população, e oposto a ele. Essa força pública é formada não só por homens armados, mas por "acessórios materiais, os cárceres e as instituições coercitivas de todo gênero" (ENGELS, 1987, p. 193).

Para manter essa força pública, são cobradas as contribuições da população, os chamados impostos ou tributos. Força pública e tributos: eis o núcleo elementar de todo poder estatal. Como titulares da força pública e do direito de cobrar impostos, os funcionários do Estado se colocam acima da sociedade, gozando de uma "santidade" e inviolabilidade que asseguram a estabilidade desse poder. Na república democrática, as classes dominantes exercem seu poder indiretamente e com mais segurança, através da corrupção dos funcionários e da aliança entre o governo e a Bolsa. Em outras palavras, o Estado, no capitalismo, está a serviço da oligarquia financeira, embora mantenha a aparência de um ente imparcial.

A separação entre política e economia

Essa concepção do Estado como ente imparcial, aparentemente acima e distanciado da sociedade, materializa-se em sua plenitude na sociedade capitalista, que universaliza a troca de mercadorias e a igualdade jurídica. É nela que se consuma a separação entre sociedade civil e poder político: ao lado do domínio de classe, direto, imediato e pessoal, surge um domínio indireto, mediato e impessoal, expresso no Estado.

Nas sociedades pré-capitalistas, em que a troca de mercadorias não é universalizada e não constitui a base material do modo de produção, a submissão direta de uma pessoa a outra coincide com a submissão dos oprimidos a um poder político constituído pelos

opressores. Em outras palavras, a classe economicamente dominante é diretamente a detentora do poder político. A submissão de escravos e servos a senhores se dá pelo fato de serem estes proprietários fundiários e disporem de uma força armada, e este poder se reveste de um véu ideológico e teológico.

Nas sociedades capitalistas ocorre a separação entre a figura do empresário e a figura do político – ambos desempenham funções distintas e não encarnam necessariamente a mesma pessoa. A massa dos produtores imediatos encontra-se submetida, no processo de produção, a uma autoridade austera (a do empresário, a esfera das relações privadas) que organiza um mecanismo perfeitamente hierarquizado, "mas os titulares desta autoridade já não são, como nas formas de produção anteriores, senhores políticos ou teocráticos; se a detém, é simplesmente porque personificam os meios de trabalho frente ao trabalho" (MARX *apud* PACHUKANIS, 1988, p. 97).

Numa sociedade em que a troca de mercadorias consiste na base do modo de produção e os indivíduos "ganham" a qualidade de sujeitos de direito como livres proprietários juridicamente iguais —nem que seja apenas para vender sua força de trabalho— não pode haver a quebra dessa igualdade jurídica. Não pode existir, em tese, a coação de um indivíduo sobre outro, ou ao menos ela não pode aparecer como uma prática direta e personificada; "ela deve aparecer antes como uma coação proveniente de uma pessoa coletiva, abstrata e que é exercida não no interesse do indivíduo donde provém, porém, no interesse de todos os membros que participam nas relações jurídicas" (PACHUKANIS, 1988, p .98).

A expressão do Estado como ente imparcial, divorciado do conflito de interesses, é o divórcio entre Estado e sociedade civil, do qual decorre a noção de direito público e direito privado.

Essa separação coincide com a separação entre o homem e o cidadão, que já estava expressa na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789. Os direitos do homem são a liberdade e igualdade formais, do indivíduo egoísta, que vê no outro um obstáculo aos seus interesses. Os direitos do cidadão, de outro lado, são constituídos numa representação genérica da vida, num marco exterior aos indivíduos.

Desde seus estudos sobre Hegel, Marx (2004) considerava a contraposição entre sociedade civil e Estado político, esse ente que se coloca acima e distante da sociedade. Essa separação encontra seu fundamento no processo das revoluções que puseram fim ao feudalismo. Abolia-se a ordem fundada nos privilégios e se instituía uma ordem baseada na liberdade e igualdade formais sustentada na troca de mercadorias. Uma vez que essa ordem mantinha a exploração do homem pelo homem que é inerente ao

modo de produção capitalista, era preciso "expulsar" da esfera da produção social as relações que negavam a liberdade e igualdade formais e se baseavam na coação e subordinação. Essas relações, deslocadas para o poder político, já não aparecem como poder de classe, mas como um poder exercido no interesse de toda a sociedade, no interesse do sujeito de direito universalizado.

Estado capitalista e democracia

A representação do Estado como defensor do "bem comum", da "vontade geral" (ao contrário da sociedade civil marcada pelos conflitos de interesse), o impede da defesa aberta de interesses particulares de classe, devendo afirmar sua natureza pública.

A sociedade vive um profundo conflito de interesses; o Estado não pode reconhecer esse conflito no seu interior porque precisa tutelar a igualdade jurídica. Logo, para o sujeito, membro de uma classe social, participar do Estado, deve despir-se dessa condição de classe e assumir a figura neutra do cidadão.

A democracia é a vontade geral extraída da vontade dos cidadãos que atuam no Estado. Portanto, só pode existir no plano abstrato da figura dos cidadãos abstraídos de interesses de classe. Deve parecer que todos os cidadãos querem o bem de toda a sociedade. O ápice desse processo são as eleições: nada mais que a expressão política da esfera da circulação de mercadorias, ou seja, uma "circulação [ou troca] de vontades políticas" (Naves, 2008, p. 110), entre sujeitos que são juridicamente iguais porque são todos possuidores de mercadorias, ainda que essa mercadoria seja apenas a força de trabalho.

Acontece que esse Estado, que "apenas vela pela observância da ordem pública, isto é, das condições de funcionamento normal do mercado" (Naves, 2008, p. 108), serve exatamente para manter o mecanismo de exploração que depende da igualdade jurídica. A sociedade continua cindida em classes com interesses antagônicos, e a distinção entre Estado e sociedade civil é a própria condição para que essa opressão de classe se perpetue. O cidadão, ao defender a manutenção dessa ordem de igualdade e liberdade formais, não faz mais do que servir à perpetuação da dominação.

Essa democracia limita a participação política aos limites da legalidade. Se o sujeito é o cidadão despido de sua condição de classe, transitando numa esfera de troca mercantil, a participação política não pode operar em outra lógica que não seja a reafirmação desse sistema de troca. Uma participação política que negue de fato o

capitalismo não é possível porque não é concebível nos limites da legalidade. Ilegal é toda prática política que esteja fora dessa noção específica de democracia. A satisfação das condições de vida da classe trabalhadora não se realiza na legalidade, mas sim para além dela.

Logo, o Estado do "bem comum" continua sendo uma força especial para a repressão de uma classe sobre outra (LÉNINE, 1985). O revisionismo na teoria marxista, mesmo reconhecendo as contradições de classes, reafirmavam uma capacidade do Estado em conciliar essas contradições, afastando o que Marx já havia demonstrado sobre serem essas contradições antagônicas e inconciliáveis, pelo próprio mecanismo da economia capitalista. A aparência se confundia com a realidade, declarando o Estado como instrumento a serviço da classe trabalhadora. Porém com as situações de crise, com as guerras, a corrupção das autoridades e o fascismo, o Estado assume abertamente sua natureza de instrumento das classes dominantes.

O debate Poulantzas x Miliband

Dois autores que abordaram os aspectos específicos do Estado no modo de produção capitalista, a partir de suas instituições e estruturas, foram Miliband e Poulantzas, cujo debate, sintetizado por Martusceli e Galastri (2008), permitiu consolidar a compreensão das relações entre teoria marxista e poder.

Poulantzas (1977), ao delimitar o lugar e a função do Estado na totalidade social capitalista, define o Estado como estrutura jurídico-política desse modo de produção. Reconhece, ao nível geral e abstrato, o Estado como uma estrutura de poder que concentra, resume e põe em movimento a força política da classe dominante, sendo, portanto, um instrumento de classe. Buscando uma teoria regional do político sob a teoria geral do modo de produção capitalista, procura demonstrar por quais caminhos e mecanismos o Estado serve à classe dominante, entendendo suas instituições e burocracias que perfazem o jogo institucional de seus aparelhos, as formas concretas pelas quais a dominação política se realiza. O Estado possui uma ossatura material carregada de contradição. Essa compreensão levará Poulantzas à noção de autonomia relativa entre a instância da economia e a instância do poder emanadas do modo de produção.

Ao tratar da autonomia relativa do Estado na sociedade capitalista, retomando as concepções de Althusser, Poulantzas compreende que o aparelho de Estado não

se restringe ao poder de Estado. É possível a participação de membros das classes exploradas no aparelho de Estado, o que contribui para o funcionamento da estrutura jurídico-política capitalista. Essa possibilidade, em vez de negar o caráter de classe do Estado, garante a reprodução do capitalismo como modo de produção típico das classes dominantes. No mesmo sentido, a realização ocasional de interesses particulares de certas classes exploradas pode se dar em desfavor dos interesses de uma ou outra fração das classes dominantes, nunca contra os fundamentos do modo de produção em si; e o sentido próprio desse movimento é a manutenção do capitalismo: o sacrifício de algumas partes para a preservação do todo (SAES, 2008).

Miliband (1982), por sua vez, desenha um mapa do sistema estatal, formado por determinadas instituições cujos membros formam uma elite estatal: governo, funcionários da administração pública, militares, juízes, unidades descentralizadas de governo e os órgãos legislativos. Esse poder pertence e está a serviço dos agentes do poder econômico privado. A intervenção do Estado na economia, expressa em políticas de regulamentação, controle e planejamento, em vez de limitar a empresa capitalista, a favorece. Assim também quando o Estado se coloca como consumidor de serviços privados.

Nas sociedades capitalistas avançadas, a contradição entre ricos e pobres se aprofunda, não obstante os governantes e empresários insistam em dizer que servem ambos ao interesse nacional, o que possui caráter ideológico de legitimação. Os indicadores de consumo não se prestam para evidenciar um protagonismo da classe trabalhadora e se cria a ilusão numa improvável mobilidade social, pois se aprofunda o abismo entre trabalho intelectual e trabalho manual.

Nas eleições, o eleitor não escolhe entre alternativas reais, mas sim dentro de um quadro em que todos os candidatos concordam com a base econômica da sociedade. Membros da classe operária ou chamados "socialistas", ao chegar ao poder estatal sozinhos ou por coalizões, jamais colocam um desafio sério ao sistema; aceitam prontamente a estrutura e contentam-se com políticas compensatórias que servem, em última instância, não para contrapor, mas para fazer funcionar o sistema capitalista.

O debate entre Miliband e Poulantzas percorre várias problemáticas, entre elas, a viabilidade científica de se utilizar modelos teóricos de autores não-marxistas para uma análise marxista do poder político, a separação entre poder de Estado e poder de classe, a análise do comportamento dos membros da burocracia estatal e a integração dos aparelhos ideológicos ao poder de Estado.

Esses estudos fornecem instrumentos teóricos e empíricos para a compreensão específica do fenômeno Estado na sociedade capitalista, que reafirmam seu caráter de classe, em uma síntese mais qualificada que retorna às bases de Marx, Engels e Lênin, pelas quais o Estado capitalista é uma força pública armada e separada da massa da população, funcionando como uma máquina para que uma classe reprima a outra, garantindo a exploração e a desigualdade real, ainda que sob a vigência da igualdade jurídica.

A problemática do Estado burguês na América Latina

Na América Latina, as formações de estruturas estatais está imbricada com os processos de independência das colônias europeias ao longo do século XIX. Esses processos, por sua vez, remetem ao início dessas colonizações, ao longo dos séculos XV e XVI.

Existe aqui uma diacronia entre as estruturas políticas da Europa capitalista e as estruturas da América colonizada - que complica muito o meio de campo das discussões sobre capitalismo e classes sociais na América Latina. Enquanto, na narrativa clássica da história eurocentrada, o Estado burguês surgiu *pari passu* ao surgimento do mercantilismo e das formas mais avançadas de capitalismo, na América colonizada, a história foi outra, que podemos separar, para efeitos didáticos, em três fases:

1. Existência de estruturas políticas e econômicas ancestrais, não chamadas de Estado, e relacionadas à diversidade de povos originários (outras geografias);
2. Introdução, pelos colonizadores, de um padrão de dominação e de produção voltado para exportação de mercadorias primárias. Não havia um consenso no Direito Internacional sobre a natureza jurídica das colônias, mas podemos dizer, grosso modo, que se tratavam de territórios anexados à soberania do país colonizador. Assim, o Brasil foi, entre 1530 e 1821, parte do Estado português);
3. Emancipação política das colônias através dos processos de independência. Seria a partir daqui a primeira vez que podemos falar em Estados, em termos burgueses, surgidos no próprio território latino-americano.

Essa diacronia em que o Estado capitalista surgia na Europa na mesma época em que surgia a negação do Estado na América foi compreendida à luz da Teoria

do Imperialismo de Lênin, aprofundada por ele e outros autores como teoria do desenvolvimento desigual. O desenvolvimento de economias capitalistas avançadas condicionou o não-desenvolvimento das economias estruturadas para servir àquelas - como colônias e semi-colônias de exploração. Mariátegui (1969) compreendeu isso analisando as estruturas econômicas e políticas do Peru, em 1928, mesmo ano em que a Terceira Internacional Comunista publicava as "Teses sobre o movimento revolucionário nos países coloniais e semicoloniais" (COMMUNIST INTERNATIONAL, 1959). Nas décadas subsequentes, essa percepção foi expressa na teoria do desenvolvimento do subdesenvolvimento (GUNDER FRANK, 1966) —que serviu de base para a Teoria Marxista da Dependência—, no livro "As veias abertas da América Latina" (GALEANO, 1998), e no compêndio de estudos latino-americanos de Jorge Abelardo Ramos (2014).

Isso quer dizer que as estruturas políticas contemporâneas da América Latina são continuidades das estruturas instaladas para a exploração colonial, às quais corresponde também uma estrutura de classes sociais. A aliança dos colonizadores com setores dominantes locais sempre determinante para o êxito dos projetos coloniais. Basicamente, a economia colonial depende não só de trabalhadores submetidos a um regime de exploração, mas de senhores da terra para explorar esses trabalhadores e comerciantes para intermediar a exportação de matérias primas. Em um certo nível de desenvolvimento das forças produtivas coloniais, os senhores da terra e comerciantes locais entraram em contradições antagônicas com os monopólios coloniais de Espanha e Portugal. Nesse momento, os intelectuais locais, armados com a ideologia Iluminista importada das revoluções burguesas na Europa, aderiram ao movimento de independência junto aos primeiros. Essa semelhança entre as revoluções burguesas e os movimentos de independência permite confusões, no sentido de entender as classes dominantes locais, aspirantes à independência, com a figura da burguesia nacional.

Acontece que, rompido o pacto colonial, essas classes dominantes assumiram o lugar dos colonizadores na estrutura de exploração - assim demonstraram não só autores tradicionais dos estudos latino-americanos, como Mariátegui, mas também Frantz Fanon, no contexto das independências do Caribe e do continente africano. No Brasil, essa estrutura de exploração foi chamada de coronelismo; no Peru, de gamonalismo; no México, de caciquismo.

Ao longo do século XX, os teóricos marxistas na América Latina debateram sobre a existência e o carácter da revolução burguesa em seus países. Conforme analisa Ramos (2014), enquanto setores burgueses pequenos e médios aspiram a um desenvolvimento interno, o grande capital imperialista se apoia nas oligarquias agrárias, mineradoras

ou financeiras, para minar os processos de desenvolvimento endógeno. Segundo esse autor, a luta de classes não se refere exatamente ao modelo europeu de burguesia e proletariado, mas a uma luta entre as classes oligárquicas e a "nova burguesia".

Essa leitura acompanhou por muitas décadas os debates do Partido Comunista do Brasil, que defendeu uma linha política de industrialização do país em oposição ao agrarismo. Porém, a história demonstrou, sobretudo com os governos de Getúlio Vargas, que a industrialização se deu exatamente no caminho de aprofundamento da dependência e da vinculação à estrutura imperialista, ou, dito de outra forma, uma vinculação às cadeias de exploração do capitalismo transnacional.

Por isso, ainda hoje, é preciso entender a política e a economia latino-americanas para além da chave de uma "unidade com a burguesia nacional". Esse argumento, usado por certos grupos de esquerda em épocas eleitorais, oculta a unidade e aliança desses grupos com setores das classes dominantes também envolvidos numa ordem imperialista à qual se pretende fazer oposição.

Os Estados latino-americanos seguem sendo estruturas políticas destinadas a promover exploração e extração dos recursos naturais e humanos, e o fazem através de duas classes dominantes básicas: o latifúndio e a burguesia. Ademais, as complexidades e arranjos locais, bem como a economia financeirizada, faz com que essas classes se subdividam em setores, e esses setores se compõem em alianças e dissidências no âmbito dos partidos políticos, das discussões e votações no parlamento, e nas eleições gerais.

Em outras palavras, a estrutura dos partidos políticos e coalizões eleitorais são apenas a ponta de um iceberg, e não expressam a conjuntura real das forças políticas e econômicas em um país. Grande parte das análises sobre a situação política local não vai às profundezas dessas composições de classe. Fica como se o presidente, um ministro ou um líder de oposição fosse o grande depositário da adoração ou do ódio no senso comum da população.

Uma abordagem sociológica do Estado

Nas diversas áreas do conhecimento acadêmico, o Estado é mais estudado na Ciência Política e no Direito. Em ambos os campos, os conceitos versam sobre procedimentos e regras de funcionamento do Estado, como uma burocracia coisificada. Não é estudada sua natureza e estrutura, mas os produtos dele derivados. É muito comum que cientistas políticos analisem as ações de indivíduos investidos de mandatos eletivos e de partidos

políticos (a erroneamente chamada análise de conjuntura), mas raramente essa análise dessas ações é integrada a questões trans-históricas (perenes), como o comportamento das classes sociais que permanece ou muda ao longo de diferentes períodos eletivos ou mandatos. Os fundamentos da existência do Estado são mais abordados na Filosofia, enquanto que as relações sociais de pessoas e grupos relacionadas à política estatal poderiam ser estudadas na Sociologia. Quando olhamos através da interdisciplinaridade ou da totalidade —o Estado como um fenômeno totalizante cuja compreensão não pode ser fragmentada— todas essas áreas do conhecimento se relacionam e colaboram para as problemáticas levantadas em cada uma. O que pretendemos, porém, chamar atenção, é sobre a importância de uma Sociologia do Estado.

Antes de propor uma teoria materialista do Estado, Hirsch (2010, p. 19) retoma a crítica da reificação nos conceitos tradicionais da Ciência Política:

"O Estado não é uma coisa, um sujeito ou uma organização racional, mas um complexo de relações sociais. Ele é gerado e reproduzido pelos indivíduos ativos, mas sob condições que fogem à sua consciência imediata e seu controle"

Aqui chama atenção em como as classes sociais, que são um conceito típico da Sociologia, operam uma compreensão profunda do funcionamento do Estado. Poulantzas (1977, p. 90) mostra como o conceito de conjuntura, introduzido por Lênin, como momento de uma formação político-social, leva à elucidação da "ação da prática política sobre as estruturas, o inventário das possibilidades que as estruturas oferecem à prática política, a previsão estratégica na prática política". A conjuntura é a "situação concreta da luta política de classe" (POULANTZAS, 1977, p. 91), já que as ações no Estado envolvem uma organizaãço de poder de classe.

Seguindo um método de análise do comportamento das classes sociais já realizado por Marx (2008) em "O 18 Brumário de Luís Bonaparte", Lênin (*apud* POULANTZAS, 1977) fazia a análise das forças sociais na situação concreta da Rússia, compreendendo a monarquia czarista (que inclui os latifundiários feudais, os funcionários da burocracia e os altos militares), a burguesia monárquica, o proletariado e as classes camponesas. Mao Tsetung (2021, s/p), por sua vez, considerava fundamental a análise concreta das composições de classe para ajustar a tática de luta revolucionária:

> "Devemos investigar não apenas a situação de cada ramo como também, em particular, conhecer sua composição de classe. Não apenas devemos investigar as relações entre os diferentes ramos, mas especialmente entre as diferentes

> classes. Nosso principal método de investigação é fazer a dissecção das diversas classes sociais [...]"

A partir disso, faz uma relação de classes que deveriam ser pesquisadas na praxis dos comunistas chineses: "o proletariado industrial; os operários artesãos; os assalariados agrícolas; os camponeses pobres; os pobres da cidade; o lumpen-proletariado; os artesãos; os pequenos comerciantes; os camponeses médios; os camponeses ricos; os latifundiários; a burguesia comercial; a burguesia industrial" (TSETUNG, 2021, s/p).

Daí podemos compreender como a análise dos tecidos sociais é complexa, não podendo se reduzir ao "culto dos livros", que era a prática, criticada por Mao Tsetung, de se fazer análises sociais tendo por fonte apenas as fontes escritas de terceiros. A técnica preconizada incluía convocar reuniões de investigação, realizar discussões, elaborar um plano de pesquisa detalhado, fazer anotações.

As experiências dos Partidos Comunistas da China e do Peru mostraram que, no geral, nas economias nacionais dominadas pelo imperialismo, a grande burguesia local tende a dividir-se em dois grandes setores, de acordo com a atividade econômica exercida e suas relações mais diretas com o Estado ou com as economias compradoras - daí receberem, para efeitos de análises, os nomes de fração burocrática e fração compradora. A exploração local necessita de grandes obras de infra-estrutura, como estradas, ferrovias e grandes empreendimentos de construção —contratadas pelo Estado e executadas pelas chamadas empreiteiras— um exemplo típico de fração burocrática, além dos setores ligados aos militares. Por outro lado, as empresas envolvidas diretamente nas operações de exportação e importação, como as grandes lojas de departamentos, além das logísticas de transporte e portos, são exemplos típicos de fração compradora.

Os acontecimentos dos últimos ciclos de governo central no Brasil (Lula 2003-2010; Dilma 2011-2016; Temer 2016-2018; Bolsonaro 2019-atual) podem ser compreendidos à luz dos interesses e conflitos entre os setores do latifúndio e da burguesia instalados no país. O "pacto nacional" que levou Lula à presidência em 2003 se tratava de um projeto de salvação econômica endereçado, ao mesmo tempo, ao grande capital e às classes trabalhadoras, que, ao concretizar-se, expressou o restabelecimento do domínio da fração burocrática da grande burguesia. Esse ciclo foi marcado pelos grandes contratos de obras públicas (planejados através das duas edições do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC). A famosa Operação Lavajato pode ser lida como uma reação das oligarquias financeiras internacionais à hegemonia da burguesia burocráica no

Brasil. Os escândalos de corrupção e caixa 2 representaram ataques a essa fração, que terminou desgastada no último período do governo Dilma, juntamente com os abalos da classe latifundiária com a crise das exportações de açúcar.

A crise da burguesia burocrática, somada à crise da economia latifundiária (marcada pelo fim da compra do acúcar brasileiro pela China), principais setores aliados aos governos petistas, contribuíram para o descenso do governo Dilma. Isso não nega o processo político de direitização, cooptação de setores populares e corrupção de parlamentares para o juízo político (impeachment) que a retirou da presidência em 2016 e o terrível processo eleitoral que levou Bolsonaro à presidência em 2018 - trauma com o qual a sociedade brasileira ainda não soube ajustar as contas.

Estudo de caso: BNDES e frigoríficos

Entre 2005 e 2011, foram registrados empréstimos bilionários do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ao frigorífico JBS S.A. (Friboi), tendo como principal acionista a holding FB-Participações (família Batista e grupo Bertin). Por quê um banco público destinado ao desenvolvimento econômico e social faria tantas transferências de recursos para transformar um grupo localizado de latifundiários na maior empresa mundial de produção de carne bovina?

Em 2005, o BNDES emprestou R$ 80 milhões para a JBS comprar o frigorífico argentino Swift Armour. Em 2006, novo empréstimo de R$ 1,46 bilhão para comprar a estadunidense Swift &Co. Em 2007, mais R$ 2,5 bilhões no Bertin, que foi incorporado à JBS em 2009.

Em setembro de 2009, o BNDES emprestou aproximadamente R$ 3,48 bilhões ao frigorífico, através da compra de dívidas (debêntures), para que este comprasse a empresa estadunidense Pilgrim' Pride. Em 2011, o frigorífico realizou aumento de capital, emitindo ações até o valor da dívida; o BNDES converteu as dívidas em ações. O total dos "investimentos": R$ 7.520.000.000 em uma só empresa.

A conversão das dívidas em ações da JBS no Brasil foi uma alternativa ao plano original, que previa a entrega ao BNDES de parte da empresa nos EUA, da qual se esperava aumento de capital, expectativa que não foi realizada, tendo o próprio Senado daquele país obstado aquisições da empresa para impedir o monopólio. No dia 18 de maio de 2011, as ações da empresa fecharam em queda, a R$ 5,48; o BNDES aceitou comprá-las

por R$ 7,04, aumentando seu valor em 28%, tomando o valor médio ponderado dos últimos cem pregões antes de 31 de dezembro de 2010.

O próprio presidente da Associação Brasileira de Frigoríficos (Abrafrigo), Péricles Salazar, escreveu uma carta ao Presidente do BNDES, apontando os efeitos negativos desse processo: "O BNDES pôs um volume colossal de dinheiro para criar uma multinacional sem diagnosticar bem a cadeia produtiva. E criou uma empresa assim, que pode fazer o preço do boi e da carne. Impossível competir." E ainda, apontando que a crise no setor persistia e havia possibilidade de nova "quebradeira". Basta lembrar que, em novembro de 2009, o BNDES emprestou R$ 250 milhões ao Frigorífico Independência, visando um processo em que se tornaria acionista de um terço da empresa. Pouco tempo depois, o frigorífico pediu recuperação judicial. O que Salazar denunciava era a concentração de capitais e o monopólio, o controle do mercado por uma só empresa, impondo às demais a falência ou a incorporação. O casamento entre o BNDES e os frigoríficos era investigado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e pelo Ministério Público Federal.

Como foi possível a preferência do BNDES a um monopólio de carne bovina? Matéria de capa da Revista Exame, em outubro de 2009, apontou: a empresa JBS S.A. era a maior financiadora (declarada) das campanhas presidenciais de Dilma Roussef, o que se confirmou também nas eleições de 2014.

O caso coloca em evidência a relação entre Estado e empresa capitalista, entre o público e o privado. O teórico Ralph Miliband, por um processo indutivo em que traça as característas do Estado capitalista a partir de várias sociedades de capitalismo avançado, mostra que a intervenção do Estado na economia não se presta a combater os abusos da empresa capitalista, tampouco se reverte a favor dos interesses populares. Em vez de limitar a empresa capitalista, essa intervenção a favorece. A empresa capitalista só assume o carácter de "privada" em associação com os apoios públicos.

Alysson Mascaro, em uma palestra, explicava como o Estado leva a proteção dos negócios capitalistas a um nível universal e impessoal. O "dono" do banco não precisa ir até uma cidade onde uma agência foi assaltada. A racionalidade, a estrutura social e a capilaridade do Estado assegura essa proteção de polícia, e a promove a um título impessoal.

Na época do capitalismo monopolista, tal como sintetizada por Lênin, o Estado se liga ainda mais estreitamente aos monopólios bancários e industriais. Há que se destacar, aqui, os papéis diferentes e complementares que prestam os Estados imperialistas e os Estados subordinados, numa lógica de desenvolvimento desigual. No

último caso, o Estado tem um papel econômico fundamental de criar a estrutura para a máxima exploração da força de trabalho e a exportação de matérias primas, consolidando, ao lado da burguesia compradora e agro-exportadora, uma burguesia burocrática. O Estado se conforma como um aparato para garantir os privilégios dos monopólios.

Em todas as crises generalizadas do capitalismo nos séculos XX e XXI, o Estado se apresentou como o garantidor e salvador dos grandes negócios, enquanto as pequenas empresas familiares não tiveram o mesmo apoio. Desde a crise de 1929, passando pela crise do petróleo em 1973, a crise dos títulos imobiliários em 2008 e a atual crise econômica sem precedentes gigantizada pela crise sanitária do Covid-19, os Estados têm se apresentado para o salvamento das grandes economias, sob a lógica de que, se elas quebram, o sistema inteiro quebra junto. Por outro lado, o que se percebe em todos esses processos são as tendências de fragmentação e centralização de capitais, que Lênin apontou como a raiz dos monopólios. Em outras palavras, é quando o mercadinho da esquina fecha por conta da abertura de uma franquia de supermercados.

Voltando ao caso BNDES-JBS, pode-se perguntar por quê, qual o interesse nos aportes bilionários de recursos públicos à produção de carne para exportação, e a resposta já estava dada. Da mesma maneira que Getúlio Vargas comprou 17,2 milhões de sacas de café para queimar, visando reduzir o preço do café brasileiro na Europa e EUA; e da mesma maneira que Dilma se vangloriava de vender açúcar para EUA e China ao custo da alta nos preços dos combustíveis no Brasil. Não é segredo que cada brasileiro pagou caro pelo açúcar (e pela carne, café, soja...) vendidos lá fora.

Conclusão

Em seu compêndio de cursos sobre o Estado, Bourdieu (2012, p. 38) aponta limites da tradição marxista, mencionando Marx, Gramsci e Althusser, que apenas discutem a função, para quê e para quem serve o Estado, sem perguntar e responder sobre a natureza mesma do poder estatal: "não se aprende nada sobre o mecanismo quando se interroga apenas a respeito das funções". Aponta também teorias que denunciam o Estado como disciplina e coação tendem a ser bem recebidas quando encontram a revolta adolescente contra todos os poderes. O Estado cumpre as funções que a tradição marxista lhe imputa, de conservação social e acumulação de capital, quando é tomado "como ortodoxia, como ficção coletiva, como ilusão bem fundamentada" (BOURDIEU, 2012, p. 39). Aqui o autor introduz sua abordagem do poder simbólico, pois

o Estado, como monopólio da violência simbólica e legítima, "existe essencialmente porque se acredita que ele existe" (2012, p. 45).

Esse poder de ato de Estado se verifica em atos políticos que têm repercussões no mundo social - como por exemplo as expressões cotidianas da autoridade pública, quando um fiscal de tributos realiza seus atos de fiscalização sobre particulares não em nome próprio, mas em nome de uma estrutura heterônoma. Esses atos, que se legitimam gradualmente, por uma série de delegações em cadeia, a um ente último, que é a figura do Estado, são estruturantes e estruturados nas relações sociais, o que equivale a dizer: os atos "de Estado" põe em marcha relações sociais.

Quando Bourdieu analisa o desenvolvimento do mercado imobiliário, observa como este é impossível sem a regulação estatal. Aqui, o Estado não aparece como um ente garantidor de liberdades, cuja essência estaria paradoxalmente em não agir (como nas teorias contratualistas e nas liberdades civis dos direitos humanos), mas, pelo contrário, como um agente econômico numa teia de agentes. As decisões políticas sobre zoneamento urbano, aprovação de loteamentos, bem como os aparatos administrativos tributários e notariais, são determinantes na geração de lucros. Isso significa que o Estado não se limita a regular o mercado. No exemplo dado, o Estado atua diretamente na produção de mais-valia.

Outros exemplos que permitem férteis discussões sobre a participação do Estado na economia, e, consequentemente, a não separação entre política e economia, são as empresas públicas (e, em menor medida, as sociedades de economia mista), os financiamento públicos (o caso do BNDES aqui abordado) e as agências reguladoras.

No caso das agências reguladoras, o mecanismo é muito parecido com o do mercado imobiliário. As agências reguladoras, no Brasil, foram criadas no marco de projetos neoliberais de reforma do Estado e privatizações. Muitos setores da economia, como as telecomunicações e os transportes, são considerados de serviços públicos, e seu exercício pela iniciativa privada não é nem pode ser absoluto. Por isso, as empresas privadas atuam nesses setores por concessões do poder público. As agências reguladoras foram criadas para impedir abusos por parte das empresas privadas, porém, um estudo mais aprofundado poderia demonstrar situações em que elas atuam mais como um sindicato a serviço do interesse dessas empresas. Isso acontece de forma similar aos estudos de Lênin (1984) sobre o funcionamento dos trustes no capitalismo monopolista. Este não significa a existência de um monopólio absoluto e concretizado nos setores da economia, mas a competição acirrada entre poucos agentes monopolistas (que, em última instância, se resolve nas crises, nas guerras e no fascismo). No caso em

análise, a atividade reguladora da competição entre monopólios não é contraditória, mas sim favorável, à concentração de capitais.

Se, por um lado, a atuação do Estado no mercado imobiliário se presta à transferência de excedentes da enorme mais-valia gerada no setor da construção civil e à valorização da renda da terra, por outro lado, a atuação do Estado na forma de empresas públicas e concessões de serviços públicos se presta à reprodução ampliada da força de trabalho. Em outras palavras, são a garantia, por parte do Estado, de que os trabalhadores seguirão vivos e à disposição dos empresários capitalistas. Assim resume Poulantzas (2000, p. 180):

> "Toda uma série de intervenções do Estado, quer se trate de reestruturações industriais, da ajuda múltipla e direta em certas frações do capital ou do arranjo do território, todos gados certamente à distribuição da mais-valia e suas transferências, visam, mais fundamentalmente, a esta modificação das relações de produção, condição necessária da reprodução da força de trabalho em função da alta de sua taxa de exploração."

Quando Bourdieu aborda a tradição marxista, criticando Gramsci e Althusser, não se refere às produções de Miliband (1982) e Poulantzas (2000), sobretudo em sua obra madura. Se Bourdieu critica um Poulantzas de 1968 (1977), por partir de um conceito essencial e funcional de Estado e subestimar a importância de partir do específico de cada pesquia empírica, não menciona um Poulantzas de 1978 (2000, p.168), que assegura que "é preciso então desconfiar de toda representação topológica e imaginária das relações entre o Estado e a economia".

Conforme foi aqui apresentado, o diálogo Miliband-Poulantzas com Bourdieu sob o referencial marxista seria ainda mais frutífero. Possivelmente uma demarcação entre a posição de Bourdieu (2012, p. 61) e a dos marxistas (incluindo Hirsch), se resumiria assim: "o Estado não é um bloco, é um campo".

Assim, Poulantzas (2000, p. 149) dialogaria: "o poder referido às classes sociais é um conceito que designa o campo de sua luta, o das relações de forças e o das relações de uma classe com uma outra", de forma que o Estado, abstraindo as relações e situações concretas, permanecer como instância de organização do poder das classes dominantes em sua relação com as classes dominadas.

Bibliografia

Bourdieu, Pierre. Sobre o Estado: Cursos no Collége de France (1989-1992). São Paulo: Ed. Schwarcz, 2012.

Communist International, The. "1919-1943 Documents". Royal Institute of International Affairs. Volume II: 1923-1928. Selected and edited by Jane Degras, Apr.1959.

Engels, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução Leandro Konder. 11. ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

Galeano, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Tradução Galeno de Freitas. 38. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

Gunder Frank, André. The Development of Underdevelopment. Monthly Review, v. 18, n. 4, set. 1966.

Hirsch, Joachim. Teoria materialista do Estado. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Lênin, Vladimir Ilich. O imperialismo, fase superior do capitalismo. In:___ . Obras escolhidas. Tomo 2, p. 291-404. Lisboa: Ed. Avante!, 1984.

____. Sobre o Estado. Conferência na Universidade Sverdlov. Obras Escolhidas em Três Tomos, tomo 3. Lisboa: Edições Progresso (Moscou), 1977.

____. O Estado e a revolução: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

____. "O desenvolvimento do capitalismo na Rússia: o processo de transformação do mercado interno para a grande indústria". Tradução José Paulo Netto. 2. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Os economistas).

Locke, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

Mariátegui, José Carlos. Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana. 16. ed. ___Lima: Amauta, 1969.

Martuscelli, Danilo Enrico; galastri, Leandro de Oliveira. Apresentação do debate Miliband-Poulantzas. Crítica Marxista, São Paulo, Ed. Unesp, n.27, 2008, p.87-91.

Miliband, Ralph. O Estado na sociedade capitalista. Tradução Fanny Tabak. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

Marx, Karl; Engels, Friedrich. A ideologia alemã I. Tradução Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. 2. ed. Porto: Editorial Presença; Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1980.

____. A questão judaica. In:____. Manuscritos econômico-filosóficos. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

____. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. In:____. A revolução antes da revolução. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

Mascaro, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

____. Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Moreira, Júlio da Silveira. Direito internacional: para uma crítica marxista. São Paulo: Alfa Omega, 2011a.

____. Estado capitalista, bndes e frigoríficos. Revista Crítica do Direito , v. 7, p. 4, 2011b. naves, Márcio Bilharinho. Marx: Ciência e Revolução. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Pachukanis, E. B. Teoria geral do Direito e marxismo. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

Poulantzas, Nicos. Poder político e classes sociais. Tradução Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes. 1977.

____. O Estado, o poder, o socialismo. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

Ramos, Jorge Abelardo. História da Nação Latino-Americana. Florianópolis: Editora Insular, 2014.

Rousseau, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Clássicos).

Souza, Angelita Matos. O expansionismo nos governos Lula e o BNDES. Meridiano 47, vol. 11, n. 120, jul.ago. 2010. P. 47-53.

Tsetung, Mao. Contra o culto dos livros. In: Servir ao Povo de Todo Coração. Disponível em:<https://serviraopovo.wordpress.com/2015/11/18/contra-o-culto-dos-livros-mao-tsetung/>. Acesso em: 6 jun. 2021.

SIETE TESIS EQUIVOCADAS SOBRE EL DERECHO INDÍGENA EN MESOAMÉRICA

Seven Erroneous theses about indigenous law in Mesoamérica

Dr. Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos

Resumen

El presente texto pretende realizar un aporte crítico en torno a la discusión sobre el derecho indígena y la interlegalidad, con énfasis especial en Mesoamérica. A lo largo del texto se realizan siete contribuciones críticas a las tesis equivocadas que, desde el paradigma del positivismo jurídico occidental, se realizan en torno a la concepción pluralista del derecho indígena. En dichas tesis se vertebran aspectos epistemológicos, metodológicos, ontológicos, axiológicos y utópicos sobre el derecho indígena. El hilo conductor que atraviesa el texto es un diálogo de saberes con el pensamiento y construcción jusfilosófica de los pueblos originarios en Mesoamérica quienes, a lo largo de varios lustros, han demostrado su enorme contribución a las concepciones actuales en torno al derecho, la justicia y la interlegalidad.

Palabras claves: Derecho indígena, pueblos originarios, diálogo de saberes, educación superior,

Abstract

This text aims to provide a critical contribution for the discussion on indigenous law and inter-legality, with special emphasis on Mesoamerica. Throughout the article, seven critical contributions are made to the wrong theses that, from the paradigm of Western legal positivism, are made around the pluralist conception on indigenous law. In these theses epistemological, methodological, ontological, axiological and utopian aspects of indigenous law are structured expouse. The common thread that runs through the text is a dialogue of knowledge with the jusphilosophical thought and construction of the

native peoples in Mesoamerica who, over several decades, have demonstrated their enormous contribution to the current conceptions on law, justice and interlegality.

Key Word: Indigenous law, indigenous rights, dialogue of knowledge, higher education.

Introducción

Parientes
En 1992, mientras se celebraban los cinco siglos de algo así como la salvación de las Américas, un sacerdote católico llegó a una comunidad metida en las hondonadas del sureste mexicano.
Antes de la misa, fue la confesión. En lengua tojolabal, los indios contaron sus pecados. Carlos Lenkersdorf hizo lo que pudo traduciendo las confesiones, una tras otra, aunque él bien sabía que era imposible traducir esos misterios:
-Dice que ha abandonado al maíz -tradujo Carlos- Dice que muy triste está la milpa. Muchos días sin ir.
-Dice que ha maltratado al fuego. Ha aporreado la lumbre, porque no ardía bien.
-Dice que ha profanado el sendero, que lo anduvo macheteando sin razón.
-Dice que ha lastimado al buey.
-Dice que ha volteado un árbol y no le ha dicho porqué.
El sacerdote no supo que hacer con esos pecados, que no figuraban en el catálogo de Moisés.

Eduardo Galeano, Bocas del tiempo, México, Siglo XXI Editores, 2004. P. 84.

Los estudios en torno al derecho indígena en Mesoamérica tienen como antecedentes dentro de la literatura antropológica las obras hoy clásicas de tres destacadas investigadoras como Jane Collier (1960), Laura Nader (1964) y Carmen Cordero Avendaño (1973). Para el caso de Guatemala, los estudios pioneros fueron realizados por juristas como Julio Hernández Sifontes (1965), José Ordóñez Cifuentes (1968), Flavio Rojas Lima (1967), entre otros.

Sin embargo, la emergencia de la denominada antropología crítica a fines de los años sesenta que realizó una denuncia y rechazo a los procesos etno-genocidas hacia los pueblos indígenas y una crítica lapidaria al indigenismo y los procesos de colonialismo interno iniciaron una nueva época de investigaciones descolonizadoras nuestraamericanas. Los aportes relevantes de investigadores de la talla de Pablo González Casanova, Stefano Varese, Fernando Henrique Cardoso, Franz Fanon, Darcy

Ribeiro, Alejandro Lipschutz, Ricardo Pozas, Héctor Díaz Polanco, entre muchos otros, en diálogo con los magníficos de la antropología mexicana encabezados por Guillermo Bonfil significaron un aporte decisivo en torno a una antropología crítica.

Un aporte decisivo fueron las reuniones de Barbados y sus declaraciones, las cuales fueron construidas en nuevos procesos de diálogo de saberes con representantes de los pueblos indígenas, a diferencia de las investigaciones extractivistas indigenistas que tenían a los "indios" como simples "objetos de estudio" o "terrenos epistemológicos". En dichas declaraciones se proponía darle fin al colonialismo de los pueblos indígenas a través de un proceso de liberación que tenían varias propuestas muy novedosas, como la teoría del control cultural de Bonfil Batalla y, al tiempo, otros aportes muy relevantes en diálogo de saberes con los representantes de los pueblos indígenas de América Latina. Los aportes de Bonfil Batalla se condensan en varios libros de su autoría como ***México Profundo*** y una saga muy numerosos de libros colectivos. Sin embargo, dichas investigaciones y aportes no partieron de la indagación sobre el derecho indígena como sistema jurídico sino de la defensa de los pueblos originarios a su colonialidad, explotación y discriminación.

Hacia mediados de los años 80´s, Rodolfo Stavenhagen coordinó el primer grupo de trabajo interdisciplinario para debatir específicamente al derecho indígena como sistema jurídico. La denominación de "derecho indígena" fue acertada y representa aún hoy una valiosa contribución desde varios ángulos. "1) concebir el derecho como un elemento fundamental de la estructura social de un pueblo y un elemento básico de su identidad; 2) considerar la dimensión integral del derecho propio que se opone a plantear lo jurídico como un campo separado de lo social; 3) tratar los derechos colonizados en continua relación con el derecho estatal, lo que cuestiona las visiones aislacionistas, autocontenidas del derecho propio, y 4) el reto metodológico de estudiar un derecho oral, no escrito, difícil de asir por no encontrarse definido de antemano".[1] El inicio de este nuevo paradigma estableció la estrecha relación del derecho indígena con las relaciones de poder, historia y la investigación-acción o de colabor.

A partir de las obras, hoy clásicas, ***Derecho indígena en América Latina*** y ***Entre la Ley y la costumbre*** se iniciaron los primeros grupos de trabajo en México y Guatemala que con sus diferentes referentes han contribuido enormemente al campo de estudio de la antropología jurídica mesoamericana e incluso de Aridoamérica y Oasisamérica.

1 Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (coords.), 1990, ***Entre la ley y la costumbre*** , Instituto Indigenista Interamericano, México.

Siete tesis equivocadas sobre el derecho indígena en Mesoamérica

"Ved el escarnio de las leyes, y cuán llenas de iniquidad"
Fray Bartolomé de las Casas.
Historia de las Indias.

Primera Tesis. Los pueblos indígenas no tienen un sistema jurídico propio sino "usos y costumbres" o derecho consuetudinario...

Uno de los primeros desafíos que enfrentó la crítica jurídica latinoamericana fue construir desde la sociología jurídica una definición sobre el derecho indígena. En la mayor parte de las facultades de derecho en América Latina, el concepto más común para definir al derecho es "un conjunto de normas que pautan las conductas humanas". El derecho solo puede concebirse bajo esta concepción como el poder soberano de un estado. Esta visión monista del derecho derivada de una concepción positivista o, a lo sumo, kelseniana concibe al derecho como aquel poder estatal codificado con fuentes históricas, reales y formales del derecho. En adición el derecho se concibe con una serie de características como la bilateralidad, heteronomía, exterioridad, coercibilidad y sanción pública. Esta dogmática jurídica imposibilitaba concebir al derecho indígena como un *ius propium* sino como un *ius introductum*.

Se partía de la falacia jurídica de que el derecho indígena en la actualidad eran resabios costumbres jurídicas o lo que se denominó "usos y costumbres", por lo tanto, carecía de un discurso estatal autorizado, prescriptivo, sancionador y encriptado con fuentes formales como doctrina, legislación, jurisprudencia, así como fuentes históricas como una constitución, leyes o al menos fuentes o normas escritas. Los pueblos indígenas carecían de un *ius propium* o sistema jurídico propio por lo que se subsumía a lo sumo como un *ius introductum* del derecho mexicano o guatemalteco; de un derecho consuetudinario o de "usos y costumbres jurídicas" que eran parte de una de las fuentes formales del derecho positivo nacional.

En el marco de las Jornadas Lascasianas Internacionales organizadas por José Ordóñez en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Óscar Correas, Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, Ignacio Cremades, Agusti Nicolai, Miguel Bartolomé, Alicia Barabás, Carmen Cordero Avendaño, Mercedes Gayosso, Leif Korsbaek, entre muchos otros, resolvieron desde la sociología jurídica el enigma.

A partir de sus investigaciones desde la sociología del derecho y la Teoría General del Derecho (TGD) Correas argumentó de forma magistral porqué el derecho indígena es un sistema jurídico. La idea radical fue fundamentar una concepción no juridicista del derecho, es decir, una concepción desde la sociología del derecho y el campo de la semiótica. El derecho no es solamente un "conjunto de normas" o un cúmulo inerte de "fuentes del derecho" y demás "características dogmáticas", sino que se funda en la pregunta sobre la validez y eficacia del sistema jurídico en dos brazos discursivos, el deóntico y el ideológico, el primero el del discurso de la norma y el segundo el discurso sobre la norma. El argumento principal de Correas es que el derecho indígena es un derecho no escrito, que contiene un discurso de poder prescriptivo, autorizado, codificado por funcionarios, que legitima ideológicamente el uso de la violencia y las sanciones y que para los miembros de los pueblos es concebido como eficaz. Sus normas además se codifican de tal manera que queda claro en su sistema jurídico los tres operadores deónticos: lo prohibido, lo obligatorio y lo permitido.

El aporte de Cremades y Mercedes Gayosso desde el conocimiento del derecho romano fue clave para comprender el concepto de derecho consuetudinario, en tanto *ius introductum*, por lo que el derecho indígena al contener, asimismo, de otras fuentes formales, reales e históricas constituían en sí mismo también un sistema jurídico o *ius propium*. El problema de fondo era la profunda ignorancia de los juristas sobre las investigaciones de la literatura antropológica que daban cuenta de cómo en las sociedades no occidentales existían sistemas jurídicos o *folk systems*.

Las investigaciones sociológicas y antropológicas de Ordoñez Cifuentes, Carmen Avendaño, Leif Korsbaek, Miguel Bartolomé, Alicia Barabás, así como de una incipiente literatura de una nueva generación de antropólogos del derecho demostraron la necesidad de fundamentar que el derecho indígena también contenían como sistema jurídico **fuentes formales** como la cosmovisión que orientaba a su ***doctrina jurídica,*** la memoria histórica de los jueces de paz o consejos de ancianos de las resoluciones de las disputas y conflictos comunitarios que les permitía contar con una ***jurisprudencia,*** incluso en resoluciones dentro de los archivos municipales, ***legislación*** escrita en reglamentos comunales y ejidales o bien en la palabra comunal no escrita pero concebidas como eficaces y validas para los miembros de la colectividad, y por supuesto de **costumbres** y cultura vital derivados de la tradición indígena; asimismo **fuentes históricas** como los mitos, los antiguos códices, el Popol Vuh, Chilam Balam, Cantar de los Cantares, Huehuetlatolli, que también contienen **textos escritos**; y finalmente también **fuentes reales** producido del contexto histórico y social que se construyen al juntar la palabra

y el pensamiento en las diferentes cumbres, foros e insurrecciones de los pueblos originarios desde las Reuniones del Grupo de Barbados en los años 70´s y que tuvo como nirvana el grito zapatista de Ya basta! de 1994.

Segunda Tesis. Los "usos y costumbres" del derecho indígena violan los derechos humanos universalmente reconocidos…

Una de las críticas al paradigma del pluralismo jurídico o interlegalidad es que el derecho indígena viola en su sentido deóntico e ideológico a los derechos humanos universalmente reconocidos por el *jus cogens* internacional, inclusive los principales instrumentos interamericanos de derechos humanos. Para tal artilugio se buscan ejemplos potentes como las penas crueles e inhumanas aplicadas por autoridades indígenas mayas como azotes y flagelaciones corporales, el corte del vital líquido (agua) en comunidades de Oaxaca, la expulsión comunitaria al no realizar el tequio, la pérdida de la membresía étnica por no realizar el pago anual para la celebración de fiestas patronales, y más sensibles como la "dote" de mujeres indígenas por parte de un canon patriarcal.

Mas allá de la discusión de estos ejemplos que, por supuesto, requerirían un análisis de caso concreto que excede esta pequeña contribución, la crítica jurídica latinoamericana en conversa con los esquemas de inteligibilidad de la hermenéutica diatópica e intercultural de Pannikar y Vachon, así como las epistemologías del sur postuladas por Boaventura de Sousa Santos, entre otros, ha demostrado que los derechos humanos son un discurso construido en clave occidental, de acuerdo al *topoi* cultural occidental, provinciano, por así decirlo. Sobre el particular cabe recordar las reflexiones de Herkovits, antropólogo estadounidense quien al terminar de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial mostro serias dudas acerca de su universalidad ante la difícil comunicación intercultural con los representantes de los diferentes países.

Haría falta, por ende, para lograr consecutar una verdadera universalidad de los derechos humanos una conversación diatópica e intercultural o diálogo de saberes entre las más de 7 mil lenguas y pueblos en el mundo, con sus distintos ethos culturales, amén de sus diferentes religiones y cosmovisiones en torno a la justicia. Cabe señalar que el término derecho no existe en la mayoría de las lenguas del mundo, sino que tienen distintos significados y traducciones. Para el caso de los pueblos mesoamericanos la palabra más cercana al concepto de derecho es la palabra de respeto, tal y como lo

expreso el ex-presidente Benito Juárez en su célebre frase "Entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz".

Los derechos humanos son un discurso que ha condensado la lógica de las luchas de los pueblos occidentales, pero para los pueblos indígenas en el resto de los continentes las coordenadas serían otras: a) una visión no antropocéntrica de la justicia, b) un ethos cultural no occidental o judeo cristiano, c) Partir de los derechos colectivos por sobre los derechos individuales d) Una construcción no estatal de los derechos humanos. La dialéctica de su construcción de su esquema de intelibilidad es al decir de Lenkersdorf el sentido nosotrico. El ubuntu africano, "comunalocracia" oaxaqueña o el mandar obedeciendo zapatista. Los derechos humanos en clave occidental son pues una forma sublimada de colonialismo jurídico que han legitimado no solamente guerras del reparto imperial sino también el discurso ideológico hegemónico sobre los pueblos del sur global. Por lo demás al decir de numerosos movimientos sociales ha sido por mucho mas posible el diálogo de saberes horizontal con los pueblos originarios que con el discurso estatal patriarcal y neoliberal.

Tercera Tesis. El pluralismo jurídico en Mesoamérica se fundamenta en la simple coexistencia de diversos sistemas jurídicos que deben estar reconocidos por el derecho estatal...

Las políticas multiculturalistas que se han venido implementando en Abya Yala desde los años ochenta se han concebido como una respuesta del derecho hegemónico a las reivindicaciones de los movimientos autonómicos indígenas. Zizek las ha caracterizado como un café sin cafeína. Appadurai como el miedo a las minorías, a los números pequeños, a todo aquello que altera la orientación homogenizadora estatal. Es por ello por lo que el multiculturalismo postula que el pluralismo jurídico se expresa como una simple coexistencia entre múltiples sistemas jurídicos en un mismo espacio y tiempo, pero bajo el reconocimiento del derecho hegemónico estatal. En ese sentido el pluralismo jurídico es posible solamente bajo el triángulo jurídico kelseneano que coloca a la constitución como el principal referente deóntico y por debajo los otros sistemas normativos.

En el caso de la constitución mexicana, el artículo segundo constitucional reconoce el pluralismo jurídico siempre y cuando no esté en contradicción con la constitución mexicana y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Y con respecto a

la jerarquía constitucional, el artículo primero constitucional establece que el derecho internacional público moderno no está por encima de la constitución (como si es el caso guatemalteco), por lo que en caso de contradicción la constitución es la que tiene por así decirlo, la última palabra.

Es por ello, que la crítica jurídica deja en claro que el multiculturalismo es una postura que, aunque supera los postulados del monismo jurídico al aceptar la pluralidad jurídica, se limita a reconocerlos solamente supeditados jerárquicamente al derecho estatal. Lo que nos conduce a lo que Correas y Ordóñez denominaron colonialismo jurídico. El estado que se ha construido sobre una mascara en donde la soberanía puede difícilmente compartirse con otros sistemas normativos.

En ese sentido, Santos ha propuesto que una visión intercultural debería partir de la interlegalidad, entendida como procesos sociales de interpenetración de diversos sistemas jurídicos en diversas escalas y niveles de espacios legales. Sin embargo, esta interpenetración Santos la ha caracterizado como porosidad legal, en el sentido que tiene múltiples influencias que claman a la hibridez, liquidez o campos semi-autonomos desde el derecho romano. La porosidad legal puede dar cabida al otro derecho, es decir el uso alternativo del derecho como respuesta de otros actores y movimientos sociales. Pero para el derecho estatal resiste pobremente la competencia de la porosidad legal y la interlegalidad del derecho indígena por la sospecha de que son subversivos o pretenden evidenciar su ineficacia jurídica y el grave desprestigio del estado de derecho para legitimarse ante la sociedad civil.

Cuarta tesis. La conceptualización del derecho indígena solo puede realizarse a la luz del Derecho occidental…

Existe una concepción juridicista del derecho que postula que el estudio del derecho indígena en serio solo puede analizarse objetivamente desde los referentes epistemológicos y ontológicos occidentales que tienen sus referentes en los pensadores del derecho del norte global. Sin embargo, la crítica jurídica que el análisis del derecho indígena debe realizarse desde un análisis desde la sociología jurídica, que estudia el discurso jurídico como un campo de disputa dialéctica del poder codificado y encriptado históricamente, desde una ecología de saberes y una perspectiva inter y transdisciplinaria del derecho, la sociología y, en general, de las ciencias sociales.

La sociología jurídica estudia lo jurídico a partir del análisis de la validez, eficacia, causas y efectos de las normas, así como el discurso de poder sobre

el papel de la relación jurídica y de las instituciones en las relaciones sociales. El discurso jurídico tiene dos sentidos: el discurso del derecho o discurso deóntico (de la norma) y el discurso sobre el derecho o discurso (ideología). Los juristas analizan frecuentemente el primer sentido, olvidando el segundo, lo que a la postre debilita fuertemente el análisis socio jurídico de la realidad empírica. Es por ello por lo que consideramos que una metáfora clara seria que padecen del síndrome de Procusto, eliminan constitucionalmente todo aquello que ignoran o son intolerantes.

Oscar Correas ha colocado una pregunta sugerente: ¿Porqué el derecho dice lo que dice y porque no otra cosa? La respuesta solamente puede responderse desde una concepción no juridicista del derecho.

> "Para una sociología tradicional, aunque de cuño marxista, esto es, que acepta la descripción marxiana de la sociedad capitalista, el discurso del derecho se presenta como causado "determinado", por las relaciones sociales de producción. Sin embargo, el análisis del discurso desde un punto de vista semiótico, arroja como resultado que la causa no puede ser el conjunto de relaciones de producción entendidas como "hechos" empíricos, sino que la causa debe buscarse en los discursos descriptivos de esas relaciones. Pero como precisamente las descripciones que aparecen en el derecho no coinciden con la marxiana, para un análisis de la ideología del derecho inspirada en ese mismo pensamiento de Marx, esas descripciones resultan ficciones. De allí que la causa del sentido del derecho sean esas ficciones y no la "realidad social". De esta manera, la causa y el referente se confunden. […] La crítica jurídica inspirada en el marxismo, que es una crítica finalmente de la sociedad capitalista, había partido de la idea de que las relaciones de producción son la causa —"determinan en última instancia"—, tanto de las normas como de la distorsión de la verdad".[2]

La sociología jurídica en América Latina aborda principalmente los tópicos de las ficciones jurídicas en torno a la interlegalidad, interseccionalidad y la interculturalidad desde una ecología de saberes que debe saber combinar el conocimiento dialéctico de la realidad social a través de la praxis liberadora. Es por ello por lo que postulamos

2 Correas, Óscar. (1990). La Sociología jurídica frente al análisis del discurso. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 14, pp. 224-225.

una sociología jurídica crítica, que ejercite el pensar crítica y creativamente a partir de la propia historia nuestraamericana para transformarla.

Quinta Tesis. El derecho indígena emanado de las nuevas experiencias autonomistas es espurio…

Se afirma con frecuencia que el derecho indígena emanado de los nuevos procesos y movimientos sociales de los pueblos originarios a partir de las experiencias autonómicas en Nicaragua en 1986, de la insurrección zapatista de 1994, la policía comunitaria en Guerrero y otras experiencias comunitarias como Cherán, Michoacán son espureos, en el sentido que no forman parte de una "continuum cultural" de sus respectivos sistemas jurídicos, sino de una nueva reconstrucción socio-jurídica.

Esta tesis esencialista del derecho indígena olvida que la tradición mesoamericana fue irrumpida por un proceso colonizador que tuvo como resultado una nueva tradición indígena que no obstante preservo un núcleo duro de origen mesoamericano fue dinámico y cambiante ante las disputas de campos de poder durante la colonia, la época conservadora y liberal decimonónica y el siglo xx.

El derecho indígena ha sufrido los embates de un colonialismo jurídico asimilacionista, incorporativista, integracionista y multiculturalista que transformó sus propiedades hilomórficas en forma y contenido. El grave desconocimiento de la teoría antropológica no les permite comprender que el derecho indígena como las culturas y las identidades están en permanente movimiento histórico dialéctico. El sistema de cargos y el derecho indígena de los pueblos originarios no es estático, sino dinámico, la clave de la etnoresistencia de 500 años ha sido su enorme capacidad de resguardar sus principios epistemológicos, axiológicos y ontológicos dentro un latir comunitario. Ni siquiera el derecho oficial es estático, sino que requiere de un constante ejercicio de invención de panópticos socio-jurídicos que le permitan recrear su máscara hegemónica deóntica e ideológica.

Los nuevos movimientos sociales por el contrario han demostrado la enorme capacidad de los pueblos originarios para realizar un *ratrappage* etnocultural de su sentido nosotrico para dotar de sentido de comunalidad expresado en una cosmovisión dende en ser humano tiene un cuerpo, rostro-corazón, comunidad, naturaleza y cosmos.

Para Stavenhagen el derecho indígena tiene las siguientes características, ese mismo sentido tiene los caracoles zapatistasy demás experiencias de reeducuiación de la policía comunitaria de Guarrero, aunque claro esta con sus propias particularidades.

Stavenhagen, continúa argumentando que lo "legal" o "jurídico" en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente

1. Normas generales de comportamiento público;
2. Mantenimiento del orden interno;
3. Definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (v.g. agua, tierras, productos del bosque);
5. Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (v.g. herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales);
6. Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
7. Sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. Manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.[3]

Sexta Tesis. El reconocimiento del derecho indígena a nivel constitucional está resuelto, lo urgente ahora es la justiciabilidad o eficacia jurídica en el acceso y administración de justicia

Dentro del discurso hegemónico multiculturalista existe la tesis de que en los países que han adoptado la postura multiculturalista del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y los principales instrumentos del derecho internacional público moderno el problema étnico nacional está resuelto, de lo que se trata ahora es de desarrollar las pautas de coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos o la armonización jurídica. Sin embargo esta tesis olvida que los 3 ciclos del constitucionalismo latinoamericano que van desde las primeras experiencias multiculturalistas en Canadá y Guatemala que no reconocieron el pluralismo jurídico; la segundas experiencias colombiana, mexicana y chilena cuando reconocieron el pluralismo jurídico y adoptaron los principales instrumentos jurídicos internacionales; y el tercer ciclo, cuando los países andinos como Bolivia y Ecuador realizaron grande avances en el reconocimiento de un estado plurinacional con naciones y nacionalidades indígenas, existen todavía

3 Stavenhagen, R. "Introducción al derecho indígena" I Jornadas Lascasianas: Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Año VI, No. 17. México. 1991. p. 303.

grandes desafíos constitucionales en el resto de los países latinoamericanos como Brasil y Argentina e inclusive para poder igualar la única experiencia autonómica radical en América Latina, que es la nicaragüense, hoy por hoy debilidad en el actual régimen. La justiciabilidad de los derechos en estos contextos parece entonces una ficción jurídica no solamente por las pocas herramientas jurídicas para ejercer el ejercicio autonómico sino sobre todo para el acceso y administración de justicia en contextos en donde existe un colonialismo jurídico. Sin embargo, esta limitación no es óbice para no realizar una investigación y praxis social liberadora.

Séptima Tesis. Lex dura lex. La ley es dura pero es la ley. El derecho debe ser punitivista.

Esta tesis se funda de origen en el derecho romano que por el carácter de su sociedad esclavista tenía un sentido deóntico punitivista. En el ascenso del derecho en el capitalismo la escuela de la *Critical Legal System* ha demostrado en varias obras de Fitzpatrick y Tiger y Levy que no hace diferencia entre el derecho y la justicia, entre el lex y el ius. El triunfo del capitalismo, particularmente la lucha de los burgueses contra el sistema feudal requería por un lado de un sistema jurídico moderno en que el sentido punitivita de la santa inquisición diera paso a un sistema del respeto de los derechos humanos pero particularmente una poliangularidad con respecto a las normas éticas católicas y de la moral de los mandamientos de Moisés, para dar paso a la acumulación originaria del capital y posteriormente al desarrollo capistalista mercantil simple al capitalismo industrial. Michel Foucault en *Vigilar y castigar* estudia el derecho penal desde una microfísica del poder que analiza las tecnologías del control y las relaciones del poder. La visión punitiva del capitalismo se fundamenta en la teoría del delito y la pena que responde a la transformación económica y sociales europeas. Las penas son el resultado de las relaciones de poder enmarcadas en el suplicio, castigo y disciplina. El castigo invisible del panóptico de la pena es el lugar privilegiado del capitalismo, los cuerpos son domesticados no solo en las instituciones penales sino en las diferentes instituciones sociales.

Mientras tanto para los pueblos indígenas el sentido es la restitución de la armonía cósmica y del sentido de comunalidad que prevalece en el contexto de sociedad que les resulta difícil comprender el discurso punitivista del derecho occidental.

Ordoñez Cifuentes lo resume para el caso de los pueblos mayas de Guatemala

> "Los pueblos originarios tienen una serie de mecanismos y procedimientos para resolver sus conflictos por vías consensuales, reparatorias, restitutivas y conciliatorias. Algunos mecanismos están más vinculados a la espiritualidad (como hacer ceremonias dentro de un procedimiento de "restitución de la armonía cósmica" rota por una falta o un incumplimiento. También cuentan con mecanismos sancionatorios de carácter simbólico y material". Conformando un universo, lo propiamente normativo (sistémico jurídico) y los usos sociales, implica … respetar…"[4]

El modelo de Cosmovisión indígena contiene un fundamento jusfilosofico comunitario que resuelva los conflictos comunitarios desde juntar la palabra con la comunidad y los abuelos, reconocer la vergüenza, pedir perdón, aceptar el castigo y comprometerse con la comunidad para producir "corazones alegres", por lo que como aprendió Laura Nader "Mas vale un mal arreglo que un buen pleito".

Conclusiones

A lo largo de estas siete tesis se pretende concluir que la civilización mesoamericana es portadora de una extraordinaria capacidad de etnoresistenciua cultural de su núcleo duro juridico. Los pueblos originarios han creado un magiscopio social en nuestra América. Frente al paso desolador civilizatorio de la hidra capitalista y el patriarcado gore neoliberal ellos han tejido la utopía de la rebeldía social. Su pensamiento en torno a la justicia está construido desde una concepción eco céntrica del mundo, lo que les posibilita situar de forma diatópica, intercultural, interplanetaria e interespecie en el planeta.

El capitalismo extractivista subyace de una concepción antropocéntrica del mundo, el ser humano es colocado en las coordenadas del centro del universo. Sin embargo, este plano cartesiano de la modernidad occidental ha puesto al límite las posibilidades de

4 Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. restitución de la armonía cósmica. propuesta jurídica de los pueblos originarios de abya yala. Revista de la Facultad de Derecho de México, [S.l.], v. 58, n. 250, p. 245-302, jun. 2017. issn 2448-8933. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60950/53756>. Fecha de acceso: 21 sep. 2021 doi:http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2008.250.60950.

la vida misma en el planeta. Esta urgencia ética es necesaria para una nueva ecología política del mundo, de una descolonización altermundista.

Los pueblos originarios al considerar a la madre tierra como la fuente de la vida y como la condición *sine qua non* de la existencia de los seres vivos han realizado aportes muy significativos que construyen seguramente una alternativa al capitalismo desarrollista. Chomsky por ello ¿ha situado a los zapatistas y en general al pensamiento de los pueblos originarios como quienes nos presentan las alternativas posibles donde quepan muchos mundos? Sobre el particular, la lucha reivindicatoria de los pueblos y alternativa de los movimientos sociales populares (colonos, campesinos, indígenas, feministas, etc.) se ha convertido también en una fuerza de progreso de la humanidad y ha enriquecido la conceptualización de los derechos humanos en clave intercultural.

Bibliografía

Barbados (Grupo) Indíanidad y descolonización en América Latina,

México, Nueva Imagen, 1979.

Correas, Óscar, 1993, Crítica de la ideología jurídica, UNAM, México.

1994, Introducción a la Sociología Jurídica, Fontamara, México.

2004, Pluralismo Jurídico, Alternatividad, y Derecho indígena, Ediciones Coyoacán, México. 2007, Derecho Indígena Mexicano I y II, Ediciones Coyoacán/UNAM-CEIICH, México

COPMAGUA, El derecho del pueblo maya en Guatemala, Guatemala, Copmagua-Minugua, 2000.

Chenaut, Victoria y María Teresa Sierra, 1995, Pueblos indígenas ante el derecho, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México

Collier, Jane, 1995 [1973], El derecho zinacanteco, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, México.

Dary F., Claudia, El Derecho internacional y el Orden jurídico maya: una perspectiva histórico cultural, Guatemala, FLACSO, 1997.

Defensoría Maya, Administración de justicia maya, Guatemala, Nawal wuj 1999.

Krotz, Esteban (ed.), 2002, Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Barcelona y México.

Martínez Cobos, José, 1983, "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final (última parte)", Naciones Unidas-Consejo Económico y Social, 30 de septiembre.

Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando, Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Quetzaltenango, 1970.

____, Cosmovisión y Prácticas Jurídicas de los Pueblos Indios, IV

Jornadas Lascasianas, México, IIJ-UNAM, 2003.

____, Dos ensayos en torno al Derecho social en México y Guatemala,

México, IIJ-UNAM, 2000.

____, Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica, 2a. ed., Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala —ICCPG—, 2000.

Ordóñez Mazariegos, Carlos, Teorías antropológicas y derechos étnicos, tesis de Licenciatura, Colegio de Antropología Social, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1995.

Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, "Una comunidad maya kichee` frente al neoliberalismo y los procesos de globalización", en: La Construcción del Estado-nación: democracia, justicia y paz, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.

Sieder, Rachel, 1996, Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Guatemala.

Sierra, María Teresa, 1995b, "Articulaciones entre ley y costumbre: estrategias jurídicas de los nahuas", en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.), Pueblos indígenas ante el derecho, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México, pp. 101-123.

Santos, Boaventura de Sousa (2009) Una epistemología del Sur. La reinvención del conocimiento y la emancipación social, México: Siglo xxi.

Starr, June y Jane Collier (eds.), 1989, History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology, Cornell University Press, Ithaca.

Stavenhagen, Rodolfo, 1987, Derecho indígena y derechos humanos en América Latina, El Colegio de México/Instituto Indigenista Interamericano de Derechos Humanos, México.

____, 1990, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (coords.), Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano, México, pp. 27-46.

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (coords.), 1990, Entre la ley y la costumbre , Instituto Indigenista Interamericano, México.

Valdivia, Teresa, 1992, "¿Por qué hoy una antropología jurídica en México?", en Nueva Antropología , vol. 13, núm. 43, pp. 111-122.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2011, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez-Garavito (coord.), El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi, Siglo xxi Editores, Buenos Aires.

LOS LÍMITES TEÓRICOS DEL MODELO DE SOBERANÍA POLÍTICA DEMOCRÁTICA

The theoretical limits of democratica political sovereignty model

*Jaime Eduardo Ortiz Leroux**

Resumen

En este artículo se busca ahondar en la comprensión de algunos de los elementos constitutivos de la soberanía democrática para intentar demostrar su carácter de ficciones jurídicas, representaciones de la organización política y de la operación del derecho que rinden al funcionamiento del sistema y a la conformación de una subjetividad social basada en la obediencia. Para ello se comparan los presupuestos normativos de la soberanía política de las sociedades contemporáneas (el sujeto y el derecho, principalmente) con los efectos de su operación efectiva, con el objeto de mostrar que los presupuestos constitucionales de la validez del derecho y de la soberanía política, constituyen creencias arraigadas dentro de la tradición liberal que sirven a la operación del derecho capitalista.

Palabras Clave: Ficciones jurídicas, soberanía política, democracia, sujeto, derecho capitalista, libertad política.

Abstract

This article seeks to deepen in democratic sovereignty understanding, analyzing some of its constitutive elements to show them as legal fictions, representations of political organization and law operation that yield to system performance creating a social based-on-obedience social subjectivity. For this purpose, sovereignty normative presuppositions in contemporary societies

* Jaime Eduardo Ortiz Leroux. Doctor en Derecho Por la Facultad de Derecho de la UNAM. Fundador del colectivo editorial independiente La Guillotina. Profesor de la Escuela de Derecho Ponciano Arriaga de las Universidades del Bienestar BJC. Participa en el seminario del Programa Derecho y Sociedad del CEIICH-UNAM.

(principally the subject and the law) are compared with their effective operation, in order to show that law's validity and some constitutional principles of political sovereignty, constitute beliefs rooted in liberal tradition that make possible capitalist law operation.

Keywords: Law fictions, political sovereignty, democracy, capitalist law, social subject, political freedom.

Introducción

De acuerdo con la retórica de la filosofía política moderna, que sustenta el concepto moderno de soberanía política, la comunidad política es una forma de autogobierno que la sociedad ejerce y constituye como orden político. En términos constitucionales esto se expresa mediante una narrativa donde la soberanía política (la capacidad de mando) radica en el pueblo, el cual tendría un derecho originario de producir y transformar el derecho.

Como parte del concepto de soberanía constitucional, la idea de la soberanía popular a lo largo del siglo diecinueve proporcionó un conjunto de creencias arraigadas que sirven como fundamento de las obligación política, estas creencias son presupuestos que actúan como presupuestos de la certeza y efectividad del modelo. Es de esos presupuestos o creencias arraigadas de las que hablaremos en este trabajo, entre ellos de la creencia en un sujeto universal cuya libertad es causa y efecto de la soberanía, que decide y obedece (es pastor y cordero), y es que visto como la causa del derecho y de su obediencia.

Otra de esas creencias que sustenta la soberanía es la creencia de que el discurso jurídico es un medio para el autogobierno de la comunidad, donde la operación del discurso del derecho se traduce en igualdad y libertad. El derecho es concebido como un juego abierto, una herramienta a la vez discursiva y práctica, para la organización de la violencia y responde a valores y finalidades humanas fundamentales, para proveer una organización justa de la violencia. La razón es la base del órganon que actúa como máquina autómata, capaz de proveer plenitud, coherencia e identidad a la organización social.

Nociones como estas, que conforman la hipótesis de la soberanía política, la fe en los símbolos sobre los que está construida son la base para la deducción y formalización

de nuevas razones acerca del sentido, el funcionamiento y la identidad del contexto normativo. El ordenamiento jurídico, en términos analíticos, sólo es alcanzado sobre la base de la creencia en la existencia "positiva" de esos presupuestos tomados "como si" fueran verdaderos y que funcionan como la base real a la que se subsume la acción política

En términos pragmáticos estas ficciones o creencias son utilizadas como *arkhe,* la razón de ser del Estado o fuente de justicia, en particular categorías como las de "libertad" e "igualdad" sobre las que funciona el Estado. El escenario creado por esas ficciones en el que se cultiva buena parte de la sociología y la ciencia política, permite exorcizar toda fuerza o violencia no estatal, para reproducir y estabilizar el funcionamiento del sistema. Detrás del cambio de las normas, están sólo las atribuciones soberanas otorgadas al ciudadano para tal efecto, libertades civiles y políticas que reaparecen como fundamento del orden jurídico.

La narrativa de las constituciones modernas nos remite a una metafísica que sirve como base para la determinación de la política, fuera toda acción social es vista como negatividad del sistema. El análisis nos lleva a en particular la idea de la democracia, una de las ficciones centrales del modelo liberal de autodeterminación política y sus presupuestos: la comprensión de la política inscrita dentro de una teleología contractual, la creencia en la efectividad de los derechos y libertades civiles como espacio normativo; la asunción de que el derecho es un medio necesario y legítimo para procesar el mundo de las necesidades sociales y reducir la conflictividad; la idea de que el Estado es la representación de la unidad del ordenamiento, así como la creencia de que la obediencia del derecho es el resultado de su validez y legitimidad.

En este artículo se buscará ahondar en la comprensión de los conceptos constitutuvos de la soberanía vistos a la luz del concepto de ficción jurídica, que Kelsen abordara en sus estudios tempranos, como representaciones de la organización social y la operación de las normas que lo regulan, formando parte de una metafísica que rinde al funcionamiento del sistema, y a la conformación de una subjetividad basada en la obediencia. Para explicar esos conceptos analíticos normativos como ficciones (el sujeto de derechos, el discurso del derecho, la libertad civil y la unidad sociedad-estado) se compararán algunos de esos presupuestos democráticos, con las justificaciones acerca de su función y sus efectos en las sociedades contemporáneas.

Siguiendo el análisis sobre ficciones desarrollado por Kelsen[1], se busca mostrar, que los presupuestos de validez del derecho pueden ser también aplicados al concepto de soberanía política, cuyos elementos constitutivos pueden ser concebidos como creencias arraigadas en la tradición de derecho liberal que sirven de fundamento a un modelo totalizador de la acción política. Con ello se pretende también desmontar e invalidar algunos de los presupuestos constitucionales, como es la idea del autogobierno y la democracia[2], sobre los que se sostiene la operación del derecho capitalista.

La metafísica del Sujeto-soberano y de su libertad

La primera gran aporía dentro de la metafísica de la soberanía política es la del sujeto soberano, la construcción subjetiva de un "actor" y un "autor" del derecho, que adopta en la historia la forma de pueblo, clase, ciudadano, colectividad, y que además de ser autor de las leyes es actor en el escenario de su aplicación. El "sujeto soberano", término contradictorio que asigna supremacía a aquel que está subordinado, es aquel sujeto de quien se predica la unidad nacional y aquello que está contra la nación.

Como posible expresión de la unidad nacional, el pueblo tiene varias representaciones en la constitución: es un individuo o una colectividad, es la decisión de la autoridad y las normas constitucionales; el pueblo también representa el territorio, el dato demográfico, la identidad colectiva, el discurso del derecho y la rebelión contra el derecho. En las sociedades modernas el liberalismo político utilizó ese concepto ilustrado como fuente de justificación del régimen político, de la forma de gobierno, de las directrices políticas así como del contenido de las leyes.

1 El tema de las ficciones ha sido poco advertido por la doctrina jurídica. En *"Reflexiones en torno a las ficciones jurídicas con especial énfasis en el 'como si' de Vaihinger"*, Hans Kelsen retoma el problema las ficciones, como artificios del discurso jurídico que rinden a su efectividad y sistematicidad, instrumentos que "prestan auxilio al pensamiento" para conocer, producir y aplicar normas, dispositivos que crean un "sincretismo imposible del ser y el deber ser" que sirven a la utilización de las normas. Ver: Hans Kelsen "Reflexiones en torno a las ficciones jurídicas con especial énfasis en el "como si" de Vaihinger" en Kelsen, Hans, *Ficciones Jurídicas,* Fontamara, México, 2013.

2 Ariel H Colombo, *Desobediencia civil y democracia directa*, Madrid, Trama editorial y Prometeo libros, 1998, p. 28. En este contexto el jurista catalán Ariel H. Colombo cuestiona que la soberanía democrática sea un modelo de autogobierno. Si nos autogobernamos, «entonces ¿para qué necesitamos un gobierno?»

El pueblo en las constituciones modernas, observa Duncan Kennedy, adoptó la forma de una «deidad equivalente al espíritu santo»[3], el que crea, modifica y anula el derecho, el que hace las veces del sujeto que entrega su voluntad para dar forma al contrato social, mantener o cambiar la forma de gobierno. La figura que justifica el contenido del derecho, la causa eficiente de la fuerza de la ley y de su suspensión. En ese contexto Ch. Mouffe y E. Laclau[4] plantean que el concepto de pueblo ocupa el lugar que representa la unidad esencial de la nación.

En términos de la organización política, la forma jurídica que adopta el sujeto es la de ciudadano, un individuo investido jurídicamente de personalidad y facultades (concebidas como libertades inherentes) para la reproducción del sistema. El ciudadano es pensado como un sujeto de derechos, un individuo cuya libertad y autonomía son respectivamente causa y efecto de la soberanía y la forma de su gobierno. Según el añejo modelo descrito por J. Locke, I. Kant y J. J. Rousseau, del que es usufructuaria la sociología del siglo veinte, la institución de un derecho soberano del pueblo constituye la forma definitiva de la emancipación.

La ciudadanía es la definición práctica sobre la está fincada la calidad de súbdito del "sujeto libre"; es el resultado de la racionalidad práctica que instituyó un estatus político de igualdad civil montado sobre la noción de personalidad (la representación jurídica del sujeto), la ficción sobre la que opera la idea de su igualdad en la comunidad. La "persona" expresa el *status* de "libertad individual" en la vida civil, que le permite ser el actor del intercambio mercantil y lo inviste de "libertad política", una extraña forma de derecho-obligación en donde lo más importante es la producción del derecho y la organización del Estado.

La configuración del sujeto de la libertad como un «sujeto de derechos» es resultado de la crítica del modelo de comunidad política heredado de la cristiandad, crítica que va de T. Hobbes a I. Kant. F. Como parte de esta tradición, G. W. Hegel describió la conciencia de la libertad como conciencia de la historia, un proceso de auto reconocimiento del sujeto, idea que ubica a este como actor de los procesos de lucha en el campo de la sociedad civil.

Esta idea, con fuerte influencia en K Marx y en F. Nietzsche, transformó al sujeto soberano en un "sujeto de derechos" (descripción típica tanto de las facultades de los

3 Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho, Ensayos sobre teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2013, p. 127.

4 Ernesto Laclau *et al*., *Hegemonía y estrategia socialista,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 198.

hijos de Dios como del sujeto a quien se atribuye la voluntad en el contrato) sobre la base de la crítica de la forma jurídica capitalista y de su carácter ideológico. En la concepción hegeliana el discurso del derecho pasó a ser comprendido como un orden estratégico, necesario para la producción de un sujeto autónomo inscrito en el marco del intercambio capitalista, un sujeto inmerso en una subjetividad orientada hacia el intercambio y la producción de obediencia.

El socialismo transformó las bases de interpretación de la emancipación dentro de los marcos de la soberanía política al postular que la emancipación residiría en la capacidad de acción política revolucionaria de las clases subalternas para transformar la forma del Estado y el derecho. La determinación de un sujeto de la emancipación modificó el paradigma de soberanía al incorporar una representación reflexiva de los actores sociales que luchan en defensa de sus intereses, dentro del modelo de construcción de la soberanía como fuente de emancipación.

En contraparte de la lectura de Marx, para la crítica nietzscheana el sujeto de la soberanía carecería de existencia propia ya que forma parte de la Historia Universal. El sujeto soberano se reduciría a un súbdito cuya subjetividad es alimentada por los preceptos que constituyen la positividad de sus ideas y de su conducta; el ciudadano y los atributos de que lo invisten: libertad individual, libertad política, voluntad, derechos, no son otra cosa que un presupuesto metafísico, indispensable para la justificación de su obediencia dentro del modelo judeocristiano de igualdad pastoral.

M. Foucault explica que aquellos relatos alimentados por la filosofía política y la ilustración que están en la base del liberalismo político, como el relato de la soberanía, cumplen la función genealógica de crear un sujeto a través del cual la incertidumbre política de la comunidad adquiere personalidad. El relato de la ciudadanía, cuyas justificaciones remiten de manera inequívoca a la libertad y la igualdad individual, tiene el objetivo de vincular jurídicamente a los individuos mediante la continuidad de la ley y de esa forma ligarlos a la continuidad del poder[5].

Desde otro contexto teórico Oscar Correas plantea algo similar, que la ciudadanía es la "conciencia moderna del súbdito", la expresión de la sujeción del individuo al discurso jurídico que perfila los contornos de su subjetividad y que lo vincula definitivamente con el Estado[6]. Ese es el compromiso esencial en una sociedad dividida: vincular al

5 Michel Foucault, *Defender la Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, 2da *ed.,* p 68.

6 Oscar Correas, *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo,* Ediciones Coyoacán, CEIICH-UNAM, México, 2011, p. 60.

individuo y a su cuerpo con el Estado y el discurso del derecho por medio del cual queda irremediablemente ligado al poder y a su reproducción.

En términos de la configuración del sujeto en la historia, la producción de una forma de soberanía política no sería por tanto un acto de emancipación del sujeto sino un acto de subjetivación del sujeto, un hecho de fuerza mediante el cual se imponen sobre su conciencia y su conducta las justificaciones del ejercicio del poder, donde los términos de la soberanía política son presentados de manera invertida: un acto en el que la libertad es presentada como causa y origen de la autoridad en el que ésta siempre termina por prevalecer sobre aquella.

La metafísica del contrato como causa del derecho.

La noción del contrato social como un acto legislativo tiene sus fuentes en la obra de J. Locke, de Kant o de J. Rousseau, quienes describieron un modelo de gobierno donde las autoridades del Estado derivarían sus poderes del consentimiento de los gobernados[7]. En eso se distingue el modelo moderno de pacto político del pacto bíblico —que busca garantizar la norma revelada— y del pacto hobbesiano —que busca la seguridad—[8]: que la conformación de la comunidad tiene como base la autonomía de voluntad de sus integrantes.

La idea de la voluntad como un atributo natural necesario para la formación del contrato civil tiene origen romano, como tal fue adoptada por la filosofía política moderna como dogma de la idea de soberanía política. La hipótesis legitimadora de la producción del derecho, como señala Aníbal D'Auria[9], es que los integrantes de la comunidad gracias a esa voluntad natural que les es propia siguiendo el modelo del contrato privado, estarían en condiciones de acordar una forma de producir derecho conforme el principio *pacta sunt servanda*. La finalidad es asegurar el control del poder, la obediencia a las normas y la reproducción de la organización política, mediante el ejercicio de procedimientos que son equiparados con un consenso.

7 Eric Selbin, *El poder del relato. Revolución rebelión resistencia,* Interzona, Buenos Aires, 2012, p. 149.

8 Hannah Arendt, *Crisis de la República,* Taurus, Madrid, 1998, p. 67.

9 Aníbal D'auria, "Introducción al pensamiento anarquista" en D'auria, *et al., El anarquismo frente al derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, estado y justicia*, Buenos Aires, Libros de Anarres, 2007, p. 55.

La concepción del derecho como resultado de la voluntad de los sujetos obligados proporciona una justificación racional a los objetivos que persigue su promulgación. La ley sería obedecida porque habría sido creada por los mismos ciudadanos mediante un pacto civil, un tratado que garantizaría la identidad entre Estado y sociedad civil (entre norma y voluntad popular), así como la anhelada correspondencia entre las disposiciones del derecho y su aplicación. Weber caracterizaría esta identidad como la creencia de los ciudadanos en la legitimidad del contenido del derecho que funda un sistema de dominación[10].

Sin embargo, la idea del contrato como momento de fundación de lo político que está en la base de la soberanía democrática, surge en realidad de la escisión de la voluntad del sujeto. De este modo, el pacto que da origen a una forma de soberanía política, a diferencia del contrato civil, donde la voluntad que crea la obligación lleva implícita la facultad de consentimiento como de revocación[11], incluye en la libertad política de quienes forman parte de la comunidad la idea del consentimiento del obligado pero excluye de ella la capacidad de rescindir el acuerdo. «Extraña forma del consentimiento», dice M. Morales Reynoso, donde no existe otra forma de libertad que no sea la aceptación del pacto de subordinación.

La escisión de la voluntad en el contrato político tiene como contrapartida, el fortalecimieno de las justificaciones del pacto, tanto en torno al discurso de derecho como del sujeto de la soberanía, creando un contexto jurídico-contractual, en el que descansa la racionalidad e integridad del sistema. Se considera al derecho un contexto discursivo que mantiene abiertos los canales de comunicación entre la sociedad y el Estado, permitiendo, en su caso, la transformación de la forma y el significado de las leyes y de la organización social conforme a la decisión de los propios ciudadanos quela conforman o bien de sus representantes.

Se parte del presupuesto de que la «superficie» sobre la que se desarrolla la adopción, validación y justificación de las decisiones, el dicurso del derecho, tiene una textura abierta. Este supuesto pasa por alto los usos del derecho; soslaya por ejemplo que el derecho civil, de donde fue tomada la idea de la voluntad individual, constituye un tramo del discurso sobre el intercambio mercantil que ocupa el lugar privilegiado en

10 Max Weber, *Economía y Sociedad,* México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 24.

11 María de Lourdes Morales Reynoso, *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, México, 2013, p. 68.

la interpretación del derecho[12], donde el comercio es el fundamento de la libertad y la forma de la propiedad mercantil el principio universal de justicia por encima de cualquier otro valor o práctica social. Se trata de un discurso donde el énfasis recae en el sentido patrimonial de su uso, como si fuera una propiedad individual frente a la comunidad.

Siguiendo este modelo de regulación, la teoría de la soberanía política se sostiene sobre una narración que identifica regulación jurídica y emancipación política[13]. El discurso del derecho no es considerado como una instancia estratégica sino como un medio puro[14]. Se trata de un problema inherente al pensamiento político que va de I. Kant a F. W. G. Hegel, que concierne a la concepción de derecho y Estado como elementos indispensables para la autodeterminación política, por medio de los cuales se obtiene justicia[15], libertad, derechos, equidad e igualdad[16].

Uno de los efectos de esa escatología, observa Aníbal D'Auria, es que el Estado se erige como el lugar donde se estipula el bien y el mal, donde la política queda reducida a la razón de Estado[17]. En ella el discurso jurídico y el Estado que configuran son comparados con una máquina autónoma, con el *software* y el *hardware* de un sistema que produce respuestas correctas y de carácter universal. Según esta visión las leyes actúan en el caso concreto como una razón teológica, un orden totalizador que provee respuestas plenas y necesarias para todos los casos, sea cual sea el momento y la situación, fuera de cuyos contornos no está admitido sentido alguno.

Las sociedades capitalistas se sostienen sobre esa metafísica donde el discurso del derecho civil y el derecho mercantil ocupan un lugar universal como fuentes de validez jurídica y reconocimiento interno. En el momento en que esos discursos son pensados como el fundamento del uso de la violencia, se vuelven un fin en sí mismos, *prima facie* ilimitados, sin obstar que en la práctica, para fines de sobrevivencia del sistema, los poderes económicos siempre pueden ser susceptibles de regulación.

12 Sobre el papel del derecho en la configuración del capitalismo *cfr.*, Oscar Correas, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*, México DF, Fontamara, 2006.

13 Laclau, *Op. cit., supra* nota 4, pp. 29-49.

14 Por ejemplo la posición de Habermas sobre la desobediencia civil toma el contexto jurídico como un medio puro. Jürgen Habermas, "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho", en *Escritos Políticos*, Barcelona, Ediciones Península, 1997.

15 *Cfr*. John Rawls, *Teoría de la Justicia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

16 *Cfr*. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

17 D'auria, *Op. cit., supra* nota 9, pp. 55-57.

Manuel Atienza observa que la pretensión de universalidad del ordenamiento jurídico tiene efectos negativos en la operación del derecho. En un contexto de ese tipo cualquier uso del derecho es presionado hacia la calificación contextual del caso concreto y a la confirmación de las referencias internas privilegiadas que son las que remiten a la autoridad estatal. El sistema en su funcionamiento desconoce contradicciones y particularidades de la vida política, económica y social, separando la validez de la norma de su contexto de formación como de su interpretación, aumentando la dependencia de sentido de los operadores jurídicos a la gramática interna y excluyendo todas las determinaciones de carácter externo[18].

El uso del derecho en las sociedades modernas soslaya el contexto en el que se produce el uso de las normas jurídicas (los problemas del poder, los valores, el aspecto volitivo inherente a la producción del derecho[19]) de modo que en su operación el derecho se mantiene siempre cerrado al desacuerdo, la disidencia, la resistencia y la oposición. Otros imperativos sociales, éticos o políticos, nunca pueden ser reconocidos en el terreno de la argumentación jurídica porque las referencias del sistema siemore son tautológicas[20].

La trampa jurídica consiste, como observa Oscar Correas, en que a pesar de la injusticia de una ley o la arbitrariedad del acto de una autoridad, a pesar de la contradicción entre normas o bien de la evidencia de sus efectos negativos, los actos jurídicos sólo pueden ser cambiados de acuerdo con los mecanismos que establece la ley, de modo que sus disposiciones adquieren el mismo *status* de supremacía del que goza el soberano que las creó[21]. La legalidad se ha convertido así en el nuevo monarca, un poder absoluto en torno al cual giran las definiciones prácticas de la vida social.

Sin embargo, la identificación del discurso universal con el interés privado y particular genera inevitablemente una fórmula clientelar de reproducción del sistema que conlleva el privilegio de unos cuantos y el incumplimiento sistemático de los derechos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, lo que pone en evidencia que su reconocimiento y su ejercicio son contradictorios con los principios

18 Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 2005, p. 194. Según Atienza *"la observación está habituada a discriminar previamente los hechos conforme a un modelo de interpretación de la experiencia"*.

19 Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, p. 185.

20 *Ibíd.,* p. 186.

21 Correas, *Op. cit., supra* nota 6, pp. 57-63.

privilegiados del sistema, aquellos que definen el sentido interno que debe tener la operación del derecho.

En este sentido, al conciliar el principio de autonomía con el de obediencia (la supremacía del poder con la sujeción que le corresponde), el modelo de soberanía política popular hoy conocido como soberanía democrática, como justificación y explicación de la acción política en las sociedades modernas desde hace varias centurias, ha resultado ser incapaz de representar y dar cuenta de los conflictos sociales subyacentes a los procesos de disputa de los significados de las relaciones sociales y del derecho nacional e internacional. El cambio social aparece en esa perspectiva como una versión despolitizada del conflicto, una acción desde el estado cuyo único criterio de demarcación es la obediencia al derecho.

La libertad civil y la equidad comunicativa como fuente del derecho

Otro de los presupuestos del modelo de soberanía política, incorporado como principio de reflexividad en las sociedades democráticas, consiste en la existencia de una estructura de libertades políticas y expresivas de los ciudadanos gracias a las cuales se hace efectiva la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones políticas. En ese contexto comprehensivo, los derechos civiles no son vistos como derechos individuales y privados, como señala Héctor Faúndez Ledesma, sino como poderes públicos colectivos sobre los que se funda la forma de la soberanía política[22].

La soberanía política moderna, la operación del Estado en la forma de una república o una comunidad política, tendría como sustento el ejercicio de un conjunto de libertades civiles y ciudadanas, de expresión, reunión, deliberación y protesta cuyo ejercicio tiene el efecto de imprimir una huella en el sistema de acuerdo con los impulsos y necesidades presentes en el campo de la sociedad civil, permitiendo con ello la vinculación de las decisiones políticas con las aspiraciones sociales y proporcionando la legitimidad y la efectividad para el funcionamiento del discurso del derecho.

De acuerdo con J. Habermas el fundamento de la forma democrática de la soberanía política recaería en la existencia de esa estructura de libertades civiles, que representan para él la esencia de la libertad política democrática que hace posible el cambio de

22 Héctor Faúndez Ledezma, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 192.

las normas jurídicas y las políticas públicas. El carácter normativo de esa estructura implicaría para quien hace uso de ella, admitir el punto de vista interno de la razón y la universalidad de las reglas del discurso, validando los presupuestos formales y racionales de equidad comunicativa cuya operación permite distinguir un legítimo consenso de una burda imposición[23].

La posibilidad de transformar los estatutos jurídicos y políticos supondría y remitiría a la existencia de una esfera de publicidad, por medio de la cual los ciudadanos informan, expresan, optan, toman decisiones, se organizan, acuerdan el sentido y la validez de sus acciones, y en última instancia, producen la legitimidad del Estado, del derecho y el autogobierno de la comunidad[24]. Conforme esta concepción, los presupuestos de validez del derecho y el Estado habrían sido construidos por medios expresivos, normativos, conformando la trama discursiva constitutiva de la democracia.

La existencia del espacio público, un espacio abocado a la generalización discursiva de las decisiones en el que los individuos le dan sentido a sus actos[25], es considerado por la teoría democrática como un principio normativo necesario para la representación de la pluralidad social, las distintas formas de vida y la interpretación de las necesidades sociales, para articular e integrar las identidades particulares dentro de un modelo general de bien común y para estar en condiciones de modificar las bases sobre las que se organiza el ejercicio del poder.

La libertad civil aparece aquí como una noción compleja, frente a la cual el estado debe abstenerse de interferir y tampoco debe reprimir la libre expresión, pero en donde al mismo tiempo ese estado debe intervenir, proveer de medidas para garantizar la equidad entre los miembros de la sociedad y favorecer un espacio de entendimiento que garantice la autodeterminación política. Esta intervención incluye la obligación del Estado de generar condiciones que permitan a los ciudadanos informarse y difundir sus ideas en condiciones de igualdad.

En esa línea de pensamiento, la libertad civil debería ser tan amplia como fuese necesario para asegurar la libertad política de los ciudadanos, lo que incluiría normas para proteger las libertades de conciencia, expresión, asociación, manifestación, reunión, información, transparencia, objeción, protesta, entre otras que sirven no sólo

23 Colombo, *Op. cit., supra* nota 2, pp.18-19.

24 Jean Cohen *et al*., *Sociedad civil y teoría política,* Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 664.

25 Jürgen Habermas, *"The stuctural transformation of public sphere* en Cohen, *et al.*,. *Op. cit., supra* nota 24, p. 265-266.

como medios para que el ciudadano ejerza su libertad política, sino como normas necesarias para reconocer, mantener y modificar el orden jurídico[26], reconocidas por algunos autores como "derechos contra el estado"[27].

Sin embargo, en los hechos, las fronteras de la juridicidad difícilmente son penetradas por la actividad social y ciudadana, por ejemplo los movimientos y fuerzas sociales que abordan y tematizan distintas problemáticas muy pocas veces logran impedir la formación de una demarcación definitiva entre lo público y lo privado[28]. Parece que de ello depende de que los actores puedan pasar de un nivel semántico a un nivel pragmático de la actividad expresiva, es decir de la aciión política, nivel en el que la publicidad se presenta del mismo modo que una mercancía, un bien privado que «solo puede producirse si alguien paga por él»[29].

El espacio público en las sociedades capitalistas, según Przieworski, ha sido reconducido por los poderes fácticos, militares y financieros, hacia un sentido estratégico centrado en lo mediático, que incorpora un sentido técnico pero que excluye un sentido normativo[30]. Este modelo ha sido caracterizado como la «sociedad del espectáculo»[31], una estrategia publicitaria de despolitización del conflicto, en el que la comunicación sirve como medio para ofrecer soluciones mediáticas a los problemas públicos, problemática que remite a las reflexiones de Carl Schmitt acerca de la decadencia de la esfera pública en la sociedad liberal[32], donde ésta se materializa como un valor.

Junto con la despolitización de la comunicación en las sociedades capitalistas, la decadencia de la esfera pública se expresa también en la incapacidad del sistema para acoger en su seno otras formas de vida si no es destruyéndolas. La exclusión de los sectores sociales de esa esfera pública es resultado de la confrontación entre sus nociones normativas del mundo, ya que ellas representan juegos de lenguaje

26 Atienza, *Op. cit., supra* nota 18, p. 125.

27 *Cfr.* Dworkin, *Op. cit., supra* nota 16.

28 José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil,* Madrid, Trotta, 1994, p. 135.

29 Adam Przeworki, "Deliberación y dominación ideológica", en Jon Elster, (*comp.*), *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 2001, p. 184. *«El dinero sirve para persuadir (...), se requiere dinero para poder comunicarse»*

30 *Ibíd.,* p. 188.

31 *Cfr*. Guy Debord, S*ociedad del espectáculo*, Madrid, Pre-textos, 1991.

32 José Luís López de Lizaga, "Dialogo y conflicto. La crítica del Karl Schmitt al liberalismo", en *Dianoia*, vol. LVI, núm. 88, mayo 2012. La presunta separación entre el estado y la sociedad propugnada por el liberalismo es un elemento que en realidad despolitiza la relación entre ambos y persigue la subordinación de la sociedad en el estado, lo que Schmitt califica como estado total.

heterónomos. Cada idea del mundo forma parte de un sistema de explicaciones e interpretación, los juegos de lenguaje, como lo es cualquier comunidad cultural o movimiento social, proceden de reglas pragmáticas heterogéneas con respecto del ordenamiento al que pertenecen y combaten, los actos que realizan esos sujetos sociales son juegos de carácter performativo con respecto al sistema contra el que luchan porque tienen reglas autónomas a él[33].

A su vez, las reglas con las que el discurso del derecho juzga las expresiones de desobediencia y oposición no forman parte de las reglas que constituyen el fenómeno que se juzga. En los casos de confrontación política, el derecho de cada uno de los sujetos, por ejemplo entre el Estado y la sociedad, tiene una fundamentación de validez propia y reglas de comportamiento autónomas. En ese nivel, las posiciones de estatus y las determinaciones del sistema resultan insuperables e impiden la comunicación así como la formación de una esfera normativa de entendimiento, de modo que el sistema jurídico se revela inconmensurable con respecto de cualquier forma social de resistencia.

Esto ocurre también en los contextos en los que se enfrentan políticamente los distintos sectores sociales. Dichos conflictos en el orden político no pueden ser resueltos en la forma de un litigio, como parece proponer J. Habermas según su modelo de equidad comunicativa, porque los principios de validez de las relaciones sociales no están formado por un solo «lazo lingüístico» sino que cada juego de lenguaje tiene sus propias reglas y no es posible encontrar un juego de lenguaje universal que sirva de mediación y que sea capaz de incluir todas las reglas discursivas, es decir, todas las formas de vida[34].

Ese discurso tampoco lo es el derecho. La comunicación y el acuerdo no se pueden producir dentro del contexto del discurso de la dominación legal porque se trata de una forma de comprensión del mundo, una forma de vida que se hace efectiva a través de la obediencia a las reglas que imponen la subordinación, como si fuesen una repetición inconsciente de la necesidad interna, donde la libertad deviene en eterno retorno a los criterios de identificación y las leyes funcionan como exclusas para sentidos distintos de la acción social.

33 Paco Vidarte, *"*El banquete *uniquersitario*: disquisiciones sobre el *s(ab)er queer*", en Córdoba, *et al.* (*eds*.), en *Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas,* Editorial Egalés, *Editorial Gai y Lesbiana,* Barcelona, 2005*,* p. 108-109.

34 Jean Françoise Lyotard, *La diferencia,* Gedisa, Barcelona, 2009, p. 9.

Ni el diálogo hermenéutico, ni la ecosofía, ni la acción comunicativa pueden proveer respuestas a un diferendo, a un contexto como el que estamos haciendo referencia, en el que un conflicto permanece sin resolución[35]. Donde la incapacidad de los actores sociales y del Estado para superar las disimetrías y desigualdades es un efecto del ejercicio del poder, que inviste a esos actores colectivos de un discurso que constituye la forma de su dominación

El Estado como expresión de la unidad y validez del ordenamiento

Otra de las ficciones del sistema, es el vínculo de la validez del derecho como la base de su efectividad, el derecho sería obedecido gracias a la creencia en su validez, idea que tiene como principal referente al Estado. La soberanía política se encarnaría en el Estado y supondría a la vez un hecho y un derecho, como lo dice O. Correas, el hecho de producir normas y lograr que sean obedecidas hace creer que el estado tiene el derecho de producirlas.[36]

La contradicción de toda forma de soberanía política es que esta es concebida como un derecho. Se trata de una antinomia entre el sentido jurídico de quienes busca controlar y pacificar el cuerpo social y el sentido que crean las justificaciones de la soberanía política en el cuerpo individual. Uno busca disciplinar al individuo y organizar la fuerza de trabajo en torno a una ideología de justificación, el otro se orienta hacia la obtención de libertad, seguridad e identidad personal . No obstante ninguna de los dos lo consigue.

Ambas esferas son experimentadas como contradictorias y en un momento dado se convierten en factor de ruptura y crisis de la organización social. El discurso jurídico persigue la reproducción del sistema, la seguridad, la regularidad y la certeza jurídicas; el individuo y las colectividades buscan la libertad y la igualdad en su vida concreta, sin embargo esta aspiración choca con las normas y su carácter autoritativo, el Estado se presentan ante ellos como una imposición, no como un factor de unidad social sino de desigualdad social y económica.

35 Vidarte, *Op. cit., supra* nota 33, p. 107.

36 Oscar Correas, "Teoría del derecho y mundo indígena", en Correas (*coord.*), *Derecho indígena mexicano*, Ediciones Coyoacán, México, 2012, pp. 133-134.

Sin embargo la soberanía política, la garantía estatal de las normas, se produce precisamente sólo cuando los sujetos sociales las obedecen porque aceptan como válidos los principios de producción del derecho que los describen como tales sujetos. La obligación política a la que están sujetos carece de otro sostén que no sea la creencia en la fuerza de la ley y en su carácter de actores del performance social[37].

Siguiendo en esto a Kelsen, Oscar Correas plantea que la validez del derecho no significa otras cosa sino su conformidad con respecto de las relaciones de fuerza de la sociedad. La validez del derecho sería una ideología sobre la que se sostiene el modelo de soberanía política, que justifica la supremacía del Estado sobre la comunidad y sobre cada uno de sus integrantes.

Del hecho de producir normas, dice Correas, no se puede deducir un derecho. La ficción de un «derecho que produce derecho» sirve a la dogmática jurídica de una doble justificación: la primera es resultado de la exclusión del otro (el enemigo) del derecho, lo que tiene como efecto la seguridad jurídica, la segunda prporciona el argumento para explicar el hecho mismo de que se producen normas: porque se produce obediencia.

Dentro de este modelo de soberanía política que pone en manos del Estado la producción del derecho y la supremacía constitucional, el ejercicio de la soberanía se convierte en un derecho absoluto. Este es el significado de las *political questions* de la jurisprudencia norteamericana[38]: la facultad de la autoridad de destruir toda interpretación contradictoria con la voluntad estatal, en especial cuando se trata del territorio, las relaciones de producción, la secesión nacional o el cambio de forma de gobierno.

Inmersa en la metafísica de la soberanía, la teoría democrática ha centrado sus esfuerzos en la formulación de los fundamentos de validez del discurso jurídico y las justificaciones del régimen normativo, pasando deliberadamente por alto que lo social es un territorio de lucha y confrontación y que el Estado es un territorio de dominación. Eso le impide además dar cuenta de los procesos de cambio social así como del componente de ruptura política que le son inherentes.

37 "Fuerza de ley", concepto con una larga tradición en el derecho medieval ligado a la capacidad del sistema para obligar a los destinatarios y obtener su obediencia que expresa la articulación entre derecho y violencia. Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo saccer, II.* Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005. p. 8.

38 *Political Questions,* concepto de la jurisprudencia la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación a la constitucionalidad de la guerra de Vietnam. Se refiere a la imposibilidad de la Corte para decidir cuestiones fundamentales del ordenamiento como lo es la declaración de guerra, que puede ser extendido a la indecibilidad de los elementos de identidad del sistema que sustentan la soberanía.

En un contexto donde el derecho no tiene otra expresión de unidad que no sea el Estado, el derecho se revela como un tratado de paz en el derecho internacional, un vínculo que establece las reglas de sobrevivencia y escisión de los actores sociales. Esa es la conlusión de C. Marx respecto del papel del derecho y el Estado en la cuestión judía, cuya operación lleva para él al aislamiento de cada uno de los individuos frente a los demás para poder proteger la «seguridad jurídica y el egoísmo individual»[39]

El carácter democrático de la soberanía política en las sociedades contemporáneas

La soberanía política contemporánea se caracteriza por sus justificaciones democráticas. El discurso de la democracia sustituyó a la República como principio de soberanía política cuando éste quedó vinculado a una forma de producción del derecho considerada democrática. Así en el siglo pasado los consensos liberales acerca de la soberanía política fueron encadenados a los derechos humanos y al pluralismo social como fuentes democráticas de justificación. La soberanía dejó de girar sólo en torno a los conceptos del derecho civil y cobraron importancia nuevos discursos de legitimación.

En este proceso, enel contexto democrático podemos observar dos grandes tendencias sobre la idea de soberanía política, una de carácter orgánico, que identifica la democracia con los procedimientos de representación político-electoral mediante los cuales se forma la soberanía política. Los estudiosos de esta vertiente describen las nuevas taxonomías de la transición, donde el significado democrático queda reducido a una formulación jurídico-formal compatible con el capitalismo. En última instancia, como plantean Cohen y Arato, la democracia queda identificada con el orden legal[40] y con una interpretación procesal de la validez[41] que tiene como efecto la seguridad jurídica estatal.

Por otro lado, está la concepción de la democracia como principio normativo identificada con los diferentes presupuestos de la soberanía política: la existencia de una comunidad política formada por sujetos libres e iguales, cuya dignidad y derechos son el objeto del derecho. La democracia es considerada, no un procedimiento o

39 Karl Marx, *Sobre la cuestión judía,* en Página *Hoja de Ruta* http://www.hojaderuta.org/imagenes/lacuestionjudiamarx.pdf, *consultado* el 26 de marzo de 2018.

40 Cohen, *Op. cit., supra* nota 24, p. 670.

41 *Ibíd.,* p. 657.

disposición legal sino un tipo de sociedad plural con un derecho abierto, que favorece el ejercicio de los derechos humanos. Para algunos esta concepción de la democracias es incompatible con el capitalismo porque afirma el valor de uso de la vida social que sería la vida humana.

Este modelo de soberanía, concibe el orden jurídico como un espacio de producción semiótica abierto, que ofrece libertad de deliberación y decisión a los ciudadanos para mantener, modificar o eliminar sus leyes a través de la participación. En el contexto del ascenso del estado social de bienestar, la problemática sobre el cambio de las normas se volvió un problema de democracia[42], término con el que se identificó un modelo de sociedad que favorece el cumplimiento de los derechos e integra el pluralismo.

En esa perspectiva es en virtud del contexto jurídico que la sociedad civil democrática puede constituir relaciones económicas equitativas y asegurar otras esferas de libertad que se traducen en nuevos derechos que aparecen como su condición de posibilidad. En un contexto democrático, la libertad civil habría sido ampliada mediante el derecho desde sus bases económicas hacia nuevas direcciones[43]: la identidad personal, los derechos sociales, la cultura, el derecho a contar con derechos, como espacios de subjetividad democrática[44].

De acuerdo con los estudiosos, la democracia como medio para la producción del derecho más que ningún otro modelo de soberanía política, preservaría los rasgos del discurso moral, asegurando la obligatoriedad de las decisiones políticas. La forma de producción del derecho, como el propio Kelsen lo sostendría, daría una presunción de validez a las normas que le dan a estas una superioridad epistémica que produce a su vez las razones para obedecer[45].

Estas ideas con fuerte influencia en el pensamiento político liberal y socialista en muchas partes del mundo fueron puestas en juego como justificaciones de los procesos de "transición a la democracia", así como en las experiencias de lucha anticolonial y anti imperialista que mediante vías democráticas y mediante nuevos instrumentos de regulación buscaron contener el avance del capitalismo en su fase imperialista.

Sin embargo este modelo de democracia implica la asunción de dos de las creencias acerca de soberanía política más arraigadas en la sociología política de ayer y hoy: 1. Que

42 Laclau, *Op. cit., supra* nota 4, pp. 191-200.

43 Boaventura Santos, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho, Trotta, ILSA, Madrid*, 2012, pp. 387-398.

44 *Ibíd.,* p. 431, 533-540. Los derechos democráticos son concebidos por Boaventura Santos como derechos «potencialmente anticapitalistas»

45 Colombo, *Op. cit., supra* nota 2, pp. 29-32.

el derecho es un campo abierto frente a los cambios producidos en el espacio de las relaciones sociales y es sensible a las presiones provenientes de la sociedad. 2. Que los cambios en las relaciones sociales y en diferentes campos de la vida social pueden ser introducidos mediante el uso del discurso del derecho.

En ambos supuestos, el cambio de las relaciones sociales se explicaría como causa y efecto del cambio democrático de la ley, que permanece en el centro de la preocupación sociológica. Hannah Arendt, por ejemplo, explica que en la segunda posguerra del siglo pasado, los ciudadanos de las sociedades europeas y norteamericana tenían la convicción de que la democracia y el derecho eran componentes necesarios para resolver los conflictos individuales y sociales y para poder transformar las formas de vida; ya existía un importante consenso social, un sentido común popular, en que los cambios democráticos podían ser impuestos a través de la ley[46].

Asimismo, tanto para la teoría jurídica como para la sociología la emancipación es un vínculo jurídico. De acuerdo con la sociología funcionalista la conflictividad social quedaría resuelta mediante un aumento de la complejidad de la regulación[47], lo que da mayor autonomía al campo jurídico; al mismo tiempo, como observan diferentes autores analíticos, la emancipación es un resultado tautológico de la operación del "punto de vista interno" del discurso del derecho.

En este punto, no se puede pasar por alto la temática acerca de la posible alternatividad o compatibilidad de la democracia con respecto del capitalismo, que tiene como trasfondo el problema de la formación de la soberanía política y la producción del derecho: la capacidad del Estado para producir obediencia. Se trata de un tema que desde finales del siglo diecinueve dividió a la socialdemocracia alemana y que resurgió con fuerza en el pensamiento político de las últimas décadas del siglo pasado porque atañe a la definición misma de la democracia.

El fracaso de la perspectiva socialista de la emancipación, tanto del socialismo revolucionario como del modelo de estado de bienestar reformista, puso al descubierto la crisis del modelo de soberanía estatal como modelo comunicativo-consensual sobre el que Hegel y Marx habían construido su crítica política. En ese contexto, el problema de la transformación de las relaciones políticas y sociales pasó a ser un asunto de

46 La referencia a Arendt. se encuentra en Cohen, *Op. cit., supra* nota 24. Los cambios democráticos deben ser valorados conforme su capacidad para reducir la violencia y redefinir las instituciones. *Cfr.* Alberto Melucci, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia,* El Colegio de México, México, 1999, p. 21.

47 Santos, *Op. cit., supra* nota 43, p. 510.

democracia, con lo cual las contradicciones de la concepción liberal de la soberanía pasaron del campo socialista al de la democracia.

Estas contradicciones ya habían sido vistas por C. Schmitt, quien no creía que la representación democrática fuera un medio que asegurara la igualación social y menos aún la obediencia al derecho. Él pensaba que en un contexto en el que los dogmas se convierten en valores económicos[48], generalizar un modelo de producción democrático de derecho era contradictorio con el sentido mismo del derecho, y que con eso se ponía a éste bajo el riesgo de caer en una «hiperpolitización reglamentaria» dirigida a neutralizar y acabar con el enemigo interior[49].

G. Sorel, por su parte, también advirtió que los seguidores de la democracia se conducían frente a esta fórmula del mismo modo que lo hacen los pacifistas frente la guerra: como si se tratara de un deber ser ineluctable. Según Sorel, la idea de que el principio moral puede sustituir al de la obediencia tiene como base la creencia de que la democracia consiste en el cumplimiento de un deber[50], y de que el cambio social puede ser resultado de la obediencia a las normas.

Esta contradicción se encuentra en el centro de la metamorfosis contemporánea de la idea de soberanía política, que ha abierto un nuevo periodo de lucha en el que los grandes poderes económicos y sus publicistas buscan desembarazarse de la regulación democrática. Es inexacto que quieren reducir al Estado, como afirman muchos autores, lo que quieren volverlo garante-ejecutor absoluto de los vínculos jurídicos del campo civil y mercantil, núcleo duro de la disciplina jurídica como fuente de la acumulación capitalista.

En este proceso, la soberanía política, como expone José Antonio Estévez Araujo, se ha debilitado como fuente de autoridad fortaleciendo un circuito corporativo paralelo, donde el parlamento se convierte en el lugar donde se formalizan las decisiones tomadas en otra parte y el principio de legalidad de la administración pública se relaja frente al avance de los poderes fácticos[51].

En este contexto, la soberanía democrática ha perdido efectividad como principio de organización y su función coercitiva ha quedado reducida a un mandato de competencias mercantiles[52], donde las decisiones sobre los usos de ciertos bienes

48 Karl Schmitt, *La tiranía de los valores,* Hydra, Buenos Aires, 2012, p. 149.
49 López de Lizaga, *Op. cit., supra* nota 32, p. 124.
50 Georges Sorel, *Reflexiones sobre la Violencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1976, pp. 115-116.
51 Estévez Araujo, *Op. cit., supra* nota 28, p. 130.
52 Pierre Rosenvallon, La sociedad de iguales, Manantial, Buenos Aires, 2012, p. 291.

estratégicos como el agua, la energía y los recursos naturales están concentrados en manos de los poderes financieros. Los hábitos de consumo y la identificación entre mercado y tecnología se han convertido en la medida del bien común de esta nueva forma de soberanía política.

Esto ha provocado en las décadas más recientes que el modelo de derecho constitucional democrático contemporáneo haya venido perdiendo legitimidad como espacio de representación efectiva de las relaciones sociales, así como discurso práctico que busca absorber y contener los conflictos sociales. En este marco, la posibilidad de que el conflicto reaparezca en la superficie del discurso jurídico puede verificarse en cualquier momento.

Una posible explicación de estos fenómenos en los que el discurso se ve desbordado por la conflictividad la ofrece M. Foucault, quien en *"Defender a la sociedad"* explica que en las sociedades modernas el ejercicio del poder fue separado en dos grandes campos prácticos: un derecho de la soberanía política y la lógica de la disciplina, estructura biopolítica creada para vigilar al individuo y sancionar su desobediencia. Esta separación tuvo como porpósito la despolitización de campos enteros de la vida social, como la economía.

M. Foucault resalta la paradoja de que frente a la imposición de la forma biopolítica de la dominación, el único recurso que tiene el sujeto para objetar sus efectos sea el derecho de la soberanía[53]. Esto se debe en su perspectiva a que el derecho de la soberanía, el derecho estatal, actúa en concordancia con los mecanismos de control bio-político, mediante una simbiosis peligrosa entre poderes privados y políticas públicas, para conseguir el mismo objetivo el control de los individuos. La función del derecho para Foucault es la de presionar hacia la obtención de obediencia de los ciudadanos, dentro de un modelo de poder pastoral.

La despolitización estructural de los conflictos por parte del "derecho de la soberanía" fue definida por S. Žižek como una práctica *parapolítica*, donde las luchas, movilizaciones y hábitos sociales de resistencia son reabsorbidas por el sistema a través del derecho, como diferencias legítimas. La obra de J. Habermas o de J. Rawls serían ejemplos de esa forma de pulsión democrática que busca siempre eliminar el antagonismo y sustituirlo por reglas para que la discusión nunca llegue a ser política[54], para que la «situación problemática» nunca llegue a convertirse en un «problema universal»[55].

53 Foucault, *Op. cit., supra* nota 5, p. 31.

54 Slavoj Žižek, *En defensa de la intolerancia*, Ediciones Sequitur, Buenos Aires, 2007, p. 27.

55 *Ibíd.,* p. 39.

Esta definición permite calificar toda la acción política inscrita dentro del modelo de soberanía política democrática tal como se presenta en las sociedades contemporáneas como una práctica parapolítica, un tipo de acción social cuyas justificaciones no tienen otro sentido que el de confirmar las decisiones tomadas por los actores más poderosos por fuera del escenario estatal y que prorrogan el ejercicio de los poderes públicos y privados en contra de la sociedad.

Conclusiones

Los distintos elementos que conforman el modelo de soberanía política moderna constituyen los presupuestos del modelo consensual del Estado y el derecho y el punto de referencia central de la acción política en las sociedades democráticas.

La soberanía política no es el resultado de una acción política en el orden de las relaciones sociales sino un producto discursivo-estatal, que toma como presupuestos precisamente aquellas estructuras políticas que pretende fundamentar. Los atributos que la teoría jurídica le otorga a cada uno de sus elementos: el sujeto de derechos, el discurso que lo interpela y lo disciplina, la libertad civil del ciudadano y la unidad entre sociedad y estado, funcionan como ficciones que rinden a un uso político del derecho como maquinaria discursiva dirigida a la obediencia.

Al representar la hipótesis y la conclusión de la acción práctica, el modelo democrático de la soberanía actúa como único referente de la política, no sólo en la medida en que la acción se vuelve el resultado de un proceso de subjetivación social que conforma las coordenadas de la acción legítima en los marcos estatales, sino en cuanto a que esa subjetividad se impone como única forma de vida válida y referente negativo frente a cualquier otra forma de concebir y enfrentar los problemas políticos.

Bibliografía

Agamben, Giorgio *Estado de excepción. Homo saccer, II.* Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005.

Arendt, Hannah, *Crisis de la República,* Madrid, Taurus, 1998.

Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 2005.

…..…….. *Las razones del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

Cohen, Jean y Andrew Arato*, Sociedad civil y teoría política,* México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Colombo, Ariel H, *Desobediencia civil y democracia directa,* Madrid, Trama editorial y Prometeo libros, 1998.

Correas, Oscar, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*. México, Fontamara, 2006.

……..*Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo,* México, Ediciones Coyoacán, CEIICH-UNAM, 2011.

…..……. "Teoría del derecho y mundo indígena", en Correas, Oscar *(coord.*), *Derecho indígena mexicano*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

D'auria, Aníbal, "Introducción al pensamiento anarquista", en Aníbal D'auria et al., *El anarquismo frente al derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, estado y justicia,* Buenos Aires, Libros de Anarres, 2007.

Debord, Guy, *Sociedad del espectáculo,* Madrid, Pre-textos, 1991.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.

Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil,* Madrid, Trotta, 1994.

Faúndez Ledezma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Foucault, Michel, *Defender la Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2da ed., 2002.

Habermas, Jürgen, "La desobediencia civil, Piedra de toque del Estado democrático de Derecho", en *Escritos Políticos*. Barcelona, Ediciones Península, 1997.

Kelsen, Hans, *Ficciones Jurídicas,* México, Fontamara, 2013.

Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos sobre teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, 2013.

Laclau, Ernesto y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

López de Lizaga, José Luís, "Dialogo y conflicto. La crítica del Karl Schmitt al liberalismo", *Dianoia*, vol. LVI, núm. 88, mayo 2012.

Lyotard, Jean Françoise, *La diferencia,* Barcelona, Gedisa, 2009.

Marx, Karl, *Sobre la cuestión judía,* en Página Hoja de Ruta http://www.hojaderuta.org/imagenes/lacuestionjudiamarx.pdf, consultado el 26 de marzo de 2017.

Melucci, Alberto, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia,* México, El Colegio de México, 1999.

Morales Reynoso, María de Lourdes, *La objeción de conciencia como derecho fundamental,* Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.

Przeworki, Adam, "Deliberación y dominación ideológica", en Elster, Jon (*comp.*), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

Rosenvallon, Pierre, *La sociedad de iguales,* Buenos Aires, Manantial, 2012.

Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho,* Madrid, Trotta, ILSA, 2012.

Schmitt, Karl, *La tiranía de los valores,* Buenos Aires, Hydra, 2012.

Selbin, Eric, *El poder del relato. Revolución rebelión resistencia,* Buenos Aires, Interzona, 2012.

Sorel, Georges, *Reflexiones sobre la Violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 1976.

Vidarte, Paco, *"El banquete uniquersitario: disquisiciones sobre el s(ab)er queer", en Córdoba, D. et al., Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas,* Barcelona, Editorial Egalés, *Editorial Gai y Lesbiana, 2005*.

Weber, Max, *Economía y Sociedad,* México, Fondo de Cultura Económica, 2000,

Žižek, Slavoj, *En defensa de la intolerancia,* Buenos Aires, Ediciones Sequitur, 2007.

LA DISCRIMINACIÓN JUSTIFICADA EN UNA SOCIEDAD LIBERAL

Justified discrimination in a liberal society

Aprender a dudar, es aprender a pensar.
Octavio Paz

Carlos Manuel Rosales García

Resumen

El acto de la discriminación es una decisión que afecta derechos de terceros. Sin duda, su ejercicio y materialización es nefasto. Sin embargo, ¿sería posible discriminar a una persona, sin enfrentar consecuencias jurídicas? Este trabajo abre un espacio para exponer que hay situaciones en que se realiza y valida la discriminación, en que se justifica su utilidad para conservar un bien titulado considerado como derecho fundamental.

Palabras clave: Democracia, derechos fundamentales, desigualdad, discriminación, autonomía, justicia.

Abstract

The act of discrimination is a decision that affects the rights of third parties. Undoubtedly, its exercise and materialization is disastrous. However, would it be possible to discriminate against a person without facing legal consequences? This work opens a space to explain that there are situations in which discrimination is carried out and validated, in which it is justified its usefulness to preserve a titled property considered as a fundamental right.

Keywords: Democracy, fundamental rights, inequality, discrimination, autonomy, justice.

Introducción

Cuántas veces se ha reprendido a un niño por jugar con otro, por el color de su piel; la negativa familiar, al matrimonio entre personas con religiones diferentes; el disgusto de algunos al ver una pareja homosexual, andando de la mano; la sobrevigilancia a una persona con rasgos árabes, en un aeropuerto internacional; la desaprobación casi automática a una persona mayor, pidiendo un empleo; observar que los servicios públicos que se prestan, dependen casi siempre de los recursos económicos de las personas que residen ahí; comprender que la atención y cuidado en un hospital, se determina por los medios financieros que se posea; la calificación de la apariencia personal para ingresar a un restaurante, y así, se tienen tantas situaciones que hacen subsistente la discriminación.

Esos juicios artificiales provocan una lesión, un agravio, y una víctima. El victimario realiza un acto para demostrar su desagrado o inconformidad, auto-justificando ese derecho, para no reconocer la libertad e igualdad de los demás; argumentando porque debe existir esa discriminación, para luego producir y emitir una apología de inculpabilidad. [1]

La **discriminación** es un acto de agresión, en el que se excluye a una persona de un grupo social, bien sea por sus características físicas, por presentar algún tipo de enfermedad, religión, sexualidad, o porque no cumpla con lo establecido dentro de la ética del grupo social dominante. Sin duda, esos actos afectan a la sociedad de una manera **significativa,** contraen a las personas y debilitan su autoestima, formando nefastas conductas y creando barreras en la sociedad.

Deconstruir la discriminación es un atrevimiento para conocer, observar e interpretar los motivos para imponer y aplicar un discurso ignominioso.[2] La misoginia, el racismo, la segregación o el confinamiento son ejemplos que evidencian la ausencia de comprensión, tolerancia, empatía y respeto que ameritan las características, preferencias o actos de las demás personas. Los sujetos que formulan la desigualdad son individuos con algún temor al reconocimiento de los demás, como a sí mismos.

El prejuicio se convierte en el elemento primario para soslayar el dialogo y respeto entre las partes. Por lo que la discriminación se instrumentaliza en un ejercicio de

1 Rousseau, J.J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.

2 Garzón, Valdés Ernesto, "Algo más sobre la relación entre derecho y moral", Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral,* Ed. Gedisa, Madrid, 1998, p.152.

dominación, subordinación y manipulación que produce privilegios y una satisfacción egoísta, que alimón genera odio, rencor y resentimiento.[3]

Este trabajo parte de la hipótesis de que existe un espacio en que se inocula a la discriminación como un hecho. Sin embargo, esta puede ejercerse para crear condiciones favorables hacia un grupo, como las convocatorias de gobierno exclusivas para mujeres o la contratación de personas con alguna discapacidad física. Pero también, ocurre una discriminación en que por motivos de salvaguardar un bien tutelado, pudiera no favorecer la igualdad. Por ejemplo, en un anuncio de empleo se requiere una hostes, y se presenta una persona con rasgos físicos que no son los acordes a la imagen de la empresa.[4] Se podría considerar que la no contratación, ¿sería una discriminación? O la persona responsable tiene el derecho de contratar al personal indicado para ciertas funciones. Pensemos otro ejemplo, un preso solicita un trabajo de transporte de valores, y suponemos que esta persona ya cumplió su condena y por tanto, está readaptado, el no contratarlo ¿sería discriminación? O está justificado por el departamento de recursos humanos, negar el empleo.

La metodología de este ensayo es deductiva y analítica, por lo que para empezar se presentará un mapa sobre los sustantivos diferencia y desigualdad, con el objetivo de visualizar que la discriminación es una construcción social. En el siguiente apartado se realiza un esbozo de los orígenes de la discriminación, y como ha sido parte de la historia. Lo anterior, ya nos permite exponer cómo se ha generado su instauración tanto a nivel social o cómo ha sido utilizada por los gobiernos para justificar su existencia y validez. Este trabajo estudiará los tipos de discriminación existentes, y con ello observar las especies, dependiendo del contexto espacio y tiempo del que se trate. Para finalizar, se hace una argumentación sobre la discriminación posible, un espacio en que se posibilita ejercerla bajo ciertas consideraciones, y que produce un daño solo a la víctima, más no al conglomerado social.

El objetivo es exponer y analizar cuando una discriminación puede ser aceptada (y no haya efectos legales). En el entendido que esa acción se valida y/o tolera, por ciertas circunstancias y que se limita a un espacio cerrado, generando excepciones en materia de discriminación. Ese acto podría observarse como una aporía en el sistema legal, pero se debe considerar que la norma es relativa, cuando se aplica, y que es general, en su ámbito espacial.

3 *Vid,* Galindo, Mariana, *Desigualdad,* Serie de estudios económicos, Vol.1, México, 2015.

4 https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/1S-230610-JRCD-968_0.pdf

La aceptación, el crédito y la práctica de la igualdad y de la tolerancia produce beneficios a la humanidad. No se debe estar sujetos a juicios o concepciones viciadas por un mal pensar u obrar. Pues entre más igualdad, los individuos vivirán más libres y, viceversa, entre mayores desigualdades, habrá menos libertades. Y, al haber más espacio para la libertad, hay más bienes para la comunidad. A las víctimas, les dará el reconocimiento y el valor para ser, actuar, estar, demandar o poseer como cualquier otro.[5]

Diferencia y Desigualdad

En este apartado se presentarán dos temas que tienen un objetivo primario, la distinción. La diferencia es el resultado derivado de comparar cosas similares y notar cuáles son las características semejantes y distintivas de esos objetos, cosas o bienes. En la desigualdad, se realiza a partir de un conocimiento o prejuicio aprendido o construido por una(s) persona(s), con el objetivo de desaprobar algo o alguien que le disgusta, que no le parece correcto, le molesta o le inconforma aquel ser, actuar, preferencia o hacer de otro(s) individuo(s).[6]

Por lo que en este acápite se describirá los elementos contenidos en la diferencia y la desigualdad. En la diferencia, las calidades son el factor primario para contrastar elementos del mismo género o contexto. En el caso de la diferencia, serán los elementos formativos o funcionales los que originan y producen sus particularidades. En la desigualdad, se toma en consideración las cualidades personales, lo que genera una reacción. El fundamento de la desigualdad se produce por un conocimiento originado por su opinión o por la captación de la información del medio ambiente. Su objetivo no es solo hacer una distinción, también es expresar un juicio, su desazón y confortar su disgusto, declarando que es lo correcto, lo bueno o lo justo, entre otras conductas que pudiera demandar, realizar u ocasionar por el inconveniente que se presentó.[7]

5 Fallon, Richard Jr., *The dynamic constitution,* Ed. Cambridge University Press, USA, 2004, p.33. La tesis principal del Estado liberal es respetar y proteger los derechos tanto de individuos como de grupos, establecer la justicia y la igualdad entre sus ciudadanos y asegurar la aplicación de la ley.

6 *Cfr;* Perry, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court,* Ed. Cambridge, USA, 2009.

7 Hart, H.L.A., *Law, liberty and morality,* Ed. Vintage, USA, 1963, p.3.

La diferencia

Cuando se realiza una confrontación y se pregunta si son iguales, en qué son semejantes o diferentes, se debe tener en cuenta el género que se observa y dialoga. Por ejemplo, se puede comparar un par de libros, pero qué aspecto se está comparando y distinguiendo. Físicamente, uno, es de portada verde y el otro, azul; uno tiene cien páginas y el otro ochenta; uno está hecho con papel bond y el otro con papel reciclado; uno tiene letra manuscrita y el otro de molde; uno contiene anotaciones y el otro está en perfectas condiciones; un libro es reciente y el otro es del siglo pasado. Otra forma de comparación podría ser la funcional o temática: un libro habla de álgebra y el otro de política; uno resultó útil, el otro no se comprendió; esto implica una relación entre el objeto y del que emite la opinión de este.

El utilitarismo produce un vínculo entre el objeto y el sujeto, creando un beneficio a la persona a partir de su juicio subjetivo. De forma subjetiva, la persona reconoce la calidad o función del objeto para calificar si le es útil o conveniente y de qué manera lo es. Así la diferencia puede ser de dos maneras, la comparación física entre dos objetos, que pueden ser del mismo género, pero diferente en la especie. Por ejemplo, se podría anotar las diferencias entre el estómago de un perro y el de un oso, y comparar el tamaño, funcionamiento, capacidad, localización, entre varias características. Pero no es productivo comparar objetos sin un género común, por lo que deben ser objetos que se puedan cotejar o mencionar el por qué se podrían comparar, por ejemplo, una mesa de cristal con una computadora, una chamarra con un árbol, etc.

Entonces se tiene que tener en cuenta las propiedades físicas del objeto o bien y las del otro, para considerar su comparación. Son las características, sus componentes y su utilidad los que generan su particularidad con el resto de los objetos a fin. El color, el sabor, el tamaño, el material, entre otros son los que crean una identificación. Y es a partir de estos elementos que lo integran, que se podrá realizar una descripción material del bien. Por lo que, al tener objetos con particularidades similares, se podrá emitir una opinión con base en el tema en que se están confrontando aquellas cosas o bienes.[8]

8 Vilojasana, Josep M., *La construcción social de la realidad jurídica,* Revista Prisma social, Número 4, Barcelona, 2010, pp.10-23.

Los elementos constitutivos que contienen los bienes o propiedades permiten realizar una diferenciación.[9] Estos juicios se realizan de acuerdo con las características propias de los objetos y los conocimientos del que realiza la confronta. Pero también pueden realizarse a partir de su utilidad. Por ejemplo, hablando de temas literarios, algunos prefieren la sátira que la novela romántica; otros disfrutan más a Moliere que ts Elliot; algunos prefieren conciertos de clavicordio que la música pop; por lo que se puede deducir que existe una predilección a un objeto, por el efecto que causa en la persona que tiene previamente establecido una concepción que advierte una propensión basado en una concepción personal y conforme a sus gustos e intereses.

Esta simbiosis entre el objeto y la persona examina y expone las características elementales del bien, con base en la personalidad y conocimientos de cada persona. Por ejemplo, quien desea comprar un automóvil clásico, y otro que gusta de los vehículos modernos; el que prefiere vivir en la ciudad y otro en el campo; el que gusta de viajar en tren, y otro en avión, entre tantas. Existe un tema a fin en cada selección como transportación, residencia o seguridad para viajar. La decisión producida por la persona se realiza por un gusto, conocimiento o circunstancia que trasciende de la asociación-relación entre el objeto y la persona.

Esta decisión o diferenciación es un hecho, que relaciona al sujeto y al objeto, resultando una decisión o un juicio. La subjetividad y la utilidad indicarán de qué forma se observará, disfrutará o utilizará la cosa por la persona. Por ejemplo, el que adquiere un cuadro de Tiziano por gusto o como una inversión; el que viaja en autobús en vez de manejar su propio vehículo para ir al trabajo; el que se divierte más en un bar, que en un museo.

Por lo que se puede colegir que las diferencias se realizan a partir de la comparación de los elementos contenidos en un objeto, considerando el género en que concuerden. A partir de esos elementos físicos se hace la diferenciación entre ellos. En otro escenario, la diferencia se basa por la función que deba operar el objeto. No existe un mandato para esta decisión, sino lo contrario, en cada comparación y selección de los elementos y funciones, se refleja la voluntad de la persona.

La desigualdad

9 Delfino, Silvia, *Desigualdad y diferencia,* Revista estudios 7, Universidad de Córdoba, Argentina, 1997, pp.189-214.

Las características, preferencias y usos son los elementos distintivos que permiten hacer diferencias entre las personas. Estas peculiaridades o rasgos son básicos para el desarrollo de la personalidad. Están revestidas de dignidad, por lo que deben ser respetadas para convivir en paz. Por lo que la desigualdad puede verse como una incorrecta distribución de libertades, derechos, recursos u oportunidades.

Sin embargo, es más fácil calificar y sojuzgar a otra persona, que atender el motivo del juicio subjetivo hacia otro individuo. Se crea o asimila un conocimiento para criticar por motivos como su raza, sexualidad, género, credo, condición económica, entre otras formas para imponer un pensamiento a otra. Se recrea una verdad construida en concepciones u opiniones propias y/o de terceros, que intentan alejar, impedir un acto, continuar una conducta o subyugar a otro sujeto.

Aristóteles, en su libro quinto de Metafísica consideró:[10]

> "Lo Opuesto se dice de la contradicción, de los contrarios y de la relación; de la privación y de la posesión; de los principios de los seres y de los elementos en que se resuelven; es decir, de la producción y de la destrucción. En una palabra, en todos los casos en que un sujeto no puede admitir la coexistencia de dos cosas, decimos, que estas cosas son opuestas, opuestas en sí mismas, o bien opuestas en cuanto a sus principios. Lo pardo y lo blanco no coexisten en el mismo sujeto, y así sus principios son opuestos.
>
> Se llaman contrarias las cosas de géneros diferentes que no pueden coexistir en el mismo sujeto; y las que difieren más dentro del mismo género; las que difieren más en el mismo sujeto; las que difieren más entre las cosas sometidas a la misma potencia; finalmente aquellas, cuya diferencia es considerable, ya absolutamente, ya genéricamente, ya bajo la relación de la especie. Las demás contrarias son llamadas así, las unas porque tienen en sí mismas los caracteres de que hablamos, las otras porque admiten esos caracteres, y otras porque, activas o pasivas, agentes o pacientes, toman o dejan, poseen o no poseen estos caracteres y otros de la misma naturaleza.
>
> Puesto que la unidad y el ser se entienden de muchas maneras, se sigue de aquí necesariamente, que sus modos se encuentran en el mismo caso; y entonces es preciso que la identidad, la heterogeneidad y lo contrario varíen según las diversas maneras de considerar el ser y la unidad.

10 Inciarte, Fernando, *La identidad del sujeto individual según Aristóteles*, Anuario filosófico, Universidad de Navarra, España, 1993, pp.289 y ss.

> Se llaman cosas de especies diferentes, aquellas que, siendo del mismo género, no pueden sustituirse mutuamente; las que siendo del mismo género, tienen una diferencia; y aquellas cuyas esencias son contrarias. Hay también diferencia de especie en los contrarios, ya en todos los contrarios, ya sólo en los contrarios primitivos, e igualmente en los seres que tienen la última forma del género, cuando sus nociones esenciales no son las mismas. Así el hombre y el caballo son ciertamente indivisibles por el género, pero hay diferencia entre sus nociones esenciales. Por último, los seres, cuya esencia es la misma, pero con una diferencia, son especies diferentes".

La desigualdad está diseñada por un conjunto de premisas racionales que se originan en la preferencia personal o social. A alguien no le agrada, que su vecino sea un individuo con rasgos indígenas, porque no son iguales y considera, que ellos deben vivir fuera de su barrio. En este asunto, se tiene un prejuicio hacía las personas por sus características personales (no califica su conducta o aporte a la sociedad), sino que no es de su gusto verlo alrededor e incluso tiene un discurso que lo justifica. Pero de dónde y porqué emanó esa solicitud para despreciarlo y expulsarlo de su comunidad. Se debe observar que esta persona tenía un conocimiento previo, que fue utilizado en cuanto vio o supo de alguien con ciertas características. Este prejuicio se transforma en molestia cuando la circunstancia, lo enfrentó a esta situación visual; por lo que exigía su desalojo. Sus preferencias personales activaron su disgusto y activaron un mecanismo de defensa contra el otro individuo. En esta discusión, se crea una distinción de la persona que no desea ver, y otra que no comparte ni agrada su pensamiento y actitud, y al mismo tiempo genera un daño.[11]

Los conceptos que se originan a partir de la discriminación pueden provenir de juicios, reflexiones o adherencias; que tienen como objetivo instaurar privilegios, imposiciones, beneficios, subordinaciones, para imponer un pensamiento y una acción contra los desiguales.

En el caso de la discriminación se valida y materializa por un discurso carente de reflexiones ni críticas al mismo. No hay un juicio al interior, y se obedece como dogma sus sentencias, acciones, condiciones y estipulaciones tomando solo en cuenta las opiniones que les sirvan para continuar demostrando su discurso y actuar.

11 La doctrina considera que el daño es la violación de los intereses de la persona; el perjuicio en algo en lo que tiene verdadero interés.

Como sistema de ideas la discriminación es una tendencia endógena. No necesita de una opinión o valor externo, simplemente es, porque así es y debe ser, sin posibilidad de poder realizar un comentario u observación en contra; es espuria, contiene falacias o se diseña con prejuicios, mentiras, manipulaciones o descalificaciones sobre los rasgos, actos y circunstancias de las personas, para construir un gusto, beneficio, privilegio o recompensa para el desigualitario.[12]

La discriminación no contiene contrastes al interior, requiere de la opacidad para seguir operando y estacionar a las personas en la obscuridad; para que continúen ejerciendo sus perversiones y perjuicios. Esta desigualdad se diseña, fabrica y elabora por medio de prejuicios o ideas sin deliberación científica ni empatía. Se origina por juicios elaborados sobre mitos, conclusiones subjetivas, manipulación de los hechos, falsa comunicación, ignorancia permeable, entre otros componentes (dependiendo el tema).[13] Estos actos de control provocan una lesión, o un agravio; provocando que la víctima sufra un menoscabo físico, un daño psicológico, una pérdida económica o incluso, pudiera ser asesinada.

La discriminación también crea actos de molestia. El victimario se siente agraviado en su espacio, prerrogativas o violentado el estatus que produce acciones, órdenes, consideraciones u obligaciones para modificar esa situación. Esta desigualdad produce una parcialidad en el ejercicio derechos y libertades, que benefician a la persona o al grupo ideológico controlador, y, por otro lado, se genera un agravio a la(s) persona(s) en su ámbito personal, espacial, material y temporal.

Los sujetos que son afectados por la discriminación (en cualquiera de sus formas) desean un cambio en la conducta de sus victimarios; van acumulando un rencor, que podría provocar un cambio en las circunstancias; exigen no solo la modificación en el paradigma instaurado, sino un cambio en la conducta social, una basada en el respeto, la dignidad y la tolerancia.

El tema que se propone se analizará desde la teoría de las esferas de la justicia de Michael Walzer.[14] La exploración de la discriminación desentrañará su naturaleza, sus componentes, su instrumentación, sus objetivos y los argumentos para su validez.

12 Altschuler, Bárbara, *Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad,* Repositorio Institucional de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.

13 Bickel, Alexander, *The least dangerous branch,* Ed. Yale University Press, USA, 1986, p.38.

14 *Cfr*, Walzer, Michael, *Spheres of justice*, Ed. Basic Books, USA, 1984.

Origenes y Fundamentos

Descubrir el origen de la discriminación permitirá conocer su naturaleza, y el motivo para su nacimiento. Este develamiento antropológico expone la instauración y los instrumentos que se utilizaron para convertir a la desigualdad en una doctrina imperiosa.

Pero qué se requiere para que la discriminación se instaure como una conducta habitual, y se pueda ejercer el poder contra los desiguales. El reconocer y extraer los fundamentos de la desigualdad revelará los cimientos de los juicios y las acciones para abusar, ordenar y separar a los distintos, o sea, los vulnerables. Esos elementos promovieron y estimularon la imposición de la cultura de la desigualdad, para establecerla como la ideología dominante, en un tiempo y lugar determinado.

El origen de la discriminación es personal o por medio de la adhesión, en el primer caso, implica un modo subjetivo y/o de asimilación. La persona puede crear desde su concepción intelectual un rechazo para justificar el desagrado por alguien, y que no le parece que deban poseer los mismos derechos y libertades, sino que debería contar con menos prerrogativas, por diversos motivos.[15] Por ejemplo, en Europa, los peregrinos no tenían los mismos derechos que un ciudadano; los esclavos manumitidos en Roma nunca serían senadores. Los afroamericanos en Estados Unidos de América eran (y siguen) siendo mal vistos en múltiples comunidades con predominancia de ascendencia europea (blanca); incluso todavía se les impide a los que no son de ascendencia europea, la compraventa de una propiedad, y en ocasiones, no son atendidos respetuosamente en los comercios y servicios públicos.

La discriminación como producto de la subjetividad emana de las concepciones individuales, en que justifica por qué la otra persona no debe ni puede ser vista como par y, por tanto, no merece ser considerado como un igual. Esto puede producir un perjuicio (sin un efecto social) o un trato que resalte el motivo del rechazo y la exigencia de no continuar provocando el disgusto por ser o hacer del otro individuo.[16]

La incompatibilidad es el efecto del conocimiento o convivencia con una persona con la que no se desea habitar, convivir o tener contacto. Esta decisión puede ser manifestada por un desagrado, una acción para solicitar su retiro, una orden para cesar de hacer algo, y un recordatorio de su posición de desventaja. Y con ello conservar, por parte del agente de la desigualdad sus privilegios, complacencia y protección.

15 *Vid,* Kurtenbach, Sabine, *Violencia y desigualdad*, Ed. Nueva sociedad, Argentina, 2017.

16 *Vid,* Scanlon, T.M., *The difficulty of tolerance,* Ed. Cambridge University Press, USA, 2008.

La discriminación se ha utilizado como instrumento para enhestar y recalcar las diferencias entre las personas. Estos mecanismos se convierten en la materialización de sus concepciones, para resaltar ciertas características, comportamientos o preferencias de algunos que supuestamente están sujetos a la voluntad de otros, por lo que no pueden desarrollarse libremente, ni existir con dignidad.

El menosprecio es uno de los instrumentos materiales la discriminación, que se origina por las características o actividades de otra persona o grupo. Esta acción sirve para dar a conocer que aquel sujeto no es un elemento común, no es grato, ni goza de aceptación (o es de poca valía), y eso explica y justifica el demérito o descalificación.

La discriminación provoca animadversión, por lo que exige o solicita el cese o prohibición de la acción, la expulsión del sitio y la debida sanción por alterar y vulnerar su bien estar. Se crea una sanción al individuo por no conducirse a lo que se impone, porque la pseudo-norma es por un lado un acto de imperio y por el otro, un ejercicio de cierta ideología. Las condiciones dominantes impondrán un mecanismo de resolución a esa clase de entuertos.[17]

La antipatía produce desigualdad. El discriminador espera u ordena que las personas sean de cierto aspecto o que las personas actúen conforme a sus ideas, exigencias y gustos personales. En el que las víctimas están a merced del carácter y decisión del que desea la imposición, para asegurar su bien, deseo y tranquilidad.

La discriminación es la aversión a la diferencia. El remarcar el distingo es la clave de la distinción personal, pero se visualiza el rechazo a lo disímil; pero también produce repulsión al desigual, que busca una solución para gozar de los mismos derechos y libertades.

La discriminación es producto de la irracionalidad. El ejercicio de racionalizar produce conocimientos y herramientas que diseñan la personalidad y la conducta. Sin embargo, si no se elabora un proceso cognoscitivo crítico, inteligente y robusto, se obtendrá información y comportamientos tendenciosos.[18] Por lo que los juicios irracionales también producen un trato diferenciado hacia ciertas personas, pero sin una explicación sólida de sus posturas.

La ignorancia es una fuente de la discriminación. El opinar, hacer o cuestionar sin la debida información produce una lesión. Por ejemplo, en Chile se dice que los comunistas se comen a los bebes. Un comentario iletrado que descalifica al adversario

17 Kojéve, Alexandre, *La noción de autoridad,* Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005, p.36.

18 Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996, p.5.

político, que se hace sin ninguna evidencia. La discriminación y el trato por la preferencia política aún continúa produciendo una profunda división en la sociedad chilena.[19] De tal manera, el desconocimiento puede producir ideas mal concebidas y por tanto, un trato desigual.

La discriminación como falta de empatía. El colocarse en la situación de la otra persona es esencial para descubrir sus pensamientos y emociones. En los casos de desigualitarismo, al victimario no le interesa reflexionar en la consecuencia de sus actos, su egoísmo no le permite pensar en el otro. Su posición no le permite colocarse en el papel o las emociones del otro individuo. Su meta es que su egoísmo sea el que impere en las relaciones que sostiene con el exterior.

La discriminación genera parcialidad. Ante una decisión que trate sobre selección, distribución u otra, si la persona opera con un sistema epistémico desigualitario preferirá al sujeto que le sea más a fin. Su decisión la puede ajustar a las normas establecidas, o como una oportunidad de mostrar su criterio y poder. La parcialidad no reconoce ni otorga los mismos derechos, libertades y oportunidades, es el beneficio a otra persona por un interés privado.[20]

La discriminación tiene implícita la intolerancia. El respeto a lo distinto es el núcleo de la tolerancia. Este valor permite la convivencia entre personas diferentes, sin importar sus características o conductas. La tolerancia es la esencia de un régimen republicano, para que exista y permita una convivencia pacífica. La intolerancia se transforma en discriminación, como falta de respeto a la diversidad y al pluralismo.[21]

La mayor parte de la discriminación se adquiere de forma empírica, por medio de los sentidos y/o de las deducciones, sin un método científico. Su conceptualización es subjetiva y casuística: su argumentación es un tipo de abstracción, que se hace vigente por su aliteración. La discriminación se valida como autojustificación de lo correcto, lo justo, lo que debe ser, con base en el juicio particular.

La discriminación no posee un respaldo científico. Esto significa que carece de estructura metodológica para poder producir un aporte a la sociedad, y mejorar la calidad de vida. La discriminación impide el desarrollo de la ciencia y de la humanidad, por lo que los argumentos o discursos en que se propicie por la desigualdad son un retroceso para la sociedad.

19 Valenzuela, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet,* Ed. W.W. Norton, USA, 1991, p.272.

20 *Vid,* Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, Ed. UNAM, México, 2007.

21 Williams, Melissa & Waldron, Jeremy, *Toleration and its limits,* Ed. New York University press, New York, 2008.

El tipo de discriminación nace y depende de un contexto histórico, económico, político y social. Esto se comprende porque se producen como un producto cultural. Esto envuelve un espacio y tiempo en que se realizan, por ejemplo: la persecución de los girondinos en la revolución francesa, la solución final del régimen nazi, el apartheid en Sudáfrica o la segregación en los años sesenta en EE. UU. Estas discriminaciones fueron perpetradas por medio de un pensamiento personal o social a un nivel local o nacional, en un ambiente en que un grupo intentó imponer su posición por medio de acciones lesivas, en un tiempo y espacio determinado.[22]

Desde una perspectiva social, la desigualdad provoca distinguir en una sociedad o comunidad el poder y preferencias del grupo dominante para excluir, generar obediencia o desnivelar a otros individuos.[23] Esa ideología impone por medio de diversos postulados las condiciones para que las personas sean aceptadas en su grupo, y cómo deben conducirse los demás. Este orden determina un criterio para aplicar la ideología del grupo preponderante, con la consigna de que es lo mejor para esa sociedad. Señalan que es lo bueno, lo correcto, lo que se debe o puede hacer, lo justo, lo verdadero, entre otras acepciones que rodean la pérdida de derechos de los que son distintos o no actúan como se decretó.

La discriminación muchas veces es aceptada sin ponderación ni reflexión. La asimilación de sus concepciones se hace por medio de la familia, la escuela, la religión o la costumbre social, que declaran y justifican por qué debe existir la desigualdad y la obligación de continuar con ese conjunto cerrado de juicios, ejecutando diversas conductas que provocaran la continuidad de la desigualdad.[24]

El desigualitarismo como concepto social se puede equiparar al proceso de ósmosis, esto es, que pasa de un líquido a una membrana sólida. En otras palabras, la asimilación del conocimiento discriminatorio sucede del exterior al interior del individuo, como medio para ser o pertenecer al grupo principal o no ser discriminado por ellos. Esta adopción le permite vivir tranquilamente, aunque no la acepte totalmente. Pero también la podría practicar o usar para el abusar de las demás personas.[25]

Esta adopción permite su continuidad en el tiempo y en el espacio, por medio de su reproducción y repetición para instaurarla como costumbre. Su observación general

22 Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, Ed. UNAM, México, 2003, pp.191 y 196.

23 Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida,* Ed. FCE, México, 2004, pp.179-210.

24 Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Ed. Paidos, España, 2003, p.419 y ss.

25 *Vid,* Porras, Angélica, *Igualdad y no discriminación*, Ministerio de Justicia, Quito, 2010.

provoca una aceptación y validación en la comunidad, que la legitima por sus actos a favor o la descalifica por los ultrajes que excita.

La discriminación se puede establecer como costumbre social, como producto de la subjetividad de individuo o de la psique social que invita y anima a su establecimiento o permanencia, por medio de la observación de la repetición de esos convencionalismos, que erigen un comportamiento del grupo social, unos como desigualitarios y los otros, como víctimas de sus usos y abusos.

La familia es otra de las fuentes que pueden predicar y propagar la discriminación, y hacer que esta sea adoptada por sus integrantes. El ambiente familiar genera y propicia una forma de comportamiento al interior y exterior por medio de las reglas que se enseñan, invocan y protegen desde el mismo hogar. Esta comunicación de conocimientos es enseñada por los titulares de la familia al resto de sus integrantes, que disponen que valores y prácticas son las que deben ejercer. Con esto se mostraría que la desigualdad es importante, que debe practicarse y que, como dogma, no acepta que se juzgue esas verdades, solo que se reconozca y ejerza esta.

Otra fuente de la discriminación es por medio de la justificación de índole religiosa, que advierte o elabora una ordenanza a los feligreses para instaurar un conjunto de creencias, que permiten los fines de la desigualdad, el abuso y la injusticia. Los creyentes y adoradores del culto no dudaran del mensaje por la autoridad que lo emite, y tomarán literal sus palabras y practicaran lo dictado por sus dirigentes espirituales.

Los aparatos ideológicos del Estado también pueden generar y difundir la discriminación, por medio de ciertos mensajes que son comunicados a través de la propaganda, los medios de comunicación, las normas y sentencias que propicien el amalgamiento entre política y sociedad.[26] Por ejemplo, el sistema de castas que hubo en México en el periodo de la colonia (peninsular, criollo, mestizo, negro, mulato, zambo, saltimbanqui, salta pa´tras), determinaba la posición social, y por tanto, se determinaban sus derechos, libertades y hasta los lugares donde asistir, profesión y para vivir.[27]

Es menester, recordar que las personas que desobedezcan las concepciones discriminatorias se vuelven enemigos por no aceptar ni realizar lo que supuestamente deberían hacer o invalidar, pues están provocando un daño a la desigualdad con su

26 *Vid,* Althusser, Louis*, Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Ed. La oveja negra, Colombia, 1974.

27 Castro Efraín, *Los cuadros de castas en la nueva España,* Institute of Latin american studies, No. 20, University of London, 1983.

inmovilidad u omisión, por lo que ya no son iguales y, por tanto, serán descalificadas, alejadas y mal tratadas.

Estas diferencias corporales han generado (y pueden provocar) desigualdad en el trato. La discriminación física ha sido factor para separar o rechazar a las personas, con base en las preferencias de un individuo sobre otro. Este tipo de desigualdad contiene un pretexto o una necesidad del que emisor del juicio y el porqué de su decisión para no reunirse con los que no son de su agrado. Por ejemplo, alguien puede rechazar convivir con una persona obesa, por el color de piel, religión u otro, por no ser de su gusto. Por ejemplo, en el caso de un equipo de futbol, el entrenador requerirá a los jugadores más aptos físicamente y que tengan ciertas características físicas y habilidades, por lo que una persona discapacitada no cubrirá sus requisitos para jugar en el equipo, por la necesidad de las tácticas del juego. Pero si toma como parámetro para su selección, si esa persona es católica o la zona donde vive, ya no fueron las capacidades funcionales su base de elección, sino que fueron sus prejuicios los que determinaron y resolvieron.[28]

Otra clave para su instauración es favorecer a una persona o a un grupo, para que predomine el más capaz, el más inteligente, la más hermosa, etc. El beneficiar a una persona por sus características o habilidades es un tipo de desigualdad, justificado esa selección parcial, con ciertos conceptos de lo correcto, lo estético, lo útil, lo valioso, etc.[29]

Un fundamento para la discriminación es el señalamiento de que el desigualitario es distinto y/o que debe gozar de ciertas preferencias o beneficios y, por tanto, los que no son de esa condición o situación, no deben contar con los mismos derechos y libertades. Creando una situación de privilegio, para la persona o grupo que los ejerce, tensando las relaciones personales o sociales.

Se genera una situación de orden-subordinación, entre el desigualitario y el sujeto que es objeto de sus pretensiones y decisiones. Lo que devela una ventaja para el que ejerce, y una pérdida para la persona que sufre los efectos de sus subjetividades. Estos privilegios desequilibran la relación disponiendo que debe dominar en esa relación personal o social.

La parcialidad es uno de los fundamentos para instaurar un sistema de favorecimiento, en el que una persona o un grupo materializa su gusto y necesidad, por medio de la imposición y la coerción para proteger alguna decisión, y poder otorgar una preferencia.

28 Boatca, Manuela, *Desigualdad social reconsiderada*, Revista Tabla rasa, No. 11, Bogotá, 2011, p.121.

29 *Cfr,* Dworkin, Ronald, *Freedom´s law,* Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1996.

La discriminación también se fundamenta en la generación de protección a los intereses creados a partir de sus postulados como doctrina. Esto significa que la desigualdad es un instrumento para asegurar al desigualitario condiciones a modo para su interrelación personal y social, para crear un ambiente considerado ideal, para el óptimo desarrollo de sus actividades y su proyecto de vida.

En la sociedad no todos tienen una misma posición. La concepción de la posición original es una postulación filosófica para que ninguno de los integrantes de la sociedad tenga alguna ventaja, a excepción de las otorgadas por la lotería natural.[30] Sin embargo, para crear un escenario en que la posición original sea el inicio de una nueva sociedad, sería necesario abrogar las prerrogativas de todos en una sociedad.

Desde que se origina la idea de la discriminación como un instrumento de segregación, se intenta imponer sus objetivos y, por lo tanto, cómo hacer permanente su vigencia y presencia en una sociedad. Los objetivos de la discriminación nacen de la concepción individual por medio de reflexiones, concepciones y asimilaciones a nivel subjetivo, que producirán un prejuicio que caracterizara al individuo, y su interacción con los demás.

Una ideología debe contar con finalidades para formalizar y concretar sus objetivos. En el caso de la desigualdad, se tiene una abstracción que genera dos grupos: los privilegiados y los subordinados. Argumentan la existencia y concentración de privilegios, haciendo una defensa de sus razones, manipulando el discurso y la razón pública, dando continuidad a las conveniencias y las circunstancias que las hagan prevalecer. Dictando conductas, controlando licencias, provocando autocensura, generando separación, continuando la marginación, ejerciendo subordinación, provocando explotación y precarizando a la persona o grupo específico.[31]

Los desigualitarios desean instaurar, organizar y mantener un ambiente impoluto, para que solo ellos posean derechos exclusivos sin importar la dignidad, opinión o derechos sobre el resto. Por lo que intentan establecer en la psique y en la gente, una visión cerrada; confinando a la cosmovisión a residir fuera de su ambiente.

Uno de los efectos de la discriminación, es constituir dos grupos sociales: Desigualitarios y desigualados (victimarios y víctimas). En el que los desigualitarios, serán los que realicen o provoquen una afectación o detrimento por el ejercicio de su doctrina. Las decisiones y acciones de los victimarios se materializan en el daño sufrido o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en

30 Rawls, John, *A theory of justice,* Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2007.

31 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ed. Ariel, 1990, pp.154 y ss.

peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos en contra de la personalidad y el patrimonio de las víctimas.[32]

Por ejemplo, considere la legalidad de la conducta de los operadores del III Reich, con respecto a su ordenamiento jurídico nacional.[33] Los nazis convirtieron en norma jurídica "el exterminio sistemático de un pueblo". Las Leyes de Núremberg de 1935, y toda acción efectuada para efectivizar dicho "mandato", estaban amparadas en la Ley del III Reich. En efecto, todas sus acciones "estaban respaldadas en leyes, decretos y reglamentos. Los nazis no es que eran "conscientes de que lo que hacían o dejaban de hacer poseía un carácter delictivo"; sencillamente lo que hacían era "correcto", según su ordenamiento jurídico, y el no haber procedido de esa forma, más bien, los hubiera hecho responsables por haber vulnerado su Ley.[34]

La discriminación contiene un conjunto de ideas que se colocan en el espacio público y privado. Este mecanismo se utiliza para designar o imponer una conducta, una orden, un modelo; en que las concepciones del emisor se empatan con el discurso válido, recreando su egoísmo y prejuicios en cada acción y pensamiento.[35]

La subjetividad valida a la discriminación en un sistema racional, colocándola como la idea que debe prevalecer, por ser la correcta. Pero que en un análisis científico se puede observar y deducir que esas concepciones provienen de información tendenciosa, opinión manipulada, deducciones infundadas y juicios parciales que comprueban lo inverosímil de su ideología.

La teleología de la discriminación es demostrar poder, atribuyendo a la razón propia o de un grupo la representación de lo ideal. Con esto defienden no solo su razón de ser, obrar o dejar de hacer. Al defender su razón el desigualitario, secuestra el espacio público para sea a su forma. Busca proteger y conservar su opinión y privilegios, y lo que obtiene como beneficios, lo pierde en derechos y libertades el desigual.

La discriminación establece una distinción entre los que son, actúan y piensan diferente, es decir, los que no se ajustan a ciertos parámetros, y por tanto son extraños al sistema. Es fundamental manifestar el distingo para que se repita, la manera de juzgar, para que, con ello, se confirme y se enquiste la idea y la acción, y con ello convertirlo en una razón pública.

32 Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas de los delitos,* Ed. INACIPE, México, 2013, pp.63 y ss.

33 García, Juan Antonio, *Nazismo, derecho y filosofía del derecho*, Anuario de filosofía, no.7, Argentina, 1991, pp.341-364.

34 Barrios, Rafael, *La legalidad del III Reich,* Periódico La Razón, Bolivia, 18 de enero del 2013.

35 Hinde, Robert A., *Why good is good. The sources of morality,* Ed. Routledge, USA, 2002, pp.45-150.

El discriminador intenta instaurar privilegios. Al declarar su disgusto, recrea en su psique un mecanismo de defensa contra lo que no le parece, agrada o concuerda. En su círculo, el desconsiderar a otros produce satisfacción; el no aceptar o tolerar, las personas que no son de su predilección, es la reacción de su desigualitarismo. Por lo que intenta, como privilegio el no desear ver o convivir, por lo que los prescribe de su entorno.

La discriminación manipula el discurso a su conveniencia. Al practicarse esta doctrina, se considera que la concepción personal o la razón desigualitaria debe estar por encima del respeto a las diferencias. Esos mensajes desequilibran las relaciones personales o sociales, desnivelando a los individuos que no son o hacen lo que ellos exigen o requieren, para que el desigualitario disfrute su poder y prevalencia en una vida confortable.

Como se mencionó, el discriminador desea reprimir, manipular, disuadir o extinguir para poder obtener ventajas sobre lo que no es de su agrado.[36] En su entorno, intenta hacer prevalecer sus ideas, bajo un medio de dominación y de circunstancias controladas. Esto por dos razones, la primera, contar con un ambiente ideal para su filosofía; y la segunda, que sea permanente ese entorno ideal.

La discriminación dicta que conductas que, para el victimario son las correctas y recomendables. Esto es uno de los efectos del distingo, pues advierte que lo contrario a lo óptimo (de manera personal o social) será nefasto. Aquí hay varios puntos que destacar: el control, la autocensura y la sanción. En el primer caso, se indica en un catálogo lo que se permite, y lo que no está contenido en esos mandamientos es perverso.[37] Ante la descalificación de ciertas conductas, el sujeto puede autocensurarse, en que debe dejar de hacer el comportamiento impropio o hacerlo en privado.[38] Ahora, para el control se necesita a la obediencia, para castigar al que actuó en contra de sus normas. Legitimando y validando el sistema de desigualdad en que se exhibe a la persona realizó un acto contra el *status quo,* otorgando el merecido castigo.

El control en la forma de vivir de las personas, es otro de los objetivos de la discriminación. Al estipular cómo deben comportarse las personas, se crea un inventario de que se puede hacer y lo que está prohibido, derivado de lo que está permitido o directamente, se prohíba algún acto.

36 Guzmán, Virginia, *Legitimación y crítica a la desigualdad*, Revista Convergencia, No.73, Universidad Autónoma del Estado de México, 2017, pp.94-96.

37 Panichas, George, *Sex, morality and the law,* Ed. Routledge, Great Britain, 1997.

38 *Vid,* Elster, Jon, *Constitucionalism and Democracy*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2002.

El efecto de la desobediencia a la discriminación es la sanción que puede de varias maneras: pena corporal, la sanción, la exhibición, la separación, la censura, la limitación, la marginación, incluso el ostracismo o el confinamiento. Por medio del castigo, se refuerza el sistema desigualitario; las personas conocen que pueden hacer o cómo deben comportarse, el efecto de la norma es disuadir la conducta. La exhibición muestra no solo al infractor, sino que producirá una marginación por ser contrario a las creencias desigualitarias, y como efecto, se le separará del resto, pues no respetó las normas reconocidas. De forma extrema, los discriminados pueden ser expulsados de la comunidad para que ya no los vean, ni cohabiten en el mismo espacio.[39] Es conocido el tema de la expulsión por motivos raciales, o como se han creado *ghettos* para ubicarlos.

Un objetivo indirecto de la discriminación es construir una subordinación. Esto, dos maneras, la primera es la sumisión incondicional de los desigualitarios a su filosofía. La segunda, es la que produce en los desiguales como víctimas, al tener que obedecer los lineamientos y condicionamientos que le genera esa doctrina.[40]

Otro objetivo de la discriminación es precarizar las condiciones de vida de los desiguales, menoscabando su sus derechos y campo de acción. Hay que tener en cuenta que para ellos, no son iguales; por lo que sus derechos y libertades deben ser demeritados (con esto también se sanciona su condición). El producir condiciones paupérrimas, es reconocer y materializar su poder, y colocar su calidad como desigual, y hasta cierta forma, es otra forma de castigo de los victimarios.[41]

La discriminación no reconoce los mismos derechos y libertades. Ya se habló de los privilegios, para los que piensan o actúan conforme el régimen. Por otro lado, los privilegios que ganan los simpatizantes de la desigualdad son perdidos, para los que no son o piensan como ellos. El derogar ciertos derechos y limitar libertades es práctica común de la desigualdad, con ello se materializan sus principios y se crea un escenario naturalmente desigualitario.

Los desigualitarios tratan de producir un ambiente virtuoso, en que los que no son o hacen lo que ellos destacan e imponen deben ser castigados o desterrados, para tener un medio ambiente que los conforte. El criterio "no pueden estar con nosotros,

39 Kerbo, Harold, *Estratificación social y desigualdad*, Ed.MacGraw, Madrid, 2004, p.250 y ss.

40 Fallon, Richard Jr., *The dynamic constitution,* Ed. Cambridge University Press, USA, 2004, p.1.

41 Cortés, Fernando*, Desigualdad social en América Latina*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2004, p.81 y ss.

por no ser como nosotros, porque contaminan nuestro espacio", es el elemento para su proscripción o la aniquilación de una persona, grupo o una raza.[42]

La discriminación insta a generar victimarios. Con una conducta tendenciosa, los desigualitarios validan y renuevan su discurso, que dirige su forma de pensar y actuar. La desigualdad se normaliza, y se vuelve una herencia social. Se trata de no cambiar sus ideales y acciones, se intenta conservar que las condiciones que creen válidas sean permanentes, es más, definitivas.[43]

La discriminación como figura trans-generacional conlleva a la continuidad de sus principios, formas, acciones y las circunstancias que la funda. Su continuidad dependerá de sus aparatos de persecución y sanción, de la educación y de otros factores. Lo que se debe visualizar, es que un objetivo de la desigualdad que busca imponerse de manera permanente, para generar un solo discurso, creando y estableciendo una sola razón.

Instauración de la discriminación

En los anteriores apartados se presentó el concepto de discriminación, sus orígenes, sus fundamentos y una clasificación para ver las distintas formas en que se puede ejercer. En el siguiente estudio, se analizará cuáles son los dispositivos que utiliza la persona o grupo dominante para imponer su voluntad sobre los desiguales.[44]

Por lo que se tendrá que tener en cuenta que la obediencia a la desigualdad puede ser por medio de la coacción, o sea, el ejercicio de la violencia (psicológica o corporal) o también se puede organizar la desigualdad por la coerción; para que el acto imperioso sea considerado ya no sólo legítimo, sino legal; se coloca como justo y válido ese orden jurídico, y como inicuo e inmoral, para los maltratados.

De esta manera, se analizarán los medios que se han utilizado para instaurar alguna discriminación, y en consecuencia resaltar y fomentar una disparidad y desnivelación de los unos sobre los otros.[45] Los medios instaurativos que se expondrán son: irracionalidad; ignorancia; justificación; colocar a la servidumbre como algo natural; adopción y asimilación

42 Windlesham, Lord, *Politics, punishment and populism,* Ed. Oxford, USA, 1998, pp.100-147.

43 Dubet, Francois, *La experiencia sociológica*, Ed. Gedisa, España, 2011, p.17 y ss.

44 Cornejo, Certtucha, Francisco, Voz "Autonomía de la voluntad", *Diccionario Jurídico Mexicano,* Tomo I Ed. UNAM, México, 1982, pp.239-240.

45 Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales,* Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp.24 y 44.

de la realidad impuesta; imposición-violencia; costumbre social; religión; propaganda estatal; positivación; y para finalizar se analizará, si la falta de crítica a la discriminación en los espacios públicos genera un *establishment* social.

Simbolización

La asimilación y adopción de una verdad creada o impuesta, es parte de la instauración de lo desigual, tanto en lo individual como en lo colectivo. La captación del conocimiento expuesto por la desigualdad puede ser por diversos medios y mecanismos.

La irracionalidad en la discriminación deviene del juicio subjetivo y/o de la asimilación personal, esto significa que la falta de un equilibrio reflexivo es el factor primario para no reconocer o respetar a los que son distinto o para tolerar los actos o gustos de los demás.[46] Esta coloca a la individualidad por encima de la comprensión racional del mundo objetivo. Por ejemplo, antes en EEUU no era ilegal el no permitir que las personas de ascendencia afroamericana o indígenas pudieran ser elegidos a los cargos de representación democrática.[47] ¿Pero sería irracional y generaría discriminación, si una legislación exige un mínimo de educación para postular a un cargo de representación popular? Por ejemplo, en Brasil se requiere saber leer y escribir y en Chile, la educación media superior son requisitos para concursar al Parlamento.

La ignorancia es fuente de muchas desgracias en la humanidad. En la discriminación, la falta de conocimiento es fundamental para su asimilación e instauración, porque las personas no poseen las herramientas para conducirse sin agraviar a otra. La ignorancia funciona como pretexto para lesionar, de manera que el ejecutor no sienta que hizo algo equivocado, sino que solo realiza la acción por reflejo, orden o imposición, pero sin contrastar ni comprobar el daño que ejerce y provoca. La ausencia de conocimiento y experiencia se descubre por la clase de argumentación que justifica su pensar o

46 Para John Rawls, el equilibrio reflexivo es lo que permite a cada individuo determinar qué es lo bueno, correcto o justo. *Political liberalism,* Ed. Harvard Press, Cambridge, 1996, pp.8, 28, 72, 89 y 95-96, "*The outcome of reflective thought and reasoned judgment, the ideals, principles, and standards that specify our basic rights and liberties, and effectively guide and moderate the political power to which we are subject. This is the outer limit of our freedom". Idem,* pp.222, 242, 384 y 388.

47 Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations,* Ed. Harvard University Press, USA, 1991, p.224.

el porqué de su actuación. La ignorancia es fuente de la discriminación, al emitir y producir pensamientos y conductas que no poseen sustentos; pero si pretextos, para su acción, defensa y convalidación.

El establecimiento de la discriminación como modelo de cognoscitivo y de conducta social, se hace por medio de la justificación en el pensar y actuar de lo que es correcto.[48] Se elabora una ideología para que se vincule a la persona o a la sociedad a razones ciertas y conductas admitidas por el grupo dominante. Se establece un control basado en un paradigma que valida su pensamiento y acción.

La justificación se crea en dos planos, el subjetivo y el social. Desde el aspecto personal, el sujeto modela sus preconcepciones y determinaciones por medio de sus deducciones, abstracciones, y opiniones. La discriminación se convierte en un patrón conductual, para pensar y juzgar conforme a las ideas y experiencias que le convienen, aseguran su posición y demeritan al desigual. Sus alegatos están hechos en un sistema cerrado de comunicación, que propaga su ideología y al mismo tiempo, que demuestra con sus actos, la ratificación de la misma.[49]

La exposición y la manifestación perene fortalece la asimilación de la discriminación en el individuo, de manera consiente e inconsciente. La persona o el grupo se conducen instintivamente y no racionalmente, Así, los agentes de la desigualdad manejan, el qué pensar y cómo desenvolverse.

La incondicionalidad es un efecto que gobierna al discriminador, pues considera a la desigualdad como la fuente y directriz de lo justo y lo correcto.[50] Como sistema la desigualdad es endógena, y como tal posee vicios por no contar con elementos externos o críticos que la contrasten.

La discriminación coloca e instala con sus premisas y acciones a la servidumbre como algo natural; produciendo beneficios, privilegios y recompensas por medio del ejercicio y repetición continua de los apotegmas que la fundamentan, en demérito de los desigualados.[51] Para su establecimiento necesita restar y/o quitar identidad al individuo, que no es acorde ni corresponde con su ideología. Con la apropiación de su personalidad, la discriminación se instala en la idiosincrasia del desigualitario que

48 De Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia,* Ed. Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp.56-59.

49 Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral,* Ed. Gedisa, Madrid, 1998, p.49.

50 Mackie, J.L., *Ethics. Inventing the right and wrong,* Ed. Penguin, USA, 1990, pp.42-102.

51 Rothbard, Murray N., *The ethics of liberty,* Ed. New York University press, USA, 1998, pp.201 y ss.

asume una posición dominante, y que reproducirá a la desigualdad como doctrina, compuesto por un pasivo de contravalores.

La violencia es un instrumento para generar la exigencia a las partes para actuar de una forma determinada. Los agentes del desigualitarismo someten con su pensamiento, para que los sujetos piensen y obren conforme a los intereses que ellos intentan materializar, con su ejecución; sin embargo, el que se beneficia, es el que la propone y dispone de los demás, con el fin de reproducir sus concepciones y realicen sus deseos y objetivos.

La costumbre permite que la discriminación se instale como una práctica de observación repetitiva absorbida por la persona y la sociedad. Ya no se vuelve extraña una acción, sino que es normal esa operación, se proclama y fortalece en la mentalidad del desigualitario. La costumbre reproduce la filosofía del desigualitarismo, con el uso de diversas acciones y valores por la sociedad.

La religión es un sistema de creencias que implican un vínculo entre el hombre y Dios o los dioses, a través de la cual las personas buscan una conexión con lo divino y lo sobrenatural, así como cierto grado de satisfacción espiritual mediante la fe, para explicar o superar el sufrimiento y alcanzar la felicidad y la paz.[52] De acuerdo, a sus creencias, la persona regirá su comportamiento según una cierta moral e incurrirá en determinados ritos. La religión como mecanismo conductual puede dirigir o influir a sus adeptos a alguna forma de adoración, que incluye un sistema de actitudes, creencias y prácticas religiosas. Como sistema de actividad humana está compuesto por creencias y prácticas acerca de lo considerado divino o sagrado, tanto personales como colectivas, de tipo existencial, moral y espiritual.

Entonces, la religión al designar lo que es ideal o lo que se debe de hacer, puede generar una conducta al individuo o a las personas. Esta culminación del credo es el reflejo de la fe hacia el mismo, en que se moldea y justifica la moral y conducta de sus adeptos y seguidores. Estos mandamientos provenientes de la religión interactúan de la esfera de la creencia y de la actuación de las personas. Por lo que, si los directores de alguna religión invocan una actitud de dar, no dar o hacer, sus seguidores reproducirán y ejecutarán esa estipulación u orden. Por ejemplo, las persecuciones que se hicieron a los cristianos en el Imperio Romano, fustigando su monoteísmo, y atentar contra las creencias politeístas de la mayoría de la sociedad.

52 *Cfr,* Joyce, Richard, *The evolution of morality,* The MIT press, USA, 2006.

La discriminación puede ser instalada y difundida en el espacio público por medio de la propaganda. Esta forma de comunicación que tiene como objetivo influir en la actitud de una sociedad respecto a alguna causa o posición, presentando e imponiendo solamente el mensaje oficial. La propaganda es usualmente repetida y difundida en una amplia variedad de medios, con el fin de obtener el resultado deseado en la actitud de la audiencia.[53]

La propaganda como instrumento no otorga información libre e imparcial, en su sentido más básico; presenta información parcial o sesgada para influir en la audiencia. Con frecuencia presenta actos y hechos de manera selectiva y omite otros deliberadamente, para sustentar una conclusión, o usa mensajes controlados para producir una respuesta emocional, más que racional, respecto de la información exhibida. El efecto querido es un cambio en la actitud de una audiencia determinada acerca de asuntos: políticos, religiosos o económicos. La propaganda, por lo tanto, puede ser usada como un instrumento de manipulación de la información.

La expresión "propaganda" ha logrado en algunos casos, una connotación sumamente negativa debido a los ejemplos de su uso más manipulador y chauvinista.[54] El Estado la realiza por medio de los aparatos de comunicación con el objetivo de formar, dirigir o instaurar una idea en el colectivo social.[55]

La discriminación se instala a nivel Estado por medio de sus dirigentes, que materializan una doctrina para consagrar su ideología.[56] A partir de la difusión de un mensaje dirigido, se espera que las personas lo adopten y procedan conforme, lo planeó los dirigentes de la campaña publicitaria. Por ejemplo, el régimen nazi utilizó a la propaganda para llegar al gobierno, con un discurso que acentuaba el odio al gobierno y por la situación económica en Alemania. [57]

La normatividad es otro mecanismo para instaurar a la discriminación a nivel social. Por medio de los grupos políticos mayoritarios en el poder legislativo se pueden elaborar leyes que contengan elementos desigualitarios y que tengan como misión el

53 Toursinov Antón A., *El Poder Coercitivo de la Manipulación en los Discursos Propagandísticos*, Laissez-Faire, No. 36-37, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012, pp.1-7.

54 *Vid,* Qualter, Terence H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Ed. Paidós, Barcelona 1994.

55 Van Dijk, T. *Discurso y manipulación: Discusión teórica y algunas aplicaciones*. Revista signos, v.39, n° 60, Chile, 2006, pp.49-74.

56 Scruton, Roger, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought,* USA, 2007, p.452.

57 Silva-Herzog Márquez, Jesús, *Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad*, Revista de derecho, Vol. XIV, México, 2003, pp.9-24.

desequilibrio o la desnivelación entre las personas, colocando a unos por encima de los otros, para beneficiar al grupo que erigió la norma.[58]

Las normas elaboradas con un espíritu desigualitario provocaran seres perjudicados por su legislación; un ordenamiento para que ellos como desiguales sean, posean o actúen de una manera. Esas normas estarán acompañadas de diversas sanciones, que producirán la inhibición de conductas contrarias a las establecidas en el sistema positivo.[59]

La falta de reflexión hace que la discriminación invada espacios públicos. En estos casos, la falta de un espacio para analizar el sistema desigualitario hace que sea convierta e instale como una doctrina militante. La falta de espacios se hace con el objetivo de no discutir ni criticar el sistema dominante, se puede prohibir o inhibir la difusión de ideas que sojuzguen al régimen.

Tipos de discriminación

Aquí se tendrá la aplicación directa e indirecta de criterios subjetivos, sociales o profesionales que, basado en la desigualdad, han provocado un desequilibrio en las relaciones, derechos, libertades y oportunidades de alguna(s) persona(s).

En el acto de la discriminación, es importante notar que la diferencia puede producir desventaja, y viceversa, la desventaja genera una diferencia.[60] Por ejemplo, si alguien posee cierta característica personal por su tono de piel, el desigualitario reacciona, utilizando su inconsciente, que le advierte y señala la conducta que debe ejecutar. Por otro lado, la diferencia social es un constructo de una comunidad, que ha instaurado una serie de concepciones sobre lo bueno, lo justo, lo incorrecto, lo normal, lo aceptado, lo valioso, lo debido, lo reconocido, lo malo, lo nefasto, lo repudiable, lo sancionado, etc. Los actos de la persona son con base en estándares reconocidos que la mayoría aprueba; que sirven para el desarrollo funcional a nivel personal y social, que permiten ejecutar conductas de tracto continuo, y que se evalúan y fortalecen en un sistema de recompensa o de una sanción. Por ejemplo, una comunidad religiosa rechaza a las

58 *Vid,* Clark, Toby. *Arte y propaganda en el siglo xx. La imagen política en la era de las culturas de masas*. Ediciones Akal, Madrid, 2000.

59 *Vid,* Kessler, Gabriel, *Controversias sobre la desigualdad,* Ed. FCE, Buenos Aires, 2015.

60 Sorensen, Aage, *The estructural basis of social inequality,* The american journal or socialogy, No.101, USA, 1991, pp.1333-1365.

personas homosexuales, porque son perversos; porque eso no es lo natural; porque no son aceptables sus preferencias, conductas o forma de ser; porque echan a perder al resto de la sociedad; porque están enfermos, entre tantos prejuicios e ideas que dirigen la psique y conducta del colectivo.[61] La persona que adopta esas ideas preconcebidas, los puede aceptar íntegramente o con cierta gradualidad, o los puede rechazar, diseñando y construyendo sus propios juicios, basado en sus propias ideas y valoraciones. En el caso de las personas que poseen una conducta sexual diferente a la aceptada por la mayoría de una sociedad, se pueden vislumbrar diferentes respuestas a nivel personal: la invisibilización, los puede tolerar, los puede conllevar con base en la autonomía y respeto a la otra persona, los puede reprobar (internamente o externamente), y los puede fustigar (en privado o en público). [62]

Los tipos de discriminación deben ser estudiados a partir del contexto social, político y económico. Cada escenario es diferente, pero hay ciertos patrones en la concepción, difusión y aplicación de la desigualdad. Lo que es importante considerar, que la es creada discriminación a partir de concepciones subjetivas y que intenta formar a las personas acorde a los planes de los desigualitarios. De esta forma, la discriminación se instala en la persona y de ella depende su rechazo, adopción, continuidad, desinterés o la censura.

La diferenciación personal es la forma más común de discriminación. Esta se genera a partir de la antropomorfologia, el atuendo, la manera de hablar, alguna incapacidad física o mental. En estos casos, el sujeto distingue la diferencia con los otros, generando y reproduciendo sus esquemas de desigualdad.

Muchas discriminaciones que se realizan son a partir de las concepciones sociales, en el que el individuo valida su actuar por las imposiciones sociales.[63] En este caso, la diferencia ya no se basa propiamente en el gusto o preferencia de la persona, sino que sus juicios provienen de ideas asimiladas, y, por tanto, continúa reproduciendo y renovando esa creencia. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América varios de sus ciudadanos piensan que los latinos solo sirven solo para brindar servicios. En este caso, los inmigrantes consideran que no son capaces de llevar una vida y poder alcanzar el sueño americano; que no están a su nivel y, que las características y creencias de ellos, no les permite alcanzar otras metas.

61 Sojo, Carlos, *Igualiticos*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2010, pp.45-63.

62 Cadenas, Hugo, *La desigualdad de la sociedad*, Revista Persona y sociedad, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2012, pp.51-77.

63 Tilly, Charles, *La desigualdad persistente,* Ed. Manantial, Buenos Aires, 1998, p.22 y ss.

En cuanto la discriminación como factor de desventaja, se pueden anotar varias posibilidades.[64] La primera, es cuanto al origen de la persona (que puede ser racial, económico, entre otros), lo que conlleva al juicio de aceptación por la comunidad. El origen respecto de donde proviene genera una etiqueta en ciertos grupos, que califican su aceptación de acuerdo a la misma.

La apariencia física es una de las principales causas que excitan y fomentan la discriminación. Se intenta imponer un estereotipo, estándar o un modelo de lo que es un patrón de belleza o de las características estéticas que deben poseer las personas, para no ser descalificadas por su imagen. Los rasgos externos de la persona dependen de diversos factores como sus genes, raza, locación, alimentación entre otros.

Al observar los elementos externos, se conforma una imagen o un símbolo en la persona. que conoce o identifica sus peculiaridades físicas y para qué sirve, albergando en la mente sus contenidos y funciones del objeto. Pero no solo asimila una identificación, también un juicio personal hacia el objeto, una opinión con base en la subjetividad y/o conforme a la materialidad social. El núcleo de la identidad del objeto, debe ser la base para su identificación, uso y juicio.

Todas las personas cuentan con gustos, que provienen la mayoría de las veces de la selección subjetiva de los conocimientos contenidos en la psique. Ellos nos dan pauta a una actuar, tener o hacer, por ejemplo, el vestir, la preferencia sexual, entre tantas.[65]

Se dice que para gustos hay colores, y cada ser humano tiene su preferencia, basada en la depuración de sus conocimientos, que les provocan gusto y atracción a diversos elementos. En el caso de los gustos personales sobre la apariencia de otra persona, opera por el conocimiento previo ya sea por el gusto personal o por una concepción externa, que dirige sus agrados y pensamientos.

La idea de superioridad de una persona hacia otra se puede dar de varias maneras. Uno de los ejemplos más evidentes lo tenemos al observar que todos los individuos poseemos ciertas características morfológicas como: el color de piel, estatura, talla, olor, entre otros; que permiten la identificación y en segundo plano, la calificación de ciertas características personales. En el primer escenario, se hace una identificación y un reconocimiento. En el segundo momento, que actitud tomará hacia el otro individuo: un trato indiferente, como un par o de desagrado (que puede generar una acción contra la otra persona). El pre-juicio por las diferencias físicas se vuelve discriminación, cuando no se otorga ni se reconoce el mismo trato social a los que son disímiles en

64 Raz, Joseph, *The morality of freedom,* Ed. Oxford University Press, New York, 1988, pp.23-99.

65 *Vid*, Dubet, Francois, *¿Por qué preferimos la desigualdad?,* Ed. Siglo xxi, Buenos Aires, 2015.

apariencia o que consideran no forman parte de sus estándares, por lo que se les da un trato diferenciado que ataca y vulnera sus derechos y libertades.

Continuando con el tema de las características físicas, se puede ver que la discriminación se produce cuando hay un juicio de que alguien es más valioso que otro por su raza o ascendencia, o sea, no son pares y, por tanto, sus derechos y libertades no deben ser iguales. La xenofobia es un problema social que se produce por el estigma de la diferencia física y que conlleva un trato desigualitario en la sociedad. Los problemas raciales son tan antiguos como la humanidad, por ejemplo, los afroamericanos en los EEUU, la supremacía aria, los indígenas de los pueblos originarios (Bolivia, Brasil, Chile, Perú, México, entre otros), los segregados por el *apartheid en Sudáfrica*, entre tantos.[66]

Se dice que la imagen es la que nos identifica, pero también es la muestra primaria con la que se juzga a las personas. Ese juicio superficial, no contiene profundidad, es solo una percepción, que se fundamenta en la subjetividad. El atuendo de una persona que proviene de un pueblo originario, un punk, una rubia a la moda, una persona sucia, alguien con un traje viejo, entre tantas imágenes, califican instantáneamente a la persona por su imagen. Esta evaluación genera una reacción hacia el otro individuo, que puede ser de indiferencia, gusto o desagrado y con ello, podría generar una desigualdad en el trato, por no cumplir con ciertas etiquetas o no estar acorde con el consumo de moda. También se podría discriminar a una persona por la imagen que posee negándole un bien o servicio. La desnivelación que se ejerce con estos juicios crea un daño, que la víctima resiente en su esfera.[67]

La diferencia en el sexo marca una pauta de vida, conducta y de actividades propias en cada tiempo y sociedad.[68] Esta diferenciación genera un sello particular sobre la persona y un control social sobre lo que es propio dependiendo el sexo que se posea. Por ejemplo, las mujeres a la cocina y para tener hijos, los hombres pueden hacer lo que quieran, entre otras injusticias, que producen un trato desigual, restando valor, convirtiéndolas en instrumentos de reproducción y menguando sus derechos, libertades y oportunidades a las mujeres.[69]

El género es un producto social, que reconoce la estereotipación del hombre y la mujer, sus roles en la sociedad, derechos y libertades. Este constructo social está

66 Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica,* Ed. UNAM, México, 2009, p.22.

67 Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social,* Ed. Fontamara, México, 2004, p.59.

68 Serret, Estela, *Discriminación de género*, Ed. CONAPRED, México, 2006, pp.38-54.

69 Olaya, Eucaris, La promesa de igualdad, *Revista Katal,* V.13, n.1, Florianapolis, 2010, pp.59-65.

vinculado con una relación de poder, en que la mujer es desnivelada por su sexo y por las creencias dominantes.[70] La cosificación ha convertido a la mujer en un objeto, al servicio no solo del hombre, sino también de la sociedad y del mercado. La diferenciación ha servido para despreciar e ignorar sus sentimientos y emociones, menguar sus derechos y libertades, lo que produce desigualdad al desentrañar el tema de género. Por ejemplo: en materia de empleos (secretarias, enfermeras, meseras), carreras profesionales (educadoras), trabajos (se cree que no pueden dirigir un taller mecánico), lugares (públicos y a buena hora), atuendo (etiqueta para verse propia), para que sea bien vista. Esta desigualdad se encuentra intrínseca en los actos que imponen modos, formas, reglas y conductas de los roles que deben realizar los hombres y mujeres, si quieren ser aprobados y ser bien vistos por el conglomerado social.[71]

La sexualidad es un asunto privado, que incumbe y pertenece a cada ser. En este tema, hay libertades y derechos que la sociedad ha tutelado y delimitado, en que la preferencia debe ser respetada, así como la protección a la sexualidad de menores y discapacitados. La preferencia sexual es una decisión subjetiva, que involucra su ejercicio (facultativo), una decisión, y una realización que involucra los derechos sexuales de cada persona. El ejercicio de la libertad de preferencia sexual se construye a partir de las concepciones y creencias personales, sociales y religiosas de cada sujeto, pero que se determinan en un espacio y tiempo y de una sociedad. Con esto se crea un parámetro de la sexualidad admitida, en que el tema de lo correcto, lo normal y lo bueno, son las medidas para saber si esa persona actúa conforme a lo debido, si podría haber alguna tolerancia, cómo tratar una enfermedad o un delito que sancionarse. La discriminación viene en el trato con las personas que no siguen los cánones sociales sexuales; por ejemplo, los homosexuales no son bien vistos por todos, no pueden demostrar su afecto públicamente, van a lugares exclusivos para entretenerse sin ser calificados, las vestimentas por su preferencia sexual, la solicitud de un trabajo si se reconoce su homosexualidad, etc.[72]

La discriminación ejercida por una persona puede incitar la inconformidad de la comunidad. En estos casos, la conducta puede ser descalificada y sancionada por romper

70 Izquierdo, María, *Del elogio de la diferencia,* Paper 59, Universidad Autónoma de Barcelona, 1999, pp.25-49.

71 *Vid,* Nino, Carlos S., "El principio de autonomía de la persona", en Ética y Derechos Humanos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp.199-236.

72 En México, se reconoce el derecho de matrimonio de las personas del mismo sexo. Pero aún no se reconocen sus derechos como esposo(a). Por ejemplo, seguridad social, pensión, adopción, seguro médico, entre otros.

o tensar los lineamientos de comportamiento de un grupo o una sociedad, por lo que se emite un mensaje de desprecio hacia aquella actitud, porque vulneró y censuró sus bienes o valores, y, por tanto, afectó a la persona.[73] Por ejemplo, una persona atea no es bien vista en una comunidad religiosa, un alcohólico, un vago, una prostituta, etc.

La condición mental también puede generar diferenciación, y conllevar a una desigualdad y discriminación. Por ejemplo, las personas con síndrome Down, Asperger, Tourette, retraso mental, (entre otras enfermedades mentales o motrices) muestran a primera vista una persona con alguna discapacidad, lo que produce en ocasiones una clase de injusticia, pues ellos no gozan de las mismas condiciones físicas o mentales. Sin entender, que somos iguales, pero diferentes. Estas enfermedades ya los descolocan y les provocan molestias, pero todavía existen personas que no brindan su comprensión y apoyo; sino que todavía los discriminan. En la lotería natural no gozaron de contar con una salud excelsa, y por lo mismo se deben dar condiciones para que participen en equidad en la sociedad.[74]

La intolerancia religiosa ha generado cientos de miles de desgracias humanas. El profesar o adorar alguna religión o credo en especial, es una decisión personal. La religión militante o el odio dirigido hacia una persona, raza o población en particular, demuestra su falta de pluralismo espiritual. La descalificación, la dominación y la imposición, son las peculiaridades de una religión intolerante, que en muchas ocasiones está en complicidad con una ideología de Estado. La religión se usa como instrumento del fanatismo como un medio para que el Estado instrumentalice la exclusión, la persecución, la sanción o una campaña de odio hacia un grupo religioso. Por ejemplo, los judíos en el régimen nazi, los cristeros en México, los cristianos en el imperio romano, los aztecas en el imperio español, los musulmanes en occidente, entre otros casos de discriminación por profesar alguna fe.[75]

La cultura como producto humano, puede ser propensa a considerar que las personas que no siguen ciertos lineamientos sean desigualadas y discriminadas, produciendo un discurso que las descalifique o desnivele. Por ejemplo, la iglesia censuró cualquier

73 Las prohibiciones basadas en la apelación a valores morales, la comunicación de esos mismos valores, son uno de los principales canales de represión y canalización de pulsiones instintivas conforme a la naturaleza de la moral, consistente en la formación de una voluntad que no tiene cuenta deseos, necesidades o intereses de ninguna otra naturaleza. Gallino, Luciano, *Diccionario de sociología,* Ed. Siglo xxi, México, 2007, p.594.

74 Mújica, Oscar, *Métodos de medición de las desigualdades social de salud*, Rev. Panamericana de e Salud, No.12, Colombia, 2002.

75 Tortosa, Miguel, *La construcción social del enemigo*, Revista Convergencia, Año 10, número 33, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2003, pp.177-195.

otro modo de entender el mundo y el que se atrevía, lo sancionaba; la forma de enjuiciar a las que señalaban ser hechiceras; los que degradan a los que no siguen los convencionalismos; entre otros.

El pertenecer a un grupo político también puede colocar a una persona en una situación de discriminación. Por ejemplo, las personas que son comunistas o de extrema derecha, son intolerantes con el pluralismo político, en que su visión es de una hegemónica política. Consideran la ideología de la razón de Estado, y que se debe instaurar su filosofía, sobre las demás que sean contrarias o tienen un interés que no empata con ellos. Esta discriminación en el trato a los que no están conmigo, conlleva a descalificar el pensamiento e intereses del pluralismo político, pero, sobre todo, expone la falta de dialogo y empatía, considerando antípodas o enemigos a sus adversarios.

La educación recibida también puede generar discriminación. Esto de varias formas: primera, en algunos lugares, la educación privada es un privilegio, se cuentan con mejores profesores y compañeros con condiciones económicas similares a diferencia del sistema público de educación, En segundo lugar, se puede desarrollar un prejuicio por la escuela o universidad de origen; En tercer plano, las oportunidades que se les presenta, por su lugar de formación. Y, por último, para la continuidad de sus estudios en posgrado, se considera como variable, el colegio en donde hicieron sus estudios profesionales o para conseguir un trabajo. Esta diferencia entre los tipos de educación genera desigualdad y discriminación en el trato, oportunidades y condiciones laborales.[76]

El clasismo que se produce por pertenecer a un estrato social puede producir desigualdad.[77] Por ejemplo, el trato social que recibe una persona con recursos financieros en un restaurante o en sistema de competencias, ciertas personas gozan de ventaja por la educación que recibieron y esto provoca un nuevo caso de discriminación.[78]

Las condiciones sociales y económicas que posee y en las que vive cada persona, son en ocasiones determinantes para evidenciar y producir un trato discriminador. Por ejemplo, una persona que recibió una educación en el mejor colegio del país, que vive en una zona residencial exclusiva, que consume productos fuera del alcance de la mayoría de la población y que asiste a clubs para convivir con sus pares. Por otro

76 Anton Wesselingh*, Spheres of justice: The case of education*, International Studies in Sociology of Education, 7:2, USA, 1997, pp.181-194.

77 Cortés, Fernando*, Desigualdad y clases sociales*, Ed. CLACSO, Paraguay, 2016, pp.23-60.

78 Sen, Amartya, *Nuevo examen a la desigualdad*, Ed. Alianza, España, 2005, p.16 y ss.

lado, una persona que estudio con una beca y que vive en los suburbios.[79] Ambos casos diferencian el estrato social, por su posición económica y su forma de convivir en el mundo. La formación desigual crea nuevos escenarios de discriminación.

En el caso de la edad como factor de discriminación. En el que los años se vuelve un componente en el mercado, en las relaciones o para definir sus actividades.[80] Por ejemplo, cuando una persona mayor solicita trabajo en una fábrica, se rechaza su petición por sus capacidades; una persona joven desea adquirir un crédito hipotecario, pero no lo consideran un sujeto para hacer frente a ciertas obligaciones; una mujer madura intentando conseguir trabajo en una oficina de gobierno y es rechazada por los años que tiene y que podría cotizar. En estos casos, la edad fue un factor determinante para no obtener lo que solicitaban o requerían. En el primer caso, se juzga las condiciones físicas de la persona mayor, sus destrezas y habilidades, pero también los peligros a los que puede exponerse el mismo y a los demás. En el segundo ejemplo, una persona que no goza de una estabilidad laboral y de cierto perfil, por lo que le es más difícil encontrar un crédito inmobiliario o para poner un negocio. En el tercer asunto, una mujer con cierta edad y sin experiencia laboral, le es muy difícil encontrar trabajo en el mercado, que requiere jóvenes y que cobraran menos. Por lo que los trabajos que llegan a ofrecerles son menores, con poca responsabilidad y pago mínimo. Por lo que la edad, crea juicios de desigualdad y en consecuencia discriminación, porque los afectados no son acordes a los requerimientos sociales, convencionales o laborales.

La discriminación hoy en día en muy discutida, ya que existen entes sociales y **entidades públicas** que hacen leyes para controlar y combatir estos actos; pero, aun así, en tiempos existen focos en que parte de la ciudadanía discrimina, que no acepta a todos por igual y que fundamenta su actuar en ideas desigualitarias.[81]

Criterios de validez para una discriminación justificada

La discriminación es rechazada de manera instintiva, se reconoce como perjudicial y un lastre en las sociedades liberales. Sin embargo, es esa misma libertad la que en ciertas ocasiones, permite se justifique su utilización, sin una sanción; se estaría hablando de

79 Hacking, Ian, ¿La construcción social de qué?, Ed. Paidos, España, 1998, p.38 y ss.

80 Gallego, Jorge, *Desigualdad y leyes de potencia*, Criterios de economía, no.29, Colombia, 2010, p.59.

81 *Vid,* Esquivel, Gerardo, *Concentración del poder político y económico*, Ed. Oxfam, México, 2015.

excepciones a la discriminación. En que la aplicación de criterios de segregación no tiene sanción legal, sino que se procura una apología para esa decisión, y produce su validez a partir de la protección de un bien tutelado.

Por lo que se puede crear una clasificación a partir de diversos casos, que permiten un análisis del porqué se genera y del por qué se valida la justificación para poder discriminar.

Discriminación positiva

La discriminación se construye a partir de políticas públicas, por medio de las llamadas acciones afirmativas, en los años 60. Es fundamental ubicar el contexto en el que las mujeres no podían ser responsables de posiciones ejecutivas en el sector privado o ser nombradas para funciones públicas relevantes. Se generó un estereotipo en que el trabajo de las mujeres era conservar el cuidado del hogar o para realizar trabajos en el que los hombres no tuvieran competencia.[82] Así la sociedad enquistó la costumbre de las funciones, empleos y tareas que debía realizar una mujer, y por otro lado, se consolidó un paradigma que las excluía del debate y las decisiones públicas, sin su presencia u opinión.

Esta construcción social tiene como finalidad la búsqueda de justicia e inclusión de las mujeres en el espacio público. En el que solicitan igualdad de oportunidades, inclusión en el espacio público, libertad de actuación social, equidad en el trato y efectividad plena de sus derechos (que no solo sean una representación legal).

Como ejemplo se pueden anotar las convocatorias públicas de empleo en el gobierno mexicano, en el que se colocó en las bases del concurso, que sólo sería para mujeres esta promoción. Lo que sin dudas, excluía a los hombres de la competencia por esos cargos públicos, generándose una serie de recursos legales, que acusaban de discriminación y que no había las mismas posiciones, tan solo por ser de un sexo distinto al femenino.

Sobre el tema en comento, la Sala Superior del Tribunal, en un asunto diverso, arribó a las siguientes consideraciones al resolver el expediente SUP-JDC-1080/2013 y acumulados, mediante sentencia de fecha 21 de octubre de 2013:

82 https://www.crf-usa.org/images/pdf/gates/Affirmative-Action-Fischer.pdf

> "Las acciones afirmativas a favor de las mujeres, por ejemplo, tienen como fin combatir la discriminación y exclusión que éstas han enfrentado históricamente, además, pretenden acelerar su participación en un determinado ámbito." —"También denominadas "medidas especiales de carácter temporal", buscan igualar las oportunidades y, por ello, otorgan beneficios especiales o tratos preferenciales a las mujeres, los cuales están destinados a desaparecer tan pronto la situación de desigualdad haya sido superada."— "Son medidas de acción afirmativa:" o "La emisión de convocatorias únicas para cargos y empleos públicos abiertas exclusivamente para mujeres como respuesta a una historia de exclusión estructural y sistemática." Una convocatoria única exclusiva para mujeres en los concursos de oposición para ocupar los cargos relacionados con el servicio profesional electoral sería una respuesta proporcional a la enorme disparidad existente entre mujeres y hombres que detentan puestos en dicho servicio profesional."

Otro ejemplo de discriminación positiva se haya en el congreso legislativo federal mexicano. En el que actualmente, las candidaturas y los cargos de delegación representativa política deben ser cincuenta por ciento para las mujeres, para que exista y haya una representación equitativa y ya no se les prescinda de los asuntos comiciales y de representación política.[83]

Sin embargo, aquí habría un espacio para la reflexión. Si bien es cierto, ya se creó una paridad cuantitativa en el Congreso, no significa que tengan libertad plena para el ejercicio de su función; sino que están supeditadas a las órdenes del partido político que las postula y que apoyó su candidatura. Por lo que sus determinaciones están dirigidas por la cúpula del partido político, y, por otro lado, por la agenda legislativa, que indica la relevancia del tema, lo que significa su avance para que se materialice sus propuestas. Se trata de una representación que en lo cualitativo no aporta al género de las mujeres, y que se vuelve un ornamento para una linda fotografía, pero que tiene en el fondo un invisible encadenamiento y una obscura manipulación.[84]

Discriminación funcional

83 https://imco.org.mx/informe-legislativo-2018-paridad-genero-poder-legislativo-2/

84 https://politica.expansion.mx/congreso/2018/07/07/historico-para-mujeres-la-mitad-del-congreso-tras-elecciones2018

En un anuncio de empleos de un periódico, se solicitó personal para laborar como Hostes (anfitriona) en un privilegiado restaurant. La convocatoria requería mujeres de cierta estatura, buen trato y con presencia, pero el mensaje no definía ni mencionaba las características físicas que debían poseer las candidatas, por lo que se presentó una persona con rasgos indígenas y un atuendo de su localidad. Por lo que el departamento de recursos humanos decidió que no poseía los requerimientos de imagen que exigía la imagen de la empresa. Así, la afectada decidió demandar por este rechazo, pues consideraba que si cumplía con las bases del anunció, y que sus rasgos raciales y étnicos, habían sido el pretexto para no contratarla. El asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Unión en el que consideró que se coincidía en que había existido una discriminación por parte de la quejosa, sin embargo, también le dio la razón a la empresa, pues tenía la libertad de elegir a su personal, y que las consideraciones de conocimientos e imagen son primordiales para el producto que ofrecen. De esta manera, se diseñó una excepción en los criterios de contratación de personal, salvaguardando el derecho de libertad del empleador sobre sus contrataciones.[85]

Discriminación por malos antecedentes

Como se expuso anteriormente, la imagen puede ser un requisito para una contratación laboral. En el que los requerimientos estéticos son primordiales para el desarrollo de la función que se planea, por lo que la selección se hace fundamental, para el buen desarrollo de esa labor. Pero podría examinarse los antecedentes de una persona como criterio para acordar un empleo, dicho de otra manera, se tendrá la libertad de contratar a alguien que tenga mala fama o antecedentes penales.

En México, se publicó un aviso en la sección de empleos de una empresa de transporte de valores de valores bancarios solicitando personal. En esa ocasión, se presentó un sujeto que contaba con una salida reciente de la cárcel, por robo y tráfico de estupefacientes. Al postular al trabajo, le preguntaron si cumplía los requisitos que eran de estatura, manejo de armas, manejo de automóviles, consumo de drogas, entre otras que señalaba el anuncio del periódico. Pero el punto que impidió la contratación fue la aparición de su record criminal, pues no brindaban confianza en el trabajador, por lo que se decidió no contratarlo.

85 Amparo directo en revisión 4441/2018 del Poder judicial mexicano.

La persona rechazada estableció que fue discriminado, que el ya había sido liberado y que en el anuncio no se mencionaba el tema de los antecedentes penales como requisito para ser contratado y poder laborar en esa empresa. Por lo que el asunto fue judicializado, y se consideró por el máximo tribunal del país, que si bien la convocatoria no mencionaba ni especificaba no contar con antecedentes penales, no menos cierto es que por las actividades que desarrollaba la corporación, requería un perfil apto, y entre ellos generar una relación de confianza para ejercer sus funciones. Se justificó la discriminación que había sucedido, tutelando el derecho de la empresa para contratar al personal indicado para cumplir sus cometidos.[86]

Discriminación por capacidad mental o física

En los casos anteriores, se observó como las convocatorias de empleos deberían ser más específicas, para no generar problemas con las contrataciones. Sin embargo, qué pasaría si en la convocatoria se pusieran una condición mental para poder poseer un trabajo. En el caso hipotético de una obra y hay un anuncio exterior, que indica que se requiere alguien con experiencia en el manejo de la grúa para colocar vigas de hierro, subir material y demás actos relacionados con cargas pesadas. Y se presenta una persona con síndrome Down o con edad avanzada[87], para solicitar el empleo del manejo de la grúa. La primera reacción fue una burla, ni siquiera se le preguntó por sus habilidades, siendo discriminado y no contratado por la constructora. El punto a examinar, el anuncio no contenía como requisito algún motivo de salud, ni capacidad mental o física; sin embargo, se debe reflexionar que las personas que desean ese empleo gozan de un conjunto de conocimientos, habilidades y de salud para operar estos equipos. La seguridad de los trabajadores debe ser tutelada por la misma empresa, por lo que la contratación de personal especializado genera la menor cantidad posible de accidentes. Pero realmente, se desconocía si la persona con Down tenía esas habilidades, sino que se le descartó sin una prueba, por sus condiciones físicas, que asociaron discapacidades laborales.

86 Amparo en revisión 272/2019 del Poder judicial mexicano.

87 https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/1S-230610-JRCD-968_0.pdf

Discriminación en la representación política

En ocasiones existen ciertos requisitos para las posiciones y los cargos de representación política, que colocan en una posición de desventaja a los que no los pudieran cubrir, o que por su especialidad requiere personal con un perfil profesional o ciertos requisitos para su designación. Estas exigencias legales se podrían considerar discriminatorias, pero veamos algunos ejemplos. En la Constitución política mexicana indica que para ser diputado o senador, se debe poseer 21 y 25 años de edad, respectivamente. Pero realmente estos ciudadanos que ya ejercen actos políticos, no pueden contender por el hecho de que no cuentan con la edad establecida; en verdad, la edad sería un criterio para pensar que el individuo ya puede discernir responsablemente sobre los asuntos públicos.[88]

En otros sistemas normativos para postular a los cargos representativos en el Congreso se exige saber leer y escribir (Brasil), o contar con educación media superior (Chile), siendo los requisitos fundamentales para ser candidato. Pero estas condiciones constitucionales, son discriminatorias, o son el piso mínimo para poder ejercer sus labores representativas. Existen otras condiciones, por ejemplo, en México, los ser ministro de culto deben dejar sus hábitos, por lo menos seis meses antes de la elección o haber sido encargado de despacho en el gobierno de la elección corriente.

En el caso de la administración pública, se advierten algunos requisitos adicionales para ser considerado en el cargo. Por ejemplo, el contar con la nacionalidad (caso Taibo) o para ser Secretario de Estado (contar con la licenciatura profesional). [89]

Discriminación por autotutela (seguridad)

La discriminación justificada también se puede realizar cuando es por motivos de seguridad. En la Ciudad de México, en el transporte público se apartan vagones o espacios exclusivos para mujeres, para que no sufran de acoso, garantizando su seguridad y poder viajar confortablemente, con esta política de separación.[90]

En tiempos de pandemia, podría negarse un servicio público. Por ejemplo, la renta de un departamento a un médico, que está en contacto con enfermedades infecciosas

88 Artículos constitucionales 55 Y 58 de la Constitución federal mexicana.

89 https://aristeguinoticias.com/1511/opinion/discriminatorio-si-paco-ignacio-taibo-ii-no-llegara-al-fce-por-su-origen-nacional/

90 https://www.eluniversal.com.mx/blogs/estefania-vela-barba/2016/05/13/los-vagones-del-metro-separados

o atender en un restaurant a enfermeras, que laboran con personas infectadas de algún virus de transmisión por contacto. [91]

Discriminación legal

En ocasiones las normas contienen criterios discriminatorios por estimar que se tutela un bien superior. En el código civil, en los asuntos de familia se establece que en los casos de tutela las mujeres poseerán la guardia y custodia de menores, dejando en indefensión al padre de los menores, pues se impone un derecho por ser la madre, y se cree, que ellos cuidará debidamente de ellos. Sin embargo, cada caso es una historia, y no por estar normado no debe dejar de contemplarse todos los elementos de ese asunto.[92]

Asimismo, existen políticas públicas especializadas para madres titulares de hogar, en que se les otorgan ciertos apoyos, como en materia de educación, salud para ella y los menores, emprendimiento, vivienda, microcréditos, horarios de trabajo, entre otros. En el que la sexualidad determina que solo las mujeres podrán obtener estos beneficios.

Discriminación en competencia

El contexto determina las formas como se llevan las vidas y los actos de las personas. En el que la evolución es la constante para que los grupos vulnerables obtengan triunfos políticos o reivindicaciones sociales por sus derechos. En el caso de la competencia de los deportes para mujeres, se ha hecho notar la diferencia de los atletas trans con las mujeres.[93] Pues consideran que sus condiciones físicas (volumen y masa muscular)

91 https://www.eluniversal.com.mx/nacion/coronavirus-personal-medico-acusa-discriminacion-por-covid-19

92 https://www.reporteindigo.com/reporte/mamas-no-tendran-preferencia-para-ejercer-custodia-de-los-hijos-scjn/

93 https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/14_Vela_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_4-367-397.pdf

producen desigualdades con las mujeres (biológicamente hablando), lo que genera una competencia que no es justa por esas desigualdades físicas. Este tema aun se sigue discutiendo, lo que se puede observar es que la respuesta sería muy casuística, dependiendo el tipo de deporte que se consigna. No es lo mismo tiro con arco que atletismo, rutina con aro que halterofilia, no es lo mismo nado sincronizado que boxeo, entre otras.[94]

Hace poco sucedió que en un concurso de belleza femenino en España, ganó un hombre que se había asumido como mujer. En esa competencia, el concursante se consideraba y reconocía como mujer (no era trans), y con esa identidad, no se le podía discriminar del evento; el tema no fue impugnado, y no se contempló que podría ser el(la) vencedor(a). De igual forma, fue a la competencia mundial de miss universo, en que quedó como finalista.[95]

Discriminación por apariencia sospechosa

En el sistema procesal penal y en muchos ordenamientos de seguridad pública, se permite la revisión corporal de las personas que al parecer de la policía son sospechosos o actúan de forma que podría generar un delito.[96]

Pero este acoso se da también por la apariencia de las personas. En EEUU, las revisiones o detenciones son mayores a latinos o afroamericanos, en el que se relaciona sus condiciones raciales a delitos, y por ello, ejercen mayor supervisión, que muchas veces pasa a ser una discriminación en su selección de revisiones personales.

Otro ejemplo en que hay una discriminación en la selección para revisión sucede en los aeropuertos. En que las personas con rasgos árabes son más vigiladas y los cateos personales son casi un hecho futuro. Aquí el bien que se tutela es la seguridad, su criterio son los actos pasados en que hubo ataques terroristas.

Discriminación personalizada

94 https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160129_deportes_juegos_olimpicos_rio2016_atletas_transexual_transgenero_mujer_hombre_ventaja_jmp

95 https://www.bbc.com/mundo/noticias-45798783

96 Art. 269 CNPP (Revisión corporal).

Pero se debe pensar en una discriminación sin sanción a nivel personal. Me explico, todas las personas tienen preferencias y experiencias que determinan sus actividades y las personas con las que se desea relacionar y/o convivir; sin conexión, su selección puede no considerar a ciertas personas o grupos con los que no siente una conexión ni un deber u obligación, ni lazo que le interese crear o fomentar. Por ejemplo, en los trabajos sucede que hay personas que no son agradables, y se prefiere no tener ningún contacto. En una reunión escolar, no asistir si va determinada persona, o el no invitarla a esa junta. O que en la comunidad de religiosos, se excluya a un ateo o alguien que profese un credo diferente al propio. O en una comunidad, como se estigmatiza a una persona que se dedica a la prostitución, en el que no solo se le discrimina, sino que se le juzga por sus malas costumbres y forma de subsistencia.[97]

Discriminación por antecedente público

Actualmente se pueden consultar bases de datos en diversas materias. por medio de medios electrónicos o de consulta pública; que van desde historiales de crédito, antecedentes penales, record de depredadores sexuales contra menores,[98] impago de pensiones alimenticias, mala praxis profesional, entre otras.

En estas bases, se encuentra exhibido diversos datos públicos de las personas, y que pueden servir para tener información sobre sus actividades. Pero estos bancos de datos, podrían generar una discriminación de la gente contenida en ellas. Por lo que podría ser un factor (dependiendo el tema y objeto), para poder discriminar a un sujeto que haya cometido un acto ilegal o ilícito.

Un posible fraude a la ley

En este espacio legal, si un hombre solicita vía judicial el cambio administrativo de su acta de nacimiento, en el que se le registra como hombre para que ahora sea reconocida como mujer, acompaña un peritaje en psicología en que se declara su personalidad femenina. El juez debe considerar o examinar que esta persona está haciendo un

97 https://www.eldiario.es/desalambre/blog/derecho_discriminacion_6_60953913.html

98 https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160828.pdf

cambio voluntario, no hay oposición, la ley no tiene objeciones y tampoco el juez puede solicitar una revisión más a fondo del caso.

Por ser un trámite de índole administrativo, se procede la orden para el cambio de sexo en el acta de nacimiento, y con esto, se genera el poder hacer efectivo sus derechos como cualquier ciudadano. Posteriormente, solicita que las políticas públicas que se crearon de manera exclusiva para las mujeres, le sean reconocidas y otorgadas, en rubros como emprendimientos, madres solteras, salud para ella y sus hijos, subsidio en vivienda, becas educativas, entre otros o exigir licencias laborales para cuidar a sus hijos. Esto parece un cambio interesado en obtener una ventaja, lo que podría verse como un fraude a la ley, pero como demostrarlo sería el tema a reflexionar.

En el tema electoral, hubo un caso relevante.[99] Un conjunto de hombres solicito su inscripción por cuota de género al aducir que eran mujeres (incluso se vistieron y maquillaron para unas fotos), y que no considerar su decisión personal, violaría su determinación sexual y se les discriminaría, pues ellos aseguraban ser mujeres. Este caso, se resolvió con el presupuesto de que ellos antes de las elecciones no habían manifestado esa preferencia, ni habían hecho declaraciones públicas o privadas sobre su orientación sexual, por lo que desestimó el asunto y negó estas postulaciones.[100]

Epílogo

La desnivelación de las personas que no tienen cierto aspecto, que no se comportan de la manera apropiada, que piensan distinto al corriente, que hacen las cosas a su forma y gracia: que prefieren algo que no es bien visto socialmente o los que sienten que no empatan con la mayoría de los demás, serán discriminadas, o sea serán mal tratadas.

Este trabajo presentó un tema que si bien es repudiado a primera instancia, no menos cierto es que su obra es un acto que se realiza de manera constante en varias áreas sociales. Por lo que se dio la tarea de mostrar estos espacios, en que la circunstancia o la persona pueden operar un sistema que justifica a la discriminación, sin tener que enfrentar una consecuencia sancionatoria,

No se trata de validar esas decisiones, sino exponer que la relatividad de un área que a todas leguas generará un régimen de excepción, y es eso mismo, lo que permite

99 https://verne.elpais.com/verne/2018/05/07/mexico/1525729786_752440.html

100 SUP-JDC-304/2018 del poder judicial mexicano.

generar válvulas de salida y que el sistema pueda enfrentar sus contradicciones al interior.

Bibliografia

Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations,* Ed. Harvard University Press, USA, 1991.

Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales,* Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010.

Althusser, Louis*, Ideología y aparatos ideológicos del Estado,* Ed. La oveja negra, Colombia, 1974.

Altschuler, Bárbara, *Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad,* Repositorio Institucional de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.

Anton Wesselingh*, Spheres of justice: The case of education,* International Studies in Sociology of Education, 7:2, USA, 1997.

Barrios, Rafael, *La legalidad del III Reich,* Periódico La Razón, Bolivia, 18 de enero del 2013.

Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida,* Ed. FCE, México, 2004.

Bickel, Alexander, *The least dangerous branch,* Ed. Yale University Press, USA, 1986.

Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica,* Ed. UNAM, México, 2009.

Boatca, Manuela, *Desigualdad social reconsiderada,* Revista Tabla rasa, No. 11, Bogotá, 2011.

Cadenas, Hugo, *La desigualdad de la sociedad*, Revista Persona y sociedad, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2012.

Castro Efraín, *Los cuadros de castas en la nueva España,* Institute of Latin american studies, No. 20, University of London, 1983.

Clark, Toby. *Arte y propaganda en el siglo XX. La imagen política en la era de las culturas de masas*. Ediciones Akal, Madrid, 2000.

Cornejo, Certtucha, Francisco, Voz "Autonomía de la voluntad", *Diccionario Jurídico Mexicano,* Tomo I Ed. UNAM, México, 1982.

Cortés, Fernando*, Desigualdad social en América Latina*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2004.

Cortés, Fernando*, Desigualdad y clases sociales*, Ed. CLACSO, Paraguay, 2016.

Delfino, Silvia, *Desigualdad y diferencia,* Revista estudios 7, Universidad de Córdoba, Argentina, 1997.

De Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia,* Ed. Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

Dubet, Francois, *La experiencia sociológica*, Ed. Gedisa, España, 2011.

Dubet, Francois, *¿Por qué preferimos la desigualdad?,* Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ed. Ariel, 1990.

Dworkin, Ronald, *Freedom´s law,* Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1996.

Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Ed. Paidos, España, 2003.

Elster, Jon, *Constitucionalism and Democracy*, Ed. Cambridge University Press, USA, 2002.

Esquivel, Gerardo, *Concentración del poder político y económico*, Ed. OXFAM, México, 2015.

Fallon, Richard Jr., *The dynamic constitution,* Ed. Cambridge University Press, USA, 2004.

Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social,* Ed. Fontamara, México, 2004.

Gallego, Jorge, *Desigualdad y leyes de potencia*, Criterios de economía, no.29, Colombia, 2010

Gallino, Luciano, *Diccionario de sociología,* Ed. Siglo XXI, México, 2007.

Galindo, Mariana, *Desigualdad,* Serie de estudios económicos, Vol.1, México, 2015.

García, Juan Antonio, *Nazismo, derecho y filosofía del derecho*, Anuario de filosofía, no.7, Argentina, 1991.

Garzón, Valdés Ernesto, "Algo más sobre la relación entre derecho y moral", Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral,* Ed. Gedisa, Madrid, 1998.

Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral,* Ed. Gedisa, Madrid, 1998.

Guzmán, Virginia, *Legitimación y crítica a la desigualdad*, Revista Convergencia, No.73, Universidad Autónoma del Estado de México, 2017.

Hacking, Ian, ¿La construcción social de qué?, Ed. Paidos, España, 1998.

Hart, H.L.A., *Law, liberty and morality,* Ed. Vintage, USA, 1963.

Hinde, Robert A., *Why good is good. The sources of morality,* Ed. Routledge, USA, 2002.

Inciarte, Fernando, *La identidad del sujeto individual según Aristóteles,* Anuario filosófico, Universidad de Navarra, España, 1993.

Izquierdo, María, *Del elogio de la diferencia,* Paper 59, Universidad Autónoma de Barcelona, 1999.

Joyce, Richard, *The evolution of morality,* The MIT press, USA, 2006.

Kerbo, Harold, *Estratificación social y desigualdad*, Ed.MacGraw, Madrid, 2004.

Kessler, Gabriel, *Controversias sobre la desigualdad,* Ed. FCE, Buenos Aires, 2015.

Kojéve, Alexandre, *La noción de autoridad,* Ed. Nueva visión, Buenos Aires, 2005.

Kurtenbach, Sabine, *Violencia y desigualdad*, Ed. Nueva sociedad, Argentina, 2017.

Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996.

Mackie, J.L., *Ethics. Inventing the right and wrong,* Ed. Penguin, USA, 1990.

Mújica, Oscar, *Métodos de medición de las desigualdades social de salud*, Rev. Panamericana de e Salud, No.12, Colombia, 2002.

Nino, Carlos S., "El principio de autonomía de la persona", en Ética y Derechos Humanos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.

Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, Ed. UNAM, México, 2003.

Olaya, Eucaris, La promesa de igualdad, *Revista Katal,* V.13, n.1, Florianapolis, 2010.

Panichas, George, *Sex, morality and the law,* Ed. Routledge, Great Britain, 1997.

Perry, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court,* Ed. Cambridge, USA, 2009.

Porras, Angélica, *Igualdad y no discriminación*, Ministerio de Justicia, Quito, 2010.

Qualter, Terence H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Ed. Paidós, Barcelona, 1994.

Rawls, John, *Political liberalism,* Ed. Harvard Press, Cambridge, 1996.

Rawls, John*, A theory of justice,* Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2007.

Raz, Joseph, *The morality of freedom,* Ed. Oxford University Press, New York, 1988.

Rothbard, Murray N., *The ethics of liberty,* Ed. New York University press, USA, 1998.

Rousseau, J.J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.

Scanlon, T.M., *The difficulty of tolerance,* Ed. Cambridge University Press, USA, 2008.

Scruton, Roger, *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought,* USA, 2007.

Sen, Amartya, *Nuevo examen a la desigualdad*, Ed. Alianza, España, 2005.

Serret, Estela, *Discriminación de género,* Ed. CONAPRED, México, 2006.

Silva-Herzog Márquez, Jesús, *Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad*, Revista de derecho, Vol. XIV, México, 2003.

Sojo, Carlos*, Igualiticos*, Ed. FLACSO, Costa Rica, 2010.

Sorensen, Aage, *The estructural basis of social inequality,* The american journal or sociology, No.101, USA, 1991.

Tilly, Charles, *La desigualdad persistente,* Ed. Manantial, Buenos Aires, 1998.

Tortosa, Miguel, *La construcción social del enemigo*, Revista Convergencia, Año 10, número 33, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2003.

Toursinov Antón A., *El Poder Coercitivo de la Manipulación en los Discursos Propagandísticos*, Laissez-Faire, No. 36-37, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012.

Valenzuela, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet,* Ed. W.W. Norton, USA, 1991.

Van Dijk, T. *Discurso y manipulación: Discusión teórica y algunas aplicaciones.* Revista signos, v.39 n° 60, Chile, 2006.

Vilojasana, Josep M., *La construcción social de la realidad jurídica,* Revista Prisma social, Número 4, Barcelona, 2010.

Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, Ed. UNAM, México, 2007.

Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas de los delitos,* Ed. INACIPE, México, 2013.

Walzer, Michael, *Spheres of justice*, Ed. Basic Books, USA, 1984.

Williams, Melissa & Waldron, Jeremy, *Toleration and its limits,* Ed. New York University press, New York, 2008.

Windlesham, Lord, *Politics, punishment and populism,* Ed. Oxford, USA, 1998.

Recursos electrónicos consultados:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/1S-230610-JRCD-968_0.pdf

https://www.crf-usa.org/images/pdf/gates/Affirmative-Action-Fischer.pdf

https://imco.org.mx/informe-legislativo-2018-paridad-genero-poder-legislativo-2/

https://politica.expansion.mx/congreso/2018/07/07/historico-para-mujeres-la-mitad-del-congreso-tras-elecciones2018

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/1S-230610-JRCD-968_0.pdf

https://aristeguinoticias.com/1511/opinion/discriminatorio-si-paco-ignacio-taibo-ii-no-llegara-al-fce-por-su-origen-nacional/

https://www.eluniversal.com.mx/blogs/estefania-vela-barba/2016/05/13/los-vagones-del-metro-separados

https://www.eluniversal.com.mx/nacion/coronavirus-personal-medico-acusa-discriminacion-por-covid-19

https://www.reporteindigo.com/reporte/mamas-no-tendran-preferencia-para-ejercer-custodia-de-los-hijos-scjn/

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/14_Vela_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_4-367-397.pdf

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160129_deportes_juegos_olimpicos_rio2016_atletas_transexual_transgenero_mujer_hombre_ventaja_jmp

https://www.bbc.com/mundo/noticias-45798783

https://www.eldiario.es/desalambre/blog/derecho_discriminacion_6_60953913.html

https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160828.pdf

https://verne.elpais.com/verne/2018/05/07/mexico/1525729786_752440.html

Legislación consultada:

Art. 269 CNPP (Revisión corporal).

Constitución federal mexicana.

Recursos judiciales consultados:

Amparo directo en revisión 4441/2018 del Poder judicial mexicano.

Amparo en revisión 272/2019 del Poder judicial mexicano.

SUP-JDC-304/2018 del poder judicial mexicano.

LA FICCIÓN DEL ESTADO Y LA TEORÍA MARXISTA. APUNTES PARA UN ENSAYO

The fiction of the state and marxist theory. Notes for an essay

Humberto Rosas Vargas

"La erudición burguesa y semisocialista comete un grave error al suponer que el marxismo pretende poner una «nueva filosofía» en el lugar de la filosofía habitual (burguesa), una nueva «historiografía» en el lugar de la historiografía tradicional (burguesa), una nueva «teoría del derecho y del Estado» en lugar de la antigua teoría (burguesa) del derecho y del Estado, o también una nueva "sociología" en lugar de ese edificio inacabado que la actual teoría burguesa denomina la ciencia sociológica. La teoría marxista no pretende esto de la misma manera que el movimiento social y político del marxismo (del que es su expresión teórica) no pretende sustituir el antiguo sistema burgués de Estado y los miembros que lo componen por "nuevos" Estados y un nuevo sistema de Estados".

Karl Korsch en *Marxismo y Filosofía.*[1]

Resumen

El presente artículo constituye una recuperación teórica de la reflexión marxista no dogmática relativa al estado. El estudio crítico de esta impronta, desde su irrupción en la primera mitad del siglo XIX hasta las dos décadas del siglo XXI, aborda su sistema categorial para pensar la totalidad normativa. Asimismo, se caracteriza al estado y a su norma fundante como ficciones, como usos del lenguaje que expresan la hegemonía política la cual replica la vida o normaliza la exclusión y la muerte.

Palabras clave: Caracterizaciones marxistas del estado, ideología de conservación al uso, mercancía.

1 Korsch, Karl, *Marxismo y filosofía*; trad. Elizabeth Beniers, México, Ediciones Era, 1971 (1964), p. 100.

Abstract:

This article constitutes a theoretical recovery of the non-dogmatic Marxist reflection on the state. The critical study of this imprint, from its irruption in the first half of the nineteenth century to the two decades of the twenty-first century, addresses its categorical system to think the normative totality. Likewise, the state and its founding norm are characterized as fictions, as uses of language that express political hegemony which replicates life or normalizes exclusion and death.

Keywords: Marxist characterizations of the state, legal ideology, commodity.

Introducción

El sinuoso transitar de la teoría marxista demuestra que el estado[2] ha sido tema permanente en la reflexión ius-filosófica de esta impronta desde su génesis, en la primera mitad del siglo XIX, hasta la recuperación crítica de las primeras dos décadas del siglo XXI. El tratamiento de la cuestión implicará, por tanto, el estudio de los siguientes tópicos: a) la multiplicidad de las caracterizaciones liberales y capitalistas del estado; b) la multiplicidad de las caracterizaciones marxistas en relación a la autoridad política de la modernidad; c) las teorías que postulan la existencia inexorable del estado; y d) las teorías que postulan su desaparición.

Lo anterior es relevante porque la impronta marxista de la *Crítica Jurídica Latinoamericana* ha producido un sistema categorial que se erige sobre la impugnación de dos cuestiones concretas: a) la *ideología jurídica de conservación "al uso"* y b) las formas jurídicas del capital, a saber; *la mercancía* y el *estado*; dos ficciones que se han interiorizado y naturalizado como los únicos modos posibles de expresarse la normatividad en la modernidad tardía.

2 Escribo "estado" con minúsculas para desacralizar los usos lingüísticos de la ideología política hegemónica que legitima el modo de vida excluyente del capitalismo. Por iguales motivos escribo, también con minúsculas, palabras como verdad y razón.

Pertinencia de la reflexión: vigencia de la teoría marxista del estado en el siglo xxi

La reflexión marxista relativa al estado reconoce dos períodos concretos: a) de los escritos primigenios de Engels y Marx inspirados en el sistema hegeliano a los marxismos críticos de la primera mitad del siglo pasado —Petr I. Stučka, Evgeny B. Pašukanis, Rosa Luxemburgo, Karl Korsch, Georg Lukács, Ernst Bloch y la Escuela de Frankfurt —Theodor W. Adorno, Max Horkheimer y Herbert Marcuse; y b) las producciones teóricas de la segunda mitad del siglo xx, entre ellas: la tradición italiana —Umberto Cerroni—, la *Critique du Droit* francesa —Antoine Jeammaud y Michel Miaille, entre otros—, así como la *Crítica Jurídica Latinoamericana* —Óscar Correas Vázquez. Concentraré mi reflexión en el segundo período recuperando, sin embargo, referencias concretas a la primera etapa de la impronta marxista.

Datos distintivos, signos inequívocos, de la teoría jurídica marxista son, a mi juicio, los siguientes: a) la multiplicidad y diversidad de expresiones dialógicas; b) la radical historicidad de sus conceptos y c) la exigencia ético-praxeológica, asuntiva y realizativa de sus postulados. De este modo, es plausible hablar de marxismos jurídicos los cuales integran una poderosa e implacable reflexión de la totalidad caracterizada como expresión de lo concreto para pensar, críticamente, lo normativo dado y lo políticamente instituido a partir de una categoría específica: el *valor*.

Vale preguntar en este rubro ¿Cuáles son las tesis marxistas relativas al derecho y al estado? ¿Cuáles tesis han sido definitivamente superadas con base en una argumentación incontestable? ¿Es plausible pensar el derecho y el estado con categorías marxistas en el siglo xxi? Trataré, en adelante, de responder estas interrogantes. Y para ello es necesario un breve recuento de las teorías liberal-capitalistas contra las cuales reaccionó el propio Marx.

Caracterizaciones liberales y capitalistas del estado

Immanuel Kant, al explicar el uso privado de la razón, describe cierto automatismo en atención a la unanimidad artificial que supone el consenso[3]. Esta impronta, que sacrifica

3 Kant, Immanuel, *Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?*; trad. Baltasar Espinosa et al, México, Taurus, 2012, p. 10.

la libertad ante el pacto político fundante, es claramente identificable: se trata de Thomas Hobbes, el gran forjador de la ciencia de los derechos subjetivos.[4] La caracterización liberal clásica, en tanto narrativa fetichizante, inicia con el *Leviatán*, símbolo de la zoología política que encarna al estado y lo presenta como *μαχος ανθρωπος*, es decir; como una *ficción* integrada por la multitud de hombres.[5] Claro, puede advertirse que esta narrativa se erige sobre dos *aprioris* onto-epistémicos concretos: a) la reducción volitiva e identitaria de lo humano a la condición de *persona*[6] y b) la reproducción de un derecho abstracto que resguarda, por sobre todas las cosas, la propiedad privada; su producción y su circulación en tanto mercancía.

Conviene recordar que la narrativa uni-direccional del discurso hegemónico, es decir, la genealogía política de la modernidad, se consolida con el así llamado *"Proyecto de las Luces"*. Vale decir que las principales categorías de este constructo discursivo son, por supuesto, el estado y la mercancía; ficciones que han sido instauradas en el discurso hegemónico en tanto *formas jurídicas del capital*. Como bien apunta Peter Fitzpatrick:

> "Con el advenimiento de la Ilustración estos elementos y otros más fueron incluidos en un mapa mítico por Hobbes, el «rey de los demonios de la modernidad» […] Aunque este Leviatán no es más que «un dios mortal» […] no está limitado por atributos mortales".[7]

4 Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 207 y 208: "[…] la Ciencia Social de Hobbes se concibe, al menos en la intención, construida a la manera geométrica. Pero, en lugar de ser una Ciencia resultante de la Ley natural, ella es Ciencia de los derechos subjetivos; basada en los derechos subjetivos naturales de los individuos; y cuyo único contenido son los derechos subjetivos civiles. Es el triunfo del derecho subjetivo, convertido en noción dominante de toda Ciencia del Derecho.

5 Sobre el particular, permítaseme remitir a Rosas Vargas, Humberto, "La criminalización de la protesta social o el discurso de la exclusión como estrategia de dominación política II" en *Crítica Jurídica. Nueva Época*. No. 1, México, Posgrado en Derecho UNAM, 2019, pp. 201-256, en particular pp. 230-235.

6 Ya Pašukanis advertía que la categoría persona es la reducción jurídica de la voluntad humana, categoría sumamente cuestionada pues la caracterización de lo humano no deriva de un conjunto de abstracciones sino que es el resultado de relaciones histórico-contingentes. Sobre el particular, véase: Pašukanis, Evgeni B., *La teoría general del derecho y marxismo*; pres. y trad. Virgilio Zapatero, Barcelona, Editorial Labor, 1976, p. 33: "El principio, pues, del sujeto jurídico, y los esquemas basados en él —que para la jurisprudencia burguesa son como esquemas *a priori* de la voluntad humana— derivan con absoluta necesidad de las condiciones de la economía mercantil-monetaria".

7 Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*; trad. Nuria Parés, México, Siglo XXI Editores, 1998, p. 77.

Y no hay la menor confusión en el sistema categorial de esta visión que prefigura la concepción capitalista. No hay la mínima oportunidad de sostener la existencia de un "derecho a-histórico, eterno, bello y justo"[8] cuyo proyecto implique la consecución de la libertad; no si ese derecho legitima y reproduce el modo capitalista de dominación política, el cual se basa en la explotación criminal merced a la cual lo "humano" es reificado e institucionalizado: sometido. Ya en su forma inicial, el discurso filosófico liberal utilizaba el sintagma *finis obedentiae est protectio* como salvaguarda contra el *horror vacui*, un recurso persuasivo que basa su eficacia en otra invención: el estado de naturaleza, el *bellum omnium contra omnes*.

En su versión extrema, la narrativa liberal-capitalista instaura al estado para legitimar el proyecto político de la modernidad y lo dota de un discurso "aurático" —el derecho moderno—, por el cual ejerce el "monopolio" de la violencia física y del *logos* jurídico. Pero en esta tesis de origen, el estado no es obligado por el derecho que él mismo establece porque esa, precisamente, es la condición *sine qua non* para su operatividad.[9] Dicho de otro modo: "si el Estado (sic) produce, produce al servicio de sus objetivos reales, que siguen siendo la calificación de la circulación de la plusvalía y la construcción del capitalista total".[10]

Esta tradición reconoce en Maquiavelo, Bodin y Hobbes la génesis de una teoría del estado cerrada y excluyente cuya petrificación absoluta se da con John Locke y Adam Smith. Más aún: se procede, conscientemente, a la fetichización de ese concepto de estado —el cual desatiende la satisfacción material de las necesidades/capacidades[11]—, cuando se remonta su "origen" a la *Πόλις* griega y la *Civitas* romana.

Tal narrativa ha sido ampliamente estudiada e impugnada, entre otros, por Óscar Correas Vázquez —*"Introducción a la crítica del derecho moderno"*; *"Los derechos humanos: entre la historia y el mito"*; *"Acerca de los derechos humanos"*—, y Franz

8 Un erudito debate sobre este tópico puede encontrarse en Correas Vázquez, Óscar y Rivera Lugo, Carlos (coords.), *El comunismo jurídico*, México, UNAM-CEIICH, 2013.

9 Sobre el particular, permítaseme remitir a Rosas Vargas, Humberto, "La criminalización de la protesta social o el discurso de la exclusión como estrategia de dominación política I" en Correas Vázquez, Óscar, *La criminalización de la protesta social en México*, México, CEIICH-UNAM, 2013, pp.163-201, en particular p. 199.

10 Zavaleta Mercado, René, *El Estado en América Latina*, Bolivia, Editorial Los Amigos del Libro, 1990, p. 170.

11 Esta caracterización es autoría del gran jurista Antonio Salamanca Serrano. Sobre el particular véase: Salamanca Serrano, Antonio, *El derecho a la revolución. Iusnaturalismo para una política crítica*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, 2006 y Salamanca Serrano, Antonio, *Teoría socialista del derecho (Iusmaterialismo). II Tomos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.

J. Hinkelammert —*El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido* La conclusión, por supuesto, es que se trata de una *ideología de conservación al uso*; un discurso legitimador del modo histórico capitalista de ejercer el poder, el cual se basa en la explotación, la exclusión y la violencia. Los principales postulados de esta Teoría del estado son los siguientes:

1. *La afirmación unilateral de un modo exclusivo de modernidad: la capitalista*. Se postula la idea del progreso y la civilización a partir de prácticas y narrativas monodiscursivas y unidireccionales, cimentadas en una racionalidad lineal, excluyente que reproduce el circuito de la muerte disolviendo la multiplicidad de lo existente a través de reducciones identitarias de lo humano y la destrucción progresiva de los recursos planetarios.
2. *La afirmación unilateral del estado como la única autoridad política de la modernidad*. Se postula la existencia de una autoridad política —la de la modernidad jurídico-política—, que tiene, entre otros atributos: a) la exclusividad en la producción del derecho y b) la regulación del mercado como espacio de re-significación social.
3. *La afirmación unilateral de la existencia de un solo derecho*. Merced al cual todos los demás sistemas normativos son expresiones del folklore; usos y costumbres, cosmovisiones las cuales carecen de poder vinculante.
4. *La afirmación unilateral del mercado como espacio de re-significación social.* Esta visión es postulada por los propios excesos de lo que se conoce como "fase superior del capitalismo", caracterizada por la desregulación estatal, ya por insuficiencia teórico-práxica o por una vocación de anomia voluntaria. Este elemento permite sostener que la crisis es la *normalidad* del sistema capitalista y no su excepción.
5. *La reducción identitaria del hombre a su caracterización jurídica: la persona.* La vacuidad ontológica y la dispersión social son los signos distintivos de este artificio del derecho moderno. La subjetividad capitalista, la persona, desprovista de todo contenido ético, es caracterizada como simple "portadora de mercancías".

Así, la traición que de sí mismo hace el "proyecto civilizatorio de la Ilustración" —traición ratificada, a su vez, por el capitalismo—, se explicita en la renuncia a dos paradigmas configuradores de su propia genealogía: la κοινωνία aristotélica y la Allgemeinheit hegeliana, caracterizaciones las cuales remiten a la idea de "comunidad

verdadera". Lo primero supone la trivialización y la negación de la política; lo segundo, el desvanecimiento del estado.

Esta narrativa homologa al hombre con el ciudadano y postula la igualdad a partir de una reducción entitativa que le confiere sentido sólo a través del carácter de propietario; asimismo, formula la libertad sólo como garantía para el intercambio. La narrativa capitalista afirma, reiteradamente, el carácter necesario de estos dos sintagmas mientras que, por todos los medios posibles, atomiza al hombre por medio de la categoría jurídica de la persona y la categoría política del ciudadano con el objeto de negar la lucha de clases. Para lograr tal objetivo recurre a narrativas fantásticas que hoy siguen estudiándose, a-críticamente en no pocos casos, como "teorías fundamentales" de la filosofía política y del derecho.

Caracterizaciones marxistas del estado

> "El aporte inestimable de Marx consiste en el intento de calificar cada sistema social a partir del concepto de *modo de producción*. Recordemos que este concepto designa la manera como se articulan entre sí las instituciones y las prácticas que permiten que una sociedad produzca y se reproduzca, en medio de las contradicciones que esta articulación trata de domeñar. Por lo tanto, el modo de producción define de manera objetiva la naturaleza misma de una sociedad, *más allá de las representaciones que ella puede hacerse de sí misma*. Así pues, el hecho de que la sociedad capitalista produzca una ideología de la libertad y de la igualdad, no contradice en lo absoluto (sino más bien al contrario) la realidad del proceso de explotación que ella instaura para producir y reproducirse".
>
> Michel Miaille en *El estado del derecho*.[12]

El análisis marxista del derecho y del estado ha expuesto detalladamente las dos improntas con las cuales la teoría liberal-capitalista presenta el tema del estado, a saber: a) la existencia inveterada —esto es "desde el inicio de los tiempos"— del estado y b) la "creación" del término y de la realidad política concreta a partir del siglo XVI con una obra fundamental de la Teoría Política, *El príncipe* de Maquiavelo.

12 Miaille, Michel, *El estado del derecho*; trad. Jean Hennequin; pres. Óscar Correas, México, Ediciones Coyoacán, 2008 (1985), pp. 35 y 36. Las cursivas son mías.

En el primer registro hay una reminiscencia esencialista según la cual la explotación y la desigualdad son consustanciales a la "naturaleza humana". En el segundo registro, la "aparición" del estado, como concepto novedoso, se remonta al Renacimiento italiano. Es necesario exponer en el presente acápite el tratamiento de estos tópicos en la tradición marxista el cual, puede advertirlo el lector, es diametralmente opuesto al cínico abandono, al *"sálvese quien pueda"*, de la teoría liberal-capitalista.

La caracterización marxista en clave materialista

Postular la ficcionalidad del estado implica su homologación con el derecho, esto es: entender que el estado es la personificación del orden jurídico. Tal caracterización no representa una ingenuidad ni un purismo abstraccionista; por el contrario, devela las diversas justificaciones de esa personificación, los usos políticos del lenguaje, los cuales son expresión concreta de una praxis replicante de la vida o productora de la muerte. Así, el estado es *discursividad prescriptiva vinculante por la coacción* —que eso es el derecho—, pero con frecuencia es presentado como una "realidad unitaria" con existencia material. Esta segunda caracterización, la cual obedece a su registro como expresión práxica de la comunidad política, reconoce que dicha materialidad corresponde a la acción humana, a meditaciones y pasiones de hombres y mujeres situados históricamente. Y éste es, justamente, uno de los principales tópicos del diálogo entre las diversas expresiones jurídicas: el *naturalismo*, al postular la idea de una "naturaleza humana" que "fundamenta" el derecho; cierto *positivismo* extremo el cual postula la legalidad del estado —valga el eufemismo lógico—, frente a la legitimidad y la eticidad; y el *marxismo* al caracterizar al estado como estructura de hegemonía política.

Las tesis liberal-capitalistas, instaladas en los discursos naturalistas y positivistas, postulan la desigualdad material y la justifican *en nombre* del "estado de naturaleza", la "naturaleza humana", o, bien, *en nombre* de la ciencia. Y así, la "dignidad", la "libertad" y el "progreso" han sido invocados para justificar diversos actos de colonización y exterminio. El transitar de la teoría marxista presentó, inicialmente, una lectura negativa del derecho y del estado al identificarlos como los instrumentos de dominación política de la burguesía en tanto clase emergente, victoriosa, de la Revolución Iluminista. Pero puede acontecer que la autoridad política hegemónica reproduzca la vida, al satisface las necesidades materiales de la comunidad, en cuyo caso sería, aquí sí, una ingenuidad identificar al

derecho y al estado como instrumentos de dominación en registro negativo. Antonio Salamanca es categórico en este sentido:

> "En consecuencia, dos modos de Estado cabe diferenciar en función de la hegemonía del tipo de praxis de las instituciones de un pueblo: contrarrevolucionario o revolucionario. En el primer caso, las relaciones entre las instituciones contrarrevolucionarias y el pueblo son de confrontación violenta: alienación, explotación y represión. El Estado contrarrevolucionario es el propio de un sistema imperial. Es el Estado Saturno o Leviatán contra el que una y otra vez se levantan los pueblos oprimidos, y que marxistas y anarquistas han denunciado e intentado destruir. En el segundo caso, las relaciones entre las instituciones revolucionarias y el pueblo son de cooperación. Es el Estado socialista (comunista) revolucionario (popular) que se ha de construir en el Siglo XXI y el tercer milenio".[13]

Al estudiar el estado, el jurista debe advertir que se trata de usos normativos del lenguaje, modos de hablar que expresan la hegemonía política, los cuales invocan a la filosofía como ornamento de la barbarie o como ejercicio crítico emancipatorio.

La caracterización marxista en clave de filosofía del lenguaje

Trátese de una caracterización que vincula el marxismo con las aportaciones críticas de Hans Kelsen para quien, como se ha expuesto, el estado y el derecho son lo mismo. Dicho de otro modo: Kelsen, al caracterizar al estado como la personificación del orden jurídico, abría el camino para hablar sobre el poder en términos *discursivos*. Así, el estado y su norma fundante se presentan como *ficciones* configuradoras las cuales legitiman el ejercicio fetichizado de ese poder. Trátese del estudio de las formaciones discursivas o, mejor; es el discurso hegemónico y su reclamo isonómico de obediencia lo que se trae a la picota.

Este "llamar a cuentas" al estado y al derecho modernos es una de las constantes en la obra de Óscar Correas Vázquez. El tratamiento del tópico se da en su *Opus Magnae*, *"Introducción a la crítica del derecho moderno. Esbozo"* —1982—; *"Kelsen y los marxistas"* —1988—; y *"El otro Kelsen"* —1989. Continúa, con mayor profusión, en dos artículos incluidos en los números 17 y 18 de la revista *Crítica Jurídica*:

13 Salamana Serrano, Antonio, *Op. Cit.,* p. 183.

"Fetichismo, alienación y teoría del Estado"[14] —2000—, y el célebre *"…Y la norma fundante se hizo ficción"*[15] —2001.

El estado en la picota

Con frecuencia, se exige a Marx —como a ningún otro pensador—, una caracterización detallada para cada expresión normativa: el estado, la propiedad y el derecho mismo.16 Y aunque de las dos primeras da cuenta en *La sagrada familia*[17] —1844—, *La ideología alemana* —1845—, *Crítica del programa de Gotha* —1875— y *El Capital* —1867—, no son pocos quienes niegan el estatuto de "teoría" a sus reflexiones relativas al derecho. Causa mayor suspicacia que estos ortodoxos dogmáticos sean, también, quienes se niegan a hablar de la pluralidad de

14 Correas Vázquez, Óscar, "Fetichismo, alienación y teoría del Estado" en Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. No. 17, México, CEIICH-UNAM-Complexo de Ensino Superior do Brasil- Faculdades do Brasil-Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos-Universidad de Sonora, 2000, pp. 71-82.

15 Correas Vázquez, Óscar, "…Y la norma fundante se hizo ficción" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* No. 18, México, CEIICH-UNAM-Complexo de Ensino Superior do Brasil- Faculdades do Brasil-Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos-Universidad de Sonora, 2001, pp. 71-82.

16 Zavaleta, Mercado, René, *Op Cit.*, pp. 166 y 167: "Preguntarse si había o no una teoría marxista del Estado (sic), parecía hace unos años una pregunta puntual. De entrada, ello mismo podía dar lugar a varios reparos. En primer término, desde luego que era una falla del marxismo no tener una teoría al respecto, dentro de la línea de que el Marx maduro se había interrumpido cuando ingresaba a la exposición de su pensamiento sobre el Estado (sic) y las clases, etc. En realidad, Marx habló toda su vida acerca de estos temas. Con todo, puesto que el capitalismo en su fase actual tiende a hacerse menos societario y más estatal, sin duda habría sido difícil que Marx previera la forma en que ocurrieron las cosas. Por lo demás, el mundo sería sencillo si tuviéramos una respuesta —Marx o cualquiera— para todos los problemas, o aún para una línea determinada de ellos". En el mismo sentido, Correas Vázquez, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 2004 (1988), p. 9: "Esta actitud marxista tiene su origen en esa insólita pretensión de que, cual Moisés, Marx tenía que haber dejado dicho todo acerca de todo, y por lo tanto también tuvo que haber dejado una teoría general del derecho".

17 *Die heilige Familie —La sagrada familia* (1844)— y *Die Deutsche Ideologie —La ideología alemana* (1845-1846)— son buenos ejemplos de cartas circulares críticas, esto es; Marx en acto correctivo; en flagrante crítica de la juventud hegeliana y el materialismo ingenuo, ajustando cuentas con Bruno Bauer —*Die Judenfrage; La cuestión judía* (1843)—, Max Stirner —*Der Einzige und sein Eigentum*; *El único y su propiedad* (1844)—, y Ludwig Feuerbach —*Das wesen des Christentums*; *La esencia del cristianismo* (1841).

los "marxismos jurídicos"[18] al mismo tiempo que le escatiman pertinencia al término ius-marxismo, de clara teleología propedéutica.[19]

Este largo transitar del pensamiento jurídico es relevante. Recuérdese que entre la escuela jurídica soviética y la *Critique du Droit* francesa transcurrieron más de cinco décadas. El lapso no es arbitrario. *Obschaia teoria prava y marxisma* se publicó en 1924; *Une introduction critique au droit*, en 1976.[20] Aunque con diferencias profundas: en ambos libros permanece intacto el gran tema de la ideología jurídica que es, precisamente, uno de los principales tópicos de la Crítica Jurídica Latinoamericana, el cual sería ampliamente desarrollado por Óscar Correas Vázquez —*La ideología jurídica; Crítica de la ideología jurídica; Acerca de los derechos humanos.* En efecto, sostiene Pašukanis:

18 Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.,* p. 33: "Como en el caso de cualquier otro gran pensador, en el caso de Marx no puede decirse que haya *marxismo*, sino que, en todo caso, hay que decir que hay *marxistas*; esto es, distintas lecturas y tradiciones. Por ejemplo, no cabe duda de que la lectura gramsciana no es igual que la staliniana, ni los intereses de los marxistas latinoamericanos coinciden con los de los europeos; que la tradición rusa no es lo mismo que la inglesa; o que aquella que inauguró el castrismo no es igual a la que sigue Sendero Luminoso".

19 Debe advertirse que el término, acuñado en los años setenta del siglo pasado por Manuel Ovilla Mandujano, hace referencia a la recuperación jurídica de la tradición marxista, esto es; la posibilidad epistémica de pensar el derecho con categorías marxistas, sobre todo, con la principal de ellas: el valor. Sobre el particular véase Ovilla Mandujano, Manuel, *Teoría del derecho*, México, Editorial Duero, 1992. En esta obra el jurista mexicano expone las cuatro grandes "escuelas" del pensamiento jurídico, trátese del ius-naturalismo, del ius-positivismo, del ius-realismo y del ius- marxismo. Vale decir que se trata, ni más ni menos, que de un co-fundador de la revista Crítica Jurídica. Aquí la caracterización ofrecida por Óscar Correas: "Manuel Ovilla Mandujano era, como alguna vez me lo dijera Javier Esquivel, un raro espécimen de marxista kelseniano —o kelsenista marxista. También me pareció extraño entonces. No sabía que yo también encontraría con el tiempo, esa senda que, cuando menos para mí, fue abierta por él. En efecto, Manuel era, como él decía, «de formación kelseniana». Y eso, como ahora veo natural, no era impedimento para aceptar buena parte de las propuestas de Marx, especialmente las que nos muestran al derecho como una ideología explicable a partir del estudio de la sociedad.

El marxismo de Manuel, era, como la (sic) de todos los que se asomaron a la vida política en los sesenta, de corte althusseriano […] Y Manuel inventó una manera para designar esa manera de ver el derecho: el *jusmarxismo*; que le permitía consonancia con el jusnaturalismo y el juspositivismo". Sobre el particular, véase: Correas Vázquez, Óscar, "Manuel Ovilla Mandujano: In Memoriam" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* No. 17, México, CEIICH-UNAM-Complexo de Ensino Superior do Brasil-Faculdades do Brasil-Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos-Universidad de Sonora, 2000, pp. 16.

20 Vale decir que en este período se da una fecunda producción teórica caracterizada por grandes obras del pensamiento jurídico entre las cuales destacan: *La función revolucionaria del Estado y del Derecho* —1921—, de Stučka; *Sobre el Estado* —1923—, de Adoratskij; *El derecho internacional en el período de transición* de Korovine; *Coloquios sobre el derecho y el Estado* de Krylenko; *El derecho. Nuestro derecho. El derecho extranjero. El derecho en general* —1925—, de Rejsner; y *Problemas de teoría marxista del Derecho* de P.I. Razumovskij.

> "[…] la ideología jurídica se convierte en ideología por antonomasia y la defensa de los intereses de clase de los explotadores se hace más eficaz precisamente como defensa de los principios abstractos de la persona jurídica". [21]

Y es esta ideología la que permanece en el continuo discursivo de los sistemas de pensamiento, ejerciendo el influjo nocivo de su impostura. Debe recordarse que la impronta hegeliana se lee en toda la obra marxiana, claro, con una condición fundamental: someter tan poderoso sistema a la "*Umstülpung*"[22] o "vuelta al revés" mencionada en el *Postfacio a la segunda edición alemana de El Capital*.[23] Y ello es correlativo al desarrollo epistémico de su propia teoría. Contextualicemos: Hegel caracteriza al estado como el espíritu objetivo[24]; la encarnación de dios en la tierra. En efecto, el

21 Pašukanis, Evgeni B., *Op. Cit.*, pp. 35 y 36.

22 Sobre esta discutida caracterización véase Vargas Lozano, Gabriel, "La relación Marx-Hegel, Althusser y el concepto de *inversión*" en *Dialéctica*. Año II. No. 3. Julio 1977, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1977, pp. 69-92.

23 Marx, Karl, *El Capital*. Tomo I, Vol. I; trad. Pedro Scarón, México, Siglo XXI Editores, 2005 p. 20: ""Hace casi treinta años sometí a crítica el aspecto mistificador de la dialéctica hegeliana, en tiempos en que todavía estaba de moda. Pero precisamente cuando trabajaba en la preparación del primer tomo de *El Capital*, los irascibles, presuntuosos y mediocres epígonos que llevan hoy la voz cantante en la Alemania culta dieron en tratar a Hegel como el bueno de Moses Mendelssohn trataba a Spinoza en tiempos de Lessing: como a un "perro muerto". Me declaré abiertamente, pues, discípulo de aquel gran pensador y llegué inclusive a coquetear aquí y allá, en el capítulo acerca de la teoría del valor, con el modo de expresión que le es peculiar. La mistificación que sufre la dialéctica en manos de Hegel, en modo alguno obsta para que haya sido él quien, por vez primera, expusiera de manera amplia y consciente las formas generales del movimiento de aquélla. En él *la dialéctica está puesta al revés*. Es necesario *darla vuelta*, para descubrir así el núcleo racional que se oculta bajo la envoltura mística". Las segundas y terceras cursivas son mías". Asimismo, véase la "Carta de Marx a Engels del 14 de enero de 1858" en *Revista Pasado y Presente*. No. 1, Córdoba, 1974, p. 95. Véase, también: Aguilar, Sofía y D'Auria, Aníbal, "Una rápida visita a la crítica jurídica de Óscar Correas" en *Crítica Jurídica. Nueva Época*. No. 2, México, Unidad de Posgrado en Derecho-UNAM, 2020, pp. 103-108, en particular pp. 196 y 197: "La respuesta kantiana al empirismo radical de Hume fue el tránsito del escepticismo al criticismo idealista; tránsito históricamente necesario para que ulteriormente se produjera el tránsito de este idealismo crítico al materialismo crítico de Marx. Claro que para ello fue filosóficamente necesario que el idealismo crítico kantiano se transformara en idealismo absoluto hegeliano y, luego, éste fuera *radicalmente invertido* en materialismo filosófico a partir de Feuerbach." Las cursivas son mías.

24 Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*; trad. Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 2008 (1966), p, 293: "El poder del Estado es, lo mismo que la *sustancia* simple, la *obra* universal —la cosa absoluta misma en que se enuncia a los individuos su esencia y que en su singularidad sólo es, simplemente, conciencia de su *universalidad*; —y es, asimismo, la obra y el *resultado* simple del que desaparece el hecho de provenir de su *acción*; permanece como la base absoluta y la subsistencia de todos sus actos". Asimismo, Kelsen, Hans, "Dios y estado" en Correas Vázquez, Óscar (Comp.), *El otro Kelsen*, México, CEIICH, UNAM, 2003 (1989), pp. 265-290, en particular p. 274: "En tales condiciones, no puede causarnos asombro que la teoría del Estado, es decir, la teoría de esta construcción más acabada de todas las construcciones sociales, de las más desarrollada de todas las ideologías, presente muy notables coincidencias con la doctrina de Dios: la teología. Esto no es cierto solamente en el caso de aquella teoría del Estado que, siguiendo el modelo de Hegel, apunta

estado era designado como "la unión del interés común y el individual, y, por ende, como la *realización de la razón*".[25] Vale decir que la sociedad capitalista se rige hoy, como hace 150 años, por el principio del intercambio de equivalentes.[26] El gran engaño es pensar dicho intercambio como el ejercicio de la propia voluntad individual de cada hombre[27] cuando lo cierto es que tal suceso lo caracteriza como simple "portador de mercancías"; como "infante carente de voluntad y opinión propias"[28]; como un "*individuo social no reconocido*, un *individuo empírico desestimado*".[29] Y del mismo modo en que *el trabajador es despojado de la riqueza producida por su fuerza de trabajo en nombre del mercado* —manteniendo oculta la plusvalía; *el ciudadano es*

conscientemente, aun en el sentido ético, a absolutizar, y por ende, a deificar el Estado, al que atribuye todas las características esenciales que la teología reconoce a Dios".

25 Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*; trad. Julieta Fumbona de Sucre et al, Barcelona, Ediciones Altaya, 1994, p. 24.

26 Engels, Friedrich y Marx, Karl, *Crítica al programa de Gotha*, Moscú, Editorial Progreso, 1977, p. 11: "Aquí reina, evidentemente, el mismo principio que regula el intercambio de mercancías, por cuanto éste es intercambio de equivalentes. Han variado la forma y el contenido, porque bajo las nuevas condiciones nadie puede dar sino su trabajo, y porque, por otra parte, ahora nada puede pasar a ser propiedad del individuo, fuera de los medios individuales de consumo. Pero, en lo que se refiere a la distribución de estos entre los distintos productores, rige el mismo principio que en el intercambio de mercancías equivalentes: se cambia una cantidad de trabajo, bajo una forma, por otra cantidad igual de trabajo, bajo otra forma distinta". Asimismo, Correas Vázquez, Óscar, "Los derechos humanos y el estado moderno (¿Qué hace moderno al derecho moderno?)" en Correas Vázquez, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán, 2015 (2003), pp. 21-39, particularmente pp. 30 y 31: "[…] las relaciones sociales están constituidas por ciertas conductas. Las distintas relaciones sociales que podemos imaginar, o que podemos estudiar, son descritas por la descripción de ciertas conductas. Por ejemplo, las relaciones sociales mercantiles, se describen como *conductas de intercambio equivalente de valores de cambio*; las relaciones capitalistas de producción, se describen como *intercambio equivalente entre el capital y la fuerza de trabajo*. Y se da por entendido que, si tales relaciones sociales han de subsistir, si han de reproducirse, entonces es necesario que las conductas cuya descripción integra la descripción de esas relaciones, se repitan cotidiana y sostenidamente". Las cursivas son mías.

27 Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, p. 203: "[…] el derecho subjetivo no es más que la cara inocente de la norma; es una técnica propia del derecho de la época del capitalismo, que oculta bajo la idea del sujeto que «hace», el hecho de que los hombres, de esta manera, no «hacen» sino que cumplen roles predeterminados. Cuando el hombre, devenido «persona» o «sujeto» por virtud de las normas, realiza «libremente» un contrato, lo que sucede es que se ha inscrito en un juego de roles que, por virtud de las normas estaba ya determinado. Y, desde un punto de vista marxista, lo que sucede es que ese hombre se instala con ello en el circuito mercantil del que no puede evadirse: desde el punto de vista económico, las relaciones sociales están predeterminadas por las pautas del modo de producción, que el derecho consagra en forma normativa. Desde el punto de vista jurídico, la *persona* ejerce el «derecho» de cumplir lo establecido por las normas que dicen cómo debe ser el intercambio.

El derecho subjetivo queda así desmitificado. El mito roto es aquí el del hombre que es «sujeto» que «hace». Lo mítico es aquí la idea del hombre que «libremente» contrata".

28 Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, p. 271.

29 Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*; Ed. Raúl Ciarreta, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1965, p. 205.

despojado salvajemente de su libertad en nombre del estado. Se ve, claramente, que éste es uno de los rubros concretos que permiten pensar la plausibilidad de la inversión marxista al esquema hegeliano, pues el estado no es la realización de la libertad sino "el signo de la enajenación política". En efecto:

> "No se trataba ya de formular algunas críticas sobre tal o cual aspecto del pensamiento de Hegel; se trataba de criticar su fundamento mismo. En lo esencial, Hegel se había esforzado, como hemos visto, por reconciliar lo particular con lo universal, lo privado con lo público en la esfera del Estado (sic): este último aparece como el lugar de la libertad suprema, porque la libertad no puede realizarse en la esfera de los intereses egoístas privados. Es este núcleo de la teoría hegeliana el que Marx iba a hacer añicos. En sus obras de 1843 a 1848, emprendió la larga tarea que lo condujo poco a poco a *El Capital*, es decir, al análisis de *eso sin lo cual lo político carece de todo sentido*. Esta crítica desembocó en la inversión total de las perspectivas: *el Estado* (sic) *es el signo de la enajenación política, y no de la libertad*. En efecto, las contradicciones que entraña y revela la sociedad civil (oposición de intereses), lejos de ser abolidas o superadas por el Estado (sic), son simplemente ocultadas: el ciudadano, que está situado en un nivel supuestamente superior, se opone al hombre".[30]

Esencia y apariencia en El Capital de Oscar del Barco es concluyente en este registro:

> "Los conceptos de esencia y apariencia, así como otros similares, son utilizados por Marx principalmente en dos niveles de abstracción: a un nivel de máxima generalidad (por ejemplo el capítulo de la primera sección de *El capital* titulado «El carácter fetichista de la mercancía y su secreto»), que caracteriza el funcionamiento total de la sociedad capitalista; y a un nivel de parte (en el proceso de inversión que caracteriza el fetichismo se da en todos los niveles de la economía: *todo* aparece fetichizado, como «jeroglífico», como «forma fantasmagórica»). No se trata, por consiguiente, de un enunciado general sino del conjunto de determinaciones que fundan la generalidad (fetichismo: proceso general de inversión). El mundo de la economía es un mundo invertido. En

30 Miaille, Michel, *Op Cit*., p. 159.

> este sentido la obra de Marx es el proceso teórico que explica este proceso real de inversión".[31]

Después de esta necesaria recuperación de la tradición marxista no ortodoxa es pertinente sostener que ella ha ofrecido diversas caracterizaciones del estado, entre otras, las siguientes: a) como la organización para mantener las condiciones externas del modo de producción capitalista[32] —Horkheimer—; b) como aparato represivo[33] —Althusser—; c) como un efecto del uso del lenguaje[34] —Correas—; y d) como praxis institucional de los pueblos[35] —Salamanca.

En este rubro es relevante señalar que el carácter no dogmático de los marxismos jurídicos ha sido cultivado por algunos de sus exponentes más destacados: Cerroni, la *Critique du Droit* y Óscar Correas Vázquez. Esta amplitud teórica de apertura dialógica ha permitido formular una crítica pulverizadora al reduccionismo teórico del vínculo estructura-superestructura sustentado por el Diamat. Superado el "determinismo econocimista"[36] de este registro teórico, la reacción capitalista mostró que sus ataques al marxismo no eran "científicos" sino "ideológicos".

31 Del Barco, Oscar, *Esencia y apariencia en El Capital*; est. intr. Mariano Repossi, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Marat, 2017, p. 89

32 Horkeheimer, Max, *El estado totalitario*; trad. Bolívar Echeverría, México, Ítaca, p. 30: "[…] y el estado moderno vuelve una vez más a convertirse solamente en la organización que la sociedad burguesa se da a sí misma para mantener las condiciones externas del modo de producción capitalista contra los abusos provenientes lo mismo de los trabajadores que de los capitalistas individuales".

33 Sobre el particular, véase: Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del estado*

34 Correas Vázquez, Óscar, *Teoría del derecho y antropología jurídica. un diálogo inconcluso*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, p. 39: "El Estado no es otra cosa que el conjunto de las acciones de ciertos individuos, que el discurso dice que no son acciones de ellos sino de la comunidad o «Estado». Puede decirse, en el mismo venero, que el Estado es un efecto del uso del lenguaje".

35 Salamanca Serrano, Antonio, *Teoría socialista del derecho (Iusmaterialismo). Tomo I*, Quito, Editorial jurídica del Ecuador, 2011, pp. 182 y 184: "[…] el Estado (sic) es el conjunto de personas, estructuras espacio-temporales, y las relaciones materiales creadas entre ellas, que articulan la satisfacción o la insatisfacción del sistema de necesidades/capacidades de los pueblos"

36 Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit*., p. 195: "Resultaría inapropiado repetir aquel célebre texto marxiano donde lo jurídico-político aparece como «superestructura» que «se levanta» sobre la base socioeconómica. Este célebre pasaje ha sido interpretado de muchas maneras, siempre en la búsqueda de superar el callejón sin salida que representa. En efecto, no se trata de algo más que una metáfora en la que el «estado» ocupa un «lugar» respecto de lo otro". Y más adelante, en la p. 202: "En el momento en que el derecho aparece como *discurso*, camino abierto por Kelsen, a mi juicio desaparecen los problemas de la relación entre base y superestructura que hacían difícil explicar cómo algo que está determinado por la primera puede, al mismo tiempo, ser «mentiroso»; o los problemas relacionados con la diferencia entre relaciones de producción y relaciones de propiedad «que no es más que su forma jurídica» como dijo Marx. Se trata simplemente de la relación entre el discurso y su referente. Y lo que el discurso diga de su referente puede ser todo lo apropiado o inapropiado que el análisis del discurso permita establecer".

Nuevamente, el movimiento *Critique du droit* es una referencia obligada para la reflexión jurídica marxista contemporánea. Una de sus obras fundamentales *L'Etad du droit —El estado del derecho—*, resulta de gran trascendencia a casi cuatro décadas de su primera publicación. En ella Michel Miaille ofrece un estudio detallado de las formas jurídico-políticas retomando como categoría principal el *modo de producción*. Vale decir que esta fue la propuesta con la cual la *Critique du droit* se hacía presente en la Teoría General del Estado. Así, el jurista francés ofrecía el estudio concreto de las formas políticas en: a) las sociedades no capitalistas; b) las sociedades capitalistas y c) las sociedades en transición al socialismo.

Sobre la existencia inexorable del estado

Esta es una tesis sostenida por las teorías clásicas liberales identificadas, hoy, como el antecedente de la narrativa capitalista y su impostura, la cual ha sido develada como una vulgar ideología que reproduce el "circuito de la muerte" y su racionalidad lineal de violencia y exclusión[37]. Se sostiene en un sintagma interiorizado en los primeros semestres de las Facultades y Escuelas de Derecho: *Ubi societas, ibi ius —Donde hay sociedad, hay derecho*. La falsedad de este enunciado ha sido demostrada por Juan Ramón Capella en su obra *Fruta prohibida*:

> "La incapacidad de la época aristotélica para diferenciar la sociabilidad del modo específicamente político de vivir en común ha facilitado la pervivencia de una ambigüedad. Que se convirtió en falsedad cuando los romanos trataron de dar forma jurídica a la reflexión social griega. *Ubi societas, ibi ius*, donde hay sociedad hay derecho, ha sido el aforismo inequívoco que ha transmitido el dogma de generación en generación hasta los textos de estudio contemporáneos. Los juristas suelen identificar así […] la sociedad humana con la sociedad organizada políticamente. Y trasladan a esta última un atributo que sólo puede predicarse de la primera: la naturalidad de la sociabilidad («es ley constante de la naturaleza o la forma necesaria de nuestra existencia»). No conciben otro modo de estar constituida la sociedad que el político y el jurídico. Son incapaces

37 Sobre esta caracterización véase: Hinkelammert, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Editorial Caminos, 2006, p. 50 y ss.

de imaginar, e incluso de reconocer, una sociedad de seres humanos en la que no existan ni el derecho ni el estado".[38]

Trátese de una narrativa jurídico-política la cual presenta las invenciones como mitos fundantes toda vez que "piensa" las categorías epistémicas totalmente despojadas de su historicidad concreta. De este modo, la así llamada historia se presenta como una verdadera fantasmagoría en la cual los hombres son traicionados por sus propias creaturas.[39] Trátese de una "teoría" que aparece como "el *bricolaje* de las nociones, de las representaciones —en una palabra, de las ideologías— que nuestra sociedad ha producido desde hace dos siglos sobre el fenómeno Estado (sic)".[40]

Esta tentativa mono-discursiva y uni-direccional no es, sin embargo, un sintagma irrecusable: el pensamiento jurídico crítico francés formuló potentes cuestionamientos a esta impostura teórica en obras como *"Le droit capitaliste du travail" —El derecho capitalista del trabajo—*, de Antoine Jeammaud (1980); *"Marx et la société juridique"—Marx y la sociedad jurídica—*, de Jean Michel (1983) y la precitada *"L'Etat du droit" —El estado del derecho—*, de Michel Miaille (1985).[41] Más aún: la Crítica Jurídica Latinoamericana ha persistido en el estudio del derecho moderno a partir de categorías marxistas. Y ello mientras el extravío teórico motivado por la caída del muro de Berlín, presagiando el fin de la historia, abría la puerta a las tesis posmodernas y al nihilismo. El prólogo a la tercera edición de *Introducción a la crítica del derecho moderno. Esbozo* es implacable, por cuanto cierra el camino a tesis peregrinas las cuales sugieren un inexistente alejamiento del marxismo:

38 Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Editorial Trotta, 2008 (1997), p. 49.

39 Cfr. Engels, Friedrich y Marx, Karl, *La ideología alemana;* trad. Wenceslao Roces, Madrid, Editorial Akal, 2014.

40 Miaille, Michel, *Op. Cit*., p. 156.

41 Vale decir que *Une introduction critique au droit —Una introducción crítica al derecho—*, de Michel Miaille, publicado en 1976, prefigura la colección *Critique du droit*, la cual iniciaría con el libro *Pour une critique du droit —Para una crítica del derecho—*, de 1978, en el cual participarían: Ph. Dujardin, J.J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, Michel Miaille y J. Michel. Sobre el particular, véase: Jeammaud, Antoine, "La «crítica del derecho» en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* No. 4, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, pp. 73-91. Asimismo, véase: Jeammaud, Antoine, "Veinte años después: la Crítica Jurídica en Francia" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* No. 25, México, CEIICH-UNAM-Complexo de Encino superior do Brasil-Facultades Integradas do Brasil-UNIBRASIL-Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos-Departamento dePublicaciones Facultadde Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 2006, g 111-120.

> "[…] no faltará el que diga que el marxismo ha fenecido y que ya no contiene elementos para entender la nueva sociedad. Y que por lo tanto menor sentido tiene aún la insistencia en una crítica marxista del derecho moderno. Sin embargo *la historia no se ha terminado*. Y apenas unos años después del derrumbe del pseudosocialismo soviético, y antes de que el neoliberalismo pudiera comenzar a cantar sus triunfos, en América Latina reaparece dramáticamente el problema del socialismo. En efecto, las políticas capitalistas han fracasado. El capitalismo, en América Latina, no ha conseguido dar de comer ni a la mitad de la población. La democracia ha sido pisoteada allí donde parecía que comenzaba. Los gobiernos miran de nuevo al amo del norte, para no recoger sino la indiferencia o la amenaza, alternativamente, según el problema de que se trate y el humor del monstruo […] Se ha anunciado el fracaso del socialismo, como si pudiese mostrarse el éxito del capitalismo. Se ha pregonado la defunción del marxismo pero sin disponerse de respuestas teóricas a la crítica del capitalismo. En el mundo de la ideología jurídica sucede lo mismo. Ante cualquier intento de crítica marxista, la respuesta es el silencio: porque tampoco la teoría jurídica tradicional ha respondido teóricamente a la crítica. Ha debido contentarse con ignorar su existencia. Y es esto último la mejor prueba de su impotencia, y lo que justifica la insistencia en la crítica".[42]

La aseveración del padre de la Crítica Jurídica Latinoamericana es tan clara como vigente: en el campo de la teoría jurídica contemporánea no se han superado —en el sentido hegeliano de la palabra—, las categorías marxistas. Por el contrario, las relaciones sociales de explotación y exclusión se han acentuado al punto de que América Latina vive un momento de peligro al enfrentarse, nuevamente, a la tempestad del resurgimiento de los fascismos. Esto pone a prueba no sólo la pertinencia de la impronta marxista de la crítica jurídica sino el ethos práxico de mujeres y hombres honestos que se enfrentan a la radical historicidad de los tiempos.

Vale subrayar que la narrativa liberal-capitalista insiste en presentar al estado como algo natural, cuya "existencia" se remonta al *origen* de los tiempos, ajeno a toda configuración histórica. Sin embargo, todos esos panegiristas olvidan las palabras de Marx en la *Crítica del Programa de Gotha*: "*Was ist "Arbeitsertrag"? Das Produkt der Arbeit oder sein Wert?*" —¿Qué es el "fruto del trabajo"? ¿El producto del trabajo

42 Correas Vázquez, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (Esbozo)*, México, Editorial Fontamara, 2013 (1982; 1993), pp. 13 y 14.

o su valor?[43] En el mismo sentido, podría preguntarse ¿Qué es el estado? ¿La forma política por excelencia del derecho moderno o, simple y llanamente, el dominio nudo de hombres sobre otros hombres? Claro, el poder sin un discurso legitimador deviene en acto de barbarie inadmisible para la pretensión cientificista que exige la civilización y el progreso. E igualmente inadmisible resulta la ideología que busca disfrazarse de ciencia y postular un estado a-histórico y contrafáctico. Vale decir que esta "naturalidad" del derecho y del estado fue impugnada, hace más de 50 años por Umberto Cerroni en *Marx e il diritto moderno —Marx y el derecho moderno*. En efecto, sostiene el jurista marxista italiano:

> "[…] si el individuo natural u hombre de naturaleza, debe en realidad pensarse como presocial, no se puede cargar a su vez de valores (igualdad, libertad, propiedad) que, como tales, son necesariamente una consecuencia de la relación social […] la idea de un hombre presocial u hombre en general, es un concepto que se constituye haciendo abstracción de las relaciones sociales, empíricas, históricas y, sin embargo, resulta luego un concepto que hipostasia como naturaleza a *un tipo* de relación social. Al trascender la sociedad histórica para identificar la estructura de la naturaleza humana, se reintroduce *un tipo* de relación social, generalizándola como estructura de *hombre en general*."[44]

Sobre esta caracterización de hipóstasis existe un registro crítico proveniente del padre de la *Teoría pura del derecho*, recuperado por Óscar Correas Vázquez. Una lectura oculta, olvidada, sepultada por ciertos exégetas complacientes y tergiversadores quienes serían por fin evidenciados en su lectura sesgada de Kelsen. Me refiero a *Dios y estado*, poderoso artículo incluido en *El otro Kelsen*, en el cual se sostiene:

> "En una confusión, típica del pensamiento primitivo, en medio de conocimiento y objeto de conocimiento, la personificación viene hipostasiada, es decir, que se toma por objeto real lo que era simple instrumento para apoderarse del objeto; pero de esta manera el objeto del conocimiento resulta duplicado, engendrándose así el seudo problema de dos entidades allí donde, en el fondo, sólo debería expresarse la unidad de uno y el mismo objeto".[45]

43 Engels, Friedrich y Marx, Karl, *Crítica del Programa de Gotha,* Moscú, Editorial Progreso, 1977, p. 9.

44 Cerroni, Umberto, *Op. Cit.,* p. 203.

45 Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, p. 275.

Así, el estado es presentado como una *hipóstasis*. La Teoría General del Estado clásica busca dar realidad a lo que no lo tiene, a lo que es una simple abstracción. Es este uno de los rubros concretos de la teoría jurídica marxista: al hablar del estado trátase de una ficción que gobierna a los hombres. En efecto:

> "Tiene razón Colletti cuando afirma que «la mercancía y aún más el Estado (sic) son procesos de *hipostación real.* Nuestra tesis es que, siendo así construida esa realidad, sea imposible entenderla plenamente sin entender la estructura de los procesos de hipostatización de la *Lógica* de Hegel»".[46]

Sobre la desaparición del estado —y del derecho

> "[…] la libertad que hará libre a la sociedad de hombres libres, no se asienta en el derecho al sufragio y los derechos civiles. El asunto está en otra parte, esto es, en la supresión de la mercancía. Ni la libertad kantiana ni la ideología del Estado de derecho […] pueden hacer que el comunismo —el movimiento— saque el dedo del renglón: *el asunto es la desaparición de la mercancía y del Estado".*
>
> Óscar Correas en *"Comunismo y libertad".*[47]

El sistema categorial marxista evidenció, muy pronto, las limitantes teóricas y el absoluto extravío de las tesis conservadoras las cuales abordaban los problemas

46 Del Barco, Oscar, *Op. Cit*., p. 86.

47 Correas Vázquez, Óscar, "Comunismo y libertad" en Correas Vázquez, Óscar y Rivera Lugo, Carlos (coords.), *El comunismo jurídico*, México, CEIICH-UNAM, 2013, pp. 139-148, particularmente p. 146. Las cursivas son mías.

sociales desde la apariencia.[48] Piénsese aquí en la teoría de la *Mano invisible*[49] de Adam Smith o en la *Ley de bronce del salario*[50] de Lasalle las cuales se enseñan, sin demasiada reflexión crítica, en las cátedras de Teoría del Estado y Teoría Económica en las escuelas de derecho de nuestro país. Ellas son narrativas que buscan distorsionar la reflexión: imposturas, "ideología pura" que se llama a sí misma "ciencia" económica. Ellas pregonan sintagmas los cuales se interiorizan en los nóveles estudiantes: "no hay otro sistema económico más que el capitalismo; no hay otro derecho más que el moderno". Todo lo cual, vale decir, es una absoluta fantasía porque, claro, hay juridicidades diversas a las del sistema normativo hegemónico por más que éste se siga presentando como único e irrecusable.

La tesis marxista que postula la desaparición del estado en modo alguno implica una renuncia a la estrategia política y discursiva de este constructo teórico. Por el contrario, ella se opone a la naturalización de raigambre metafísico que la presenta como un transitar inexorable de la "humanidad". En este registro, nuevamente la realidad latinoamericana evidenciaría a la teoría clásica por instalarse en la *subdeterminación*; por su ausencia absoluta de kairós; por llegar siempre tarde a los acontecimientos. Y habrá que decirlo, la impronta de Óscar Correas Vázquez, en este tema, prefiguraría categorías concretas que se constatarían en las discursividades normativas indígenas.

Mientras la teoría clásica, incluida buena parte del marxismo ortodoxo, se mantenía, abyecta, en una discusión abstracta en torno a la desaparición del estado; el pluralismo jurídico suponía la multiplicidad de autoridades políticas que producían "juridicidades" reguladoras de la vida concreta.

Una potencia epistémica tienen los marxismos jurídicos: pensar la juridicidad con categorías distintas a las capitalistas. En esto radica la posibilidad de pensar el derecho en términos contra-hegemónicos. Y este modo resulta incómodo, molesto, para una visión a-crítica, complaciente con el ejercicio fetichizado del poder, la cual postula una juridicidad metafísica y logicista —radical aporía—, contra-fáctica y a-histórica. Mientras los apologetas de este modo cotidiano de vida, que reproduce, normaliza e invisibiliza la exclusión y la muerte, hablan, cómodamente, de democracia y de normatividad,

48 Engels, Friedrich y Marx, Karl, *Op. Cit.*, p. 16: "Y cuando esta concepción viene ganando cada vez más terreno en el seno de nuestro Partido, ¡se retrocede a los dogmas de Lasalle, a pesar de que hoy ya nadie puede ignorar que Lasalle *no sabía* lo que era el salario, sino que, yendo a la zaga, de los economistas burgueses, *tomaba la apariencia por la esencia de la cosa*". Las segundas cursivas son mías.

49 *Cfr.* Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*; Smith, Adam, *La riqueza de las naciones.*

50 *Cfr.* Lasalle, Ferdinand, *Respuestas abiertas al Comité Central sobre la Convocatoria de un Congreso General Alemán de Obreros en Elipzing.*

el lenguaje marxista, desde Pašukanis, hablaba ya de la "república del mercado" y el "despotismo de la fábrica".[51]

Desde hace más de cuatro décadas la Crítica Jurídica ejerce su impronta en la reflexión jus-filosófica latinoamericana; siempre indemne y desde un horizonte propio. Ello exige el ejercicio de un ethos *insumiso*, *libertario*, *des-obediente*[52] porque no hay lugar entre sus teóricos para los reaccionarios ilustrados; inteligencias prodigiosas incapaces de experimentar la empatía; intelectuales que en plena dictadura leen indolentes la *Ética a Nicómaco* o la *Poética* desde su torre de marfil, encerrados en la trampa de los abstraccionismos logicistas, los purismos y formalismos metodológicos, mientras el mundo se cae a pedazos, mientras la pandemia de nuestro tiempo arroja a cada hombre, mujer y niño a la soledad insoportable que los habita.

La teoría jurídica marxista entendió, muy pronto, que el estado se erigía como la máscara usada, en adelante, por los hombres para gobernar a otros hombres y ello porque la mirada crítica indaga más allá de la *estética del ocultamiento* que implica toda *πρόσωπον*.[53] El estado, por cierto, según una cierta metáfora la cual lo identifica con un animal marino, tiene el poder de sofocar la fuerza de otro animal, uno terrestre, el cual simboliza la rebelión. *Ficción, metáfora, máscara*. Imagen de la impostura, del

51 Pašukanis, E. B., Op. Cit., pp. 30 y 31: "La tesis fundamental de que el sujeto de las teorías jurídicas está en estrecha relación con el poseedor de mercancías, no era preciso demostrarla nuevamente desde Marx.

De igual manera, tampoco contenía nada nuevo la otra conclusión según la cual la filosofía del derecho, que considera como su fundamento la categoría del sujeto con su capacidad de autodeterminación (y la ciencia burguesa no ha creado otros sistemas coherentes de filosofía del derecho) es, en sustancia, la filosofía de la economía mercantil que instaura las más generales y abstractas condiciones sobre las que el cambio puede realizarse conforme a la ley del valor y sobre las que puede efectuarse la explotación en las formas del «libre contrato». Esta concepción está en la base de la crítica que el comunismo ha realizado y realiza contra la ideología burguesa de la libertad y de la igualdad y contra la democracia formal burguesa en la cual la «república del mercado» oculta el «despotismo de la fábrica»".

52 En efecto, se trata de una reflexión vital, radical, que caracteriza la praxis "oponiéndose" a la aceptación indemne de cualquier fatalidad. Sobre el particular, véase Zambrano, María, *Persona y democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2019 (1958), p. 31: "Si se acepta algo como una *fatalidad del destino o de los dioses*, más aún, si ni siquiera se ha sentido la necesidad de pensar en ello como explicación de lo que nos sucede, lo soportamos simplemente sin rebelarnos".

53 Correas Vázquez, Óscar, "La enseñanza del derecho en la picota" en Bergalli, Roberto y Rivera Beiras, Iñaki (Coords.), *Poder académico y educación legal*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 43-65, particularmente pp. 46 y 47: "El derecho es un discurso que recubre con un halo de santidad las conductas del poderoso, y las conductas que el poderoso quiere que sean producidas por los dominados. Otorga calidad de "bueno", socialmente aceptable, a ciertas conductas y de ciertos individuos, más o menos claramente determinados por el propio discurso. Constituye una *máscara* que oculta el rostro, y las intenciones, del poderoso; así es como cierto individuo no es él mismo, sino el «señor presidente» —alcalde, senador, juez, policía. Sus conductas pueden ser vistas, o como siendo las de ese individuo, o *haciendo la ficción* de que son conductas de unos personajes actuados por los primeros". Las cursivas son mías.

engaño: de hombres buscando gobernar a otros hombres sin que se les pueda recusar su apetito insaciable de dominio. Porque, abdicaciones teóricas y re-semantizaciones malogradas de por medio, la cuestión prevalece: se trata de la crítica al ejercicio fetichizado del poder caracterizado por la exclusión y la reproducción del circuito medio-fin y su totalización.[54]

Por una pretensión de corrección política se corre el riesgo, como bien apuntaba hace 50 años Franz J. Hinkelammert, de *perder la criticidad*[55]; de incurrir en actos deplorables de *autocensura* y *servidumbre intelectual voluntaria*. Nada más alejado de la erudita y meticulosa teoría del Dr. Correas, la cual, desde un horizonte propio, asumió un diálogo con Aristóteles, Hume, Marx y Kelsen. Haríamos bien en recordar que la crítica marxista inicia con un fuerte postulado: "*el capital es metafísica en acto*". [56]

Y lo que esta metafísica hace del hombre es signo de la depredación absoluta del capital. El proceso de enajenación del sistema de producción capitalista —el cual es una lectura negativa de la técnica[57]—, implica un doble momento de exclusión: deja fuera al trabajador de la riqueza que produce y evita la producción, en el proceso industrial, de la conciencia de clase. Estamos, así, ante una subjetividad atomizada y mecanizada del trabajador.[58] Así, la técnica puede ser un elemento para la emancipación o para la

54 Hinkelammert, Franz J., *Op. Cit.*, pp. 50-56.

55 Hinkelammert, Franz J., *Ideologías del desarrollo y dialéctica de la historia*, Chile, Ediciones Nueva Universidad-Universidad Católica de Chile, 1970, p. 75: "El proceso de reinterpretación del marxismo original puede incluirse en una expresión sumaria: pérdida de criticidad. El marxismo original se ha ajustado a las necesidades de su institucionalización y se ha convertido en una ideología al servicio de un sistema institucional que *convierte la crítica en crítica revisionista y le quita toda significación de fondo*. Se transforma en ideología, es decir, en defensor de un sistema institucional que como tal está fuera de los posibles objetos de la crítica".

56 Recuérdese el Segundo Prólogo a *El capital*, Marx, Karl, *Op. Cit*., p. 20: "Es necesario *darle vuelta*, para descubrir así el núcleo racional que se oculta bajo la envoltura mística"

57 Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Ariel, 2001 (1954), pp. 19 y 20 "Y sin embargo, esta sociedad es irracional como totalidad. Su productividad destruye el libre desarrollo de las necesidades y facultades humanas, su paz se mantiene mediante la constante amenaza de guerra, su crecimiento depende de la represión de las verdaderas posibilidades de pacificar la lucha por la existencia en el campo individual, nacional e internacional. Esta represión, tan diferente de la que caracterizó las etapas anteriores y menos desarrolladas de nuestra sociedad, funciona hoy no desde una posición de inmadurez natural y técnica, sino más bien desde una posición de fuerza. Las capacidades (intelectuales y materiales) de la sociedad contemporánea son inmensamente mayores que nunca: lo que significa que la amplitud de la dominación de la sociedad sobre el individuo es inmensamente mayor que nunca. Nuestra sociedad se caracteriza antes por la conquista de las fuerzas sociales centrífugas por la tecnología que por el terror, sobre la doble base de una abrumadora eficacia y un nivel de vida cada vez más alto".

58 Correas Vázquez, Óscar, "Kelsen y Marx: de la ciencia a la filosofía" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Núm. 4. Mayo 1986, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, pp. 101-108, en particular pp. 102 y 103: "[…] el joven de los *Manuscritos* pensaba en el hombre al estilo de Rousseau, como un ser originariamente «bueno» —libre— que por desvirtudes de la historia se aliena al

alienación. Sobre el particular, son relevantes las palabras de Lukács en *Historia y conciencia de clase*, particularmente en el capítulo *"El fenómeno de la cosificación"*:

> "Al examinar ese hecho básico estructural hay que observar ante todo que por obra de él el hombre se enfrenta *con su propia actividad, con su propio trabajo*, como con algo objetivo, independiente de él, como con algo que lo domina a él mismo por obra de leyes ajenas a lo humano. Y eso ocurre tanto desde el punto de vista objetivo cuanto desde el subjetivo. Ocurre objetivamente en el sentido de que surge un mundo de cosas y relaciones cósicas cristalizado (el mundo de las mercancías y de su movimiento en el mercado) cuyas leyes aunque paulatinamente van siendo conocidas por los hombres, se les contraponen siempre como poderes invencibles autónomos de su actuación".[59]

La alienación, así, despoja al trabajador de una acción social significativa. Desprovisto de toda voluntad, el trabajador es un fantasma: un ente entregado al consumo, a la contemplación y al aburrimiento profundo. Sin embargo, esta alienación, vale decirlo, es auto-enajenación y siempre es superable por su inversión: la condición de autodeterminación del hombre.[60] En efecto, ya en Heráclito y en Marx encontramos una coincidencia ética, irrecusable a la praxis política. Dice *El oscuro*: *"ἦθος ἀνθρώπῳ δαίμων" —El ethos es el daimon del hombre*". Dice *El turco*: *"Radikal sein ist die Sache an der Wurzel fassen. Die Wurzel für den Menschen ist aber der Mensch selbst" —"Ser radical es aferrar las cosas por la raíz. Más, para el hombre, la raíz es el hombre mismo"*.[61]

---

perder el control sobre su trabajo y sobre el producto de éste. El hombre es definido entonces, como *un ser que trabaja y controla el producto de su trabajo*. Es el hombre *un trabajador libre y consciente* hasta el momento de la alienación".

59 Lukács, Georg, *Historia y conciencia de clase*. Tomo II, Madrid, SARPE, 1984 (1969), pp. 11 y 12. Más adelante, en la p. 13, Lúkacs cita un célebre pasaje de *El capital*: "Si se estudia el camino recorrido por el desarrollo del proceso del trabajo desde el artesano pasando por la cooperación y la manufactura, hasta la industria maquinista, se observa una creciente racionalización, una progresiva eliminación de las propiedades cualitativas, humanas, individuales del trabajador. Por una parte, porque el proceso del trabajo se descompone cada vez más en operaciones parciales abstractamente racionales, con lo que se rompe la relación del trabajador con el producto como un todo, y su trabajo se reduce a una función especial que se repite mecánicamente".

60 Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo. Estudios histórico-críticos*; trad. M.H.A. Alberti, México, Fondo de Cultura Económica, 1986 (1960), p. 236: "Y la reforma económica debe emancipar al proletariado del autoextrañamiento —o enajenación de sí mismo— a que se haya condenado por la relación económica de la propiedad privada […] y por lo tanto de la emancipación económica debería surgir la reconquista de su ser humano que el trabajador debe realizar, esto es, la realización del nuevo humanismo".

61 Marx, Karl, "Introducción para la crítica de la filosofía del derecho de Hegel" en Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968 (1937), pp. 7-22, en particular, p. 15.

El estado es la expresión histórico contingente, la construcción ficcional que designa la autoridad política de la modernidad tardía, dígase capitalista. El postulado según el cual ha existido desde el inicio de los tiempos se exhibe como una falsa narrativa, como una total impostura con fines práxicos e ideológicos muy concretos: la reproducción y preservación de la dominación que cosifica lo humano.[62]

En este sentido, se termina con el monopolio del lenguaje. En adelante no serán más los funcionarios estatales los autorizados para pronunciar la palabra excluyente del derecho. El logos, la palabra del derecho será expresión multicultural que responderá, también, a las demandas de las comunidades indígenas y los pueblos afrodescendientes. Así, Óscar Correas se adelantaba, nuevamente, y hablaba de una categoría correlativa a la Modernidad Alternativa Radical: el *pluralismo jurídico*.[63] Pero ¿qué implicaciones teóricas conlleva esta idea en relación con la teoría del estado marxista? Veamos:

> *a) El reconocimiento de la existencia simultánea de dos o más juridicidades positivas contrapuestas.* Este rubro se vincula no sólo con la desintegración de la visión monolítica de pensar en un solo derecho. Además, y más importante aún, en entender que la violencia física no es el dato significativo de la normatividad jurídica. Ello permitió concluir al Dr. Correas que *el derecho podía pensarse con categorías no capitalistas*. Es decir, confirmar que el derecho es un *campo en disputa*: de visiones de mundo, de prácticas concretas expresadas en una ecología de saberes dialógicamente articulados, sin violencias y sin exclusiones. Si el lenguaje expresa el modo concreto de habitar el mundo, el hecho de que los pueblos y comunidades indígenas carezcan de pronombres posesivos implica que, si la apropiación individual ha sido erradicada de su vocabulario, sus categorías entitativas son diversas, opuestas

62 Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, CEIICH-UNAM, 2005 (2003), p. 139. "Kelsen dice que producir una norma es un acto de ejercicio de poder. Y dice que una norma es válida si ha sido producida por quien «debía» hacerlo; es decir, por alguien cuyo discurso, en virtud de otra norma, podía ser imputado al discurso del estado […] calificar ese «hecho» de *producción de normas* es *usar* la norma para darle sentido. Pero todo *uso* de una norma es un acto político. Y, para abundamiento, usarla para dar el sentido de la *juridicidad* al acto de un individuo, es lo mismo que revestirlo del prestigio de lo que debe ser «conforme a derecho»".

63 Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, p. 15: "Ha hecho ya irrupción en el mundo del pensamiento jurídico, esta vez con fuerza, pues si antes había sido detectado, no había hecho mella en la cerrada malla de la teoría jurídica, este *hijo maldito que ha sido llamado pluralismo jurídico*. Ha sido, su puesta en la escena, responsabilidad de la Sociología Jurídica —también de la Antropología Jurídica—, pues la Teoría del Derecho contemporánea […] a pesar de tener vocación de universalidad, no había reparado en esta cuestión". Las cursivas son mías.

a las capitalistas. No hay, pues, una "naturalización" de la propiedad, categoría que, al menos desde el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* y el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*[64], reduce al hombre a portador de mercancías[65] y lo reifica por completo al establecer al mercado como el principal espacio vinculante de re-significación social.

b) La producción de una subjetividad ampliada que mira más allá del proletariado como el sujeto histórico del cambio social. La afirmación de la lucha de clases como el *"motor de la historia"* pero con la inclusión, tardía pero irrecusable, de los modos cotidianos de vida latinoamericanos: la irrupción a modo de recuperación radical, por derecho propio, de las comunidades indígenas y de los pueblos afro-descendientes.[66]

Trátese de la impugnación de una subjetividad atomizada, alienada, enajenada la cual reduce al hombre a simple "conductor de objetos destinados al intercambio"; su instauración y petrificación[67] a través de la categoría jurídica *persona* cuyos atributos principales son a) la *igualdad* formal ante la ley a partir de la condición de propietario[68] y b) la *libertad* para contratar, como presupuesto de la actividad

64 Sobre el particular, véase Althusser, Louis, *Cursos sobre Rousseau*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2013.

65 Pašukanis, Evgeni B., *Op. Cit*., p. 12: "Pues lo característico de la relación social apta para convertirse en relación jurídica —«la célula primaria del tejido jurídico»— es *ser una relación entre poseedores de mercancías* que se relacionan en el mercado mediante el cambio de equivalentes". Las cursivas son mías. Y más adelante, p. 32: "[…] el sujeto jurídico opera en su forma acabada como complemento necesario e inevitable de la mercancía". Asimismo, p. 35: "[…] la mediación jurídica más desarrollada, más universal y acabada está generada por las relaciones mercantiles de producción y que, por consiguiente, toda teoría general del derecho y toda «jurisprudencia pura» es una descripción unilateral de relaciones entre los hombres que operan en el mercado como propietarios de mercancías".

66 Correas Vázquez, Óscar, *Op. Cit.*, p. 76: "La fundación de la democracia, proceso siempre inacabado en América Latina, se ha topado con el hecho irrefutable de la existencia de pueblos que demandan su lugar en el mundo, pero con respeto a sus diferencias. Y esta es una de las cuestiones más peliagudas, porque, como se sabe, la ideología de la modernidad, de la cual forma parte la democracia, supone que los hombres son iguales".

67 El concepto de petrificación, tan caro a la imagen de mundo del arte burgués, era ya retomado por Marx del siguiente modo: "[…] hay que obligar a bailar a estas condiciones petrificadas cantándoles su propia melodía. Debe enseñarse a la gente a tener miedo de sí misma para darles valor" ("[…] man muß diese versteinerten Verhältnisse dadurch zum Tanzen zwingen, daß man ihnen ihre eigne Melodie vorsingt! Man muß das Volk vor sich selbst erschrecken lehren, um ihm Courage zu machen"). Sobre el particular, véase Marx, Karl, *Op. Cit.*, p. 10.

68 Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho I. Definiciones y fines del derecho*¸ trad. Diorki, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1979 (1975), pp. 174 y 175: "Conocemos, por otra parte, los ataques de Marx lanzados contra el pseudouniversalismo de los derechos del hombre de la Revolución Francesa. Se constituyen a base de libertades «formales»: formalmente iguales para todos pero sustancialmente provechosas para los ricos. Proclamar el carácter sagrado de la propiedad y el derecho de contratar libremente, fue un modo de precipitar a gran número de hombres en la pobreza y en la dependencia de los capitalistas.

comercial. Y es que, en efecto, la persona es la juridización de relaciones sociales concretas cimentadas en la institucionalización de la explotación. En efecto:

> "Lo mismo sucede en lo que se refiere a la explotación. Esta no está unida en absoluto a relaciones de cambio y es posible también en una economía natural. Sin embargo, sólo en la sociedad burguesa-capitalista, en la que el proletario se mueve como sujeto que dispone de su fuerza de trabajo como mercancía, la relación económica de explotación está jurídicamente mediatizada bajo la forma del contrato".[69]

Así, en una reconfiguración social negativa, el espacio de re-significación social es el mercado y no más el estado. Por ello, construcciones metafísicas como *"naturaleza"* y *"dignidad"* humanas devienen en verdaderas *"fantasías"*. Esto es; referentes epistémicos contingentes, sintagmas que cumplen una función retórica y política de legitimación y producción del consenso —uno excluyente desde su narrativa fundante. Este es, precisamente, el giro que Karl Korsch y Rosa Luxemburgo emprenden en contra de Kautsky, Hilferding y Lafargue, al retomar la tesis XI contra Feuerbach: un ethos caracterizado por la praxis, el sujeto como agente histórico que interviene, activamente, en la configuración del presente.

c) La caracterización de las juridicidades alternas como sistemas normativos y no más como usos y costumbres. La pluralidad de autoridades políticas disloca, por completo, la idea del estado como la única autoridad política con la legitimidad para producir un *único derecho.* Lo que de suyo se conoce con el eufemismo de *derecho oficial* es sólo un término auto-referencial del sistema normativo hegemónico. Y en diversas comunidades políticas, la caracterización de sistema normativo hegemónico y sistema normativo alternativo se invierte.[70]

d) La caracterización del derecho como algo más que simples reglas procedimentales para administrar las controversias sociales y producir el consenso (adiós a la caracterización epistémica que reduce al derecho a simple técnica). En este rubro

En la escuela liberal moderna, no han faltado palabras en favor de la igualdad; pero no han servido más que para pasar los privilegios de unos a otros. Con el pretexto de conceder a *todos* satisfacciones infinitas, el sistema actúa exclusivamente para provecho de *algunos*. Es imposible conceder ningún derecho subjetivo a unos si no es con detrimento de los otros".

69 Villey, Michel, *Op. Cit.*, p. 35.

70 En este rubro baste citar los sistemas normativos siguientes: los caracoles zapatistas, el municipio de Cherán K'eri y el Sistema de Seguridad y Justicia Comunitaria de la Costa Chica de Guerrero conocido, también con el nombre de "Policía Comunitaria".

se centran las principales objeciones formuladas a Pašukanis, entre otros por Stučka, Kelsen y Bobbio. El derecho, se dice, es "una estructura formal que, como tal, se puede aplicar a cualquier tipo de sociedad"[71]; pero no sólo es eso: es discursividad que prefigura una praxis concreta: de inclusión o de exclusión; configuración egoísta o *nosótrica* del mundo.

Las caracterizaciones marxistas modernas entienden al estado como la *forma jurídica que expresa un dominio político concreto: el modo de producción capitalista.* Dicho de otro modo, el estado moderno es la autoridad política del capitalismo tardío. Esto permite entender la vigencia de la teoría de la lucha de clases y, por cierto, la subjetividad que se identifica con el agente histórico de la transformación social.

Correas, con oído de discípulo dejó "hablar" a los antiguos maestros, sin forzar su interpretación, sin la pretensión de justificar su sistema categorial con las ideas de los grandes maestros. Leyó la totalidad de Kelsen sin sesgos epistémicos ni rebuscamientos metodológicos: así, abordó el estudio de la *Teoría pura del derecho*, en sus diversas versiones, con el mismo ahínco que *La teoría del estado de Dante Alighieri*; *Dios y estado; La teoría comunista del derecho y del Estado;* y *La ilusión de la justicia*. Y en este rubro se distingue, claramente, de todos aquellos que, sin leer con profusión al jurista austríaco e instalados en la total impostura, se convirtieron en exégetas complacientes del poder instituido; en estudiosos a-críticos de una teoría que, desde sus inicios, impugnó el uso del derecho para justificar el abuso de cualquier poder.

Mantenerse en el abstraccionismo implica, desde luego, renunciar al pensamiento de lo concreto. Es el vaciamiento ético de las teorías jurídicas, las cuales se reducen a versiones renovadas de un nihilismo anti-humanista que se caracteriza como *presagio de la desgracia: preámbulo del desastre.* Vale decir que el logicismo positivista —que no el positivismo—, y el nihilismo posmoderno son extremos que se tocan en su servilismo al orden establecido: el primero, sin mostrar el menor interés en la crítica —porque vive encerrado en el sueño dogmático de una torre de marfil; el segundo, al decretar su imposibilidad. Son invitaciones al abandono ético, político y praxeológico del quehacer teórico jurídico, el cual se presenta como simple decoración o como reflexión erudita; elegante pero completamente artificial e inútil.

71 Pašukanis, Evgeni B., *Op. Cit*., p. 24. Asimismo, p. 33: "El principio, pues, del sujeto jurídico y los esquemas basados en él —que para la jurisprudencia burguesa son como esquemas *a priori* de la voluntad humana— derivan con absoluta necesidad de las condiciones de la economía mercantil-monetaria.

En este registro es plausible una nueva caracterización del derecho, o, mejor, de su interpretación, en sentido contra-hegemónico. El término, de impronta gramsciana, ofrecía, también una nueva caracterización del estado, de los intelectuales y de los juristas.[72]

Las narrativas isonómicas se develaban como absolutas imposturas. Una generación latinoamericana de juristas retomaba, críticamente, la reflexión con todo el arsenal teórico de la escuela jurídica rusa —Stučka y Pašukanis—, la escuela de Frankfurt —Adorno, Horkheimer y Marcuse—, el estructuralismo francés y una necesaria re-semantización que inició con José Carlos Mariátegui y se prolongó con Oscar del Barco, Juan Carlos Portantiero y José Aricó.

La *autoconciencia* de la burguesía sigue hoy expresándose en las categorías económicas, particularmente, en las relaciones sociales sometidas a la lógica del mercado; estamos, pues, ante la monetarización de la existencia; la reificación de lo humano. Esta fetichización, lo hemos visto reiteradamente, es un *a priori onto-epistémico normalizado en una visión de mundo* que, en todo momento, es recusable, precisamente porque la enajenación es, siempre, autoenajenación, ya sea como *servidumbre voluntaria* o como *conciencia corriente* —para usar la categoría que Adolfo Sánchez Vázquez opone a la *conciencia filosófica* en *Filosofía de la praxis*. Es decir, la enajenación es la conciencia sometida a las imágenes distorsionadas de la caverna y su versión moderna, el mercado, que desplaza al estado entendido como la personificación del derecho. La mediación política, el espacio de re-signifiación social, así, es absolutamente negativo, excluyente y violento.

Conclusiones

Primera: La teoría marxista del estado inicia con una crítica al *fundamento metafísico del sistema categorial del capitalismo*; es una *crítica implacable a todas las fantasmagorías teoréticas que legitiman la explotación humana* y la insultante distribución de la riqueza. Es una crítica, incontestada por lo demás, a su categoría central: *el valor.*

72 Sobre el talante crítico de los juristas, véase Correas, Oscar, "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Año 1, No. 1, 1984, México, Universidad Autónoma de Puebla-Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, pp. 51-57.

Segunda: Es plausible sostener que el estado es *la forma jurídica moderna del dominio político* del mismo modo en el cual la mercancía es *la forma jurídica moderna del dominio económico*. Estado y mercancía son dos *ficciones* que hoy se presentan como "realidades" necesarias; instituciones inveteradas, consustanciales a la "naturaleza humana". Pero tal necesidad existe sólo en la cabeza de su inventor: el hombre, el cual deviene en perfecto esclavo, en siervo voluntario de sus propias creaciones.

Tercera: El derecho es discursividad normativa que expresa el modo concreto en el cual la comunidad política se afirma históricamente. La caracterización del estado como la autoridad política de la modernidad tardía permite formular las siguientes preguntas: ¿Podemos ser libres sin derecho? ¿Podemos ser libres sin estado? El historiador y el filósofo del derecho, en esto, se han adelantado al postulante caracterizado como artesano —malogrado en la mayoría de los casos—, de la justicia. Y ello porque el hijo de la toga, el durmiente que transcurre sus días en el sueño dogmático, cuyo criterio sólo entiende de códigos y reglamentos, con frecuencia es ajeno a la mirada que viene de entender la *historia a contrapelo*.

Cuarta: La claridad epistémica de la teoría marxista resulta odiosa frente a las posiciones jurídicas que construyeron su monólogo político al postular el *fin de la historia*. La estrategia infructuosa de esta impostura incluye el silencio y el vituperio para eludir un debate que, en la segunda década del siglo XXI, se presenta novedoso y necesario.

Bibliografía

Althusser, Louis, *La filosofía como arma de la revolución. Los aparatos ideológicos del estado*; trad. Oscar del Barco, México, Siglo XXI Editores, 2011

, *Para un materialismo aleatorio*; trad. Pedro Fernández Liria et al, Madrid, Arena Libros, 2002 (1982).

Capella, Juan Ramón, *fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Editorial Trotta, 2008 (1997).

Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*; Ed. Raúl Ciarreta, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1965.

Correas Vázquez, Oscar, "Aristóteles: propiedad y lucha de clases" en *Dialéctica. Año 1. Número 1*, México, Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1976, pp. 127-142.

, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo socio-semiológico*, México, CEIICH/UNAM-Ediciones Coyoacán, 2005.

, "Derecho y posmodernidad en América Latina. Apuntes para un ensayo" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. No. 22, México*, CEIICH-UNAM, 2004, pp. 105-124.

(comp.), *El otro Kelsen,* México, CEIICH-UNAM, 2003 (1989).

, "Fetichismo, alienación y teoría del Estado" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. No. 17, 2000, Brasil-México, Universidad de Sonora-UNAM-Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos-Faculdades do Brasil, 2000, pp. 71-82.

, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 1982.

, "Kelsen y las dificultades del marxismo" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. No. 5, 1987, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1987, pp. 51-78.

, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 2004 (1994).

, "Kelsen y Marx: de la ciencia a la filosofía" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. No. 4, 1986, México, UAP, 1986, pp. 101-108.

, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.

, *Teoría del derecho y antropología jurídica. un diálogo inconcluso*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

Correas Vázquez, Óscar y Rivera Lugo, Carlos (coords.), *El comunismo jurídico*, México, CEIICH-UNAM, 2013.

Cortázar, Julio, *La vuelta al mundo en ochenta días. Tomo II*, México, Siglo XXI Editores, 2012 (1967).

Del Barco, Oscar, *El otro Marx*, Buenos Aires, Milena Caserola, 2008 (Universidad e Sinaloa; 1983).

, *Esencia y apariencia en El capital*; pról. Mariano A. Repossi, Buenos Aires, Editorial Marat, 2017 (1977).

Duyanevskaya, Raya, *Filosofía y revolución. De Hegel a Sartre y de Marx a Mao*; trad. Ofelia Castillo et al, México, Siglo XXI Editores, 2009 (1973).

Engels, Friedrich, *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana. Con el apéndice Tesis contra Feuerbach*, Colombia, Editorial Linotipo, 1979.

Engels, Friedrich y Marx, Karl, *Manifiesto del partido comunista. Edición del centenario*; trad. Mauricio Amster, Santiago de Chile, Babel, 1948

, *La ideología alemana*; trad. Wenceslao Roces, Madrid, Editorial Akal, 2014.

, *La sagrada familia y otros escritos filosóficos de la primera época*; trad. Wenceslao Roces, México, Editorial Grijalbo, 1967.

, *Obras escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, 1959.

Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*; trad. Nuria Parés, México, Siglo XXI Editores, 1998.

Guastini, Riccardo, "Sobre la extinción del Estado (un enfoque analítico)" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* Año 1, No. 1, 1984, México, Universidad Autónoma de Puebla-Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, pp. 27-31.

, "Una revisión de la doctrina del Estado en Marx" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Año 3, No. 4, 1986, México, UAP, 1986, pp. 63-72.

Hegel, G. W. H., *Fenomenología del espíritu*; trad. Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 2008 (1966).

Hinkelammert, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Editorial Caminos, 2006

, *Ideologías del desarrollo y dialéctica de la historia*, Chile, Ediciones Nueva Universidad-Universidad Católica de Chile, 1970.

Kant, Immanuel, *Contestación a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?*; trad. Baltasar Espinosa et al, México, Taurus, 2012.

Kelsen, Hans, *Ficciones Jurídicas*, México, Fontamara, 2013.

, *La teoría del estado de Dante Alighieri*, Oviedo, KRK Ediciones, 2019.

Korsch, Karl, *Marxismo y filosofía*; trad. Elizabeth Beniers, México, Ediciones Era, 1971 (1964).

Lukács, Georg, Historia y conciencia de clase. Tomo II, Madrid, SARPE, 1984 (1969)

Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Ariel, 2001.

, *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, Barcelona, Ediciones Altaya, 1994.

Marx, Karl, *Cuadernos de París (Notas de lectura de 1844)*; trad. Bolívar Echeverría; est. prev. Adolfo Sánchez Vázquez, México, Editorial Ítaca, 2011.

, *El capital. Crítica de la economía política*; trad. Pedro Scaron, México, Siglo XXI Editores, 2005.

, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundisse) 1857-1858*. Volumen 2; trad. Pedro Scaron, México, Siglo XXI Editores, 2005 (1953).

Marx, Karl, "Introducción para la crítica de la filosofía del derecho de Hegel" en Hegel, G. W. F., Filosofía del derecho, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968 (1937), pp. 7-22.

, *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850*, U.R.S.S., Editorial Progreso, 1979.

, *Miseria de la filosofía. Respuesta a la Filosofía de la Miseria de P. J. Proudhon*; ed. Martí Soler, México, Siglo XXI Editores, 1987.

Miaille, Michel, *El estado del derecho*; trad. Jean Hennequin; pres. Óscar Correas, México, Ediciones Coyoacán, 2008 (1985).

Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo. Estudios histórico-críticos*; trad. M.H.A. Alberti, México, Fondo de Cultura Económica, 1986 (1960).

Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del derecho, México, Editorial Duero, 1992.

Pašukanis, Evgeni B., *Teoría general del derecho y marxismo*; trad. Virgilio Zapatero, Barcelona, Labor Universitaria, 1976.

Rosas Vargas, Humberto, "La criminalización de la protesta social o el discurso de la exclusión como estrategia de dominación política I" en Correas Vázquez, Óscar,

La criminalización de la protesta social en México, México, CEIICH-UNAM, 2013, pp.163-201.

, "La criminalización de la protesta social o el discurso de la exclusión como estrategia de dominación política II" en *Crítica Jurídica. Nueva Época.* No. 1, México, Posgrado en Derecho UNAM, 2019, pp. 201-256.

Salamanca Serrano, Antonio, *Teoría socialista del derecho (lusmaterialismo)*. II Tomos, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.

Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía de la praxis*, México, Siglo XXI, 2003 (1965).

Stučka, P. I., *La función revolucionaria del derecho y del estado*; vers. Juan-Ramón Capella, Barcelona, Ediciones Península, 1974.

Vargas Lozano, Gabriel, "La relación Marx-Hegel, Althusser y el concepto de inversión" en *Dialéctica*. Año II. No. 3. Julio 1977, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1977, pp. 69-92.

Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo,* Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Zambrano, María, *Persona y democracia*; Madrid, Alianza Editorial, 2019 (1958).

HACIA LA DESCOLONIZACIÓN DEL SUR: DESCOLONIZAR LA LIBERTAD – DESCOLONIZAR LOS DERECHOS

Rumo à descolonização do Sul: descolonizando a liberdade - descolonizando os direitos

Toward the decolonization of the south: decolonizing freedom-decolonizing rights

German Medardo Sandoval Trigo[1]

A mi padre, gracias por mostrarme el otro lado de la moneda

Resumen

En el presente documento, se plantea por el autor una discusión sobre el alcance epistemológico de la idea de libertad como marco y referencia moderna, al respecto de los procesos de colonialidad que construyeron al tercer mundo. En este orden de ideas, la propuesta se concentra en construir un andamiaje conceptual a efecto de entender las limitaciones de la libertad como concepto moderno y las implicaciones de la misma en la reproducción de categorías atadas a su influencia. En el derecho particularmente, el núcleo de libertad sostiene a un sin fin de proposiciones normativas, por lo que su análisis nos devela la reproducción sistemática y a-critica de las categorías del derecho que buscan replicar un contenido impuesto desde el principio. Por tanto, la ruta de emancipación puede comenzar (es la propuesta), desde la comprensión del bloqueo epistémico que constriñe cualquier otra visión de mundo a una dominante. Para tal efecto, el autor sigue la ruta de las epistemologías del Sur, la decolonialidad y el pensamiento de Gilles Deleuze.

Palabras clave: Epistemologías del Sur, descolonización del derecho, descolonización de la libertad, descolonización de la fraternidad, imagen dogmática del derecho

1 Profesor de tiempo completo, Departamento de derecho, Universidad del Norte; Dirección: km. 5 Puerto Colombia; Correo electrónico: gtrigo@uninorte.edu.co

Resumo

No presente texto, o autor procura promover uma discussão sobre o escopo epistemológico da ideia de liberdade como marco e referência moderna, na sua relação com os processos de colonialidade que construíram o terceiro mundo.A proposta concentra-se na construção de um andaime conceitual, a fim de entender as limitações da liberdade como conceito moderno e as suas implicações na reprodução das categorias a si ligadas. No campo do direito, por exemplo, o núcleo da liberdade suporta um número infinito de proposições normativas, na qual a análise revela a reprodução sistemática e acrítica das categorias de Direito que procuram replicar um conteúdo imposto desde o princípio em si. Neste sentido, o caminho da emancipação pode começar (é assim proposto), desde a compreensão da sua função de bloqueio epistémico que restringe qualquer outra visão de mundo, submetendo-a a uma visão dominante. O argumento do autor inicia-se invocando a proposta das epistemologias do sul e da descolonialidade, articulando-as com o pensamento de Gilles Deleuze.

Palavras-chave: Epistemologias do Sul, descolonização do direito, descolonização da liberdade, descolonização da fraternidade, imagem dogmática do direito

Abstract

The author of this text presents a discussion on the epistemic reach of the idea of liberty/freedom [hacerse cargo de la diferencia entre liberty y freedom] as modern frame and reference, regarding the processes of coloniality that build-up the Third World. Thus, this paper's proposal concentrates on composing a conceptual framework [scaffolding] aiming at understanding the limits of «freedom» as a modern concept and its implications in the reproduction of categories bounded to such concept's influence. In Law, the «freedom core» is the base of endless normative propositions. Hence, its analysis reveals the systemic and a-critic reproduction of Law's categories that contributes to the replication of contents that have always been imposed. Therefore -as this text suggests- the path towards emancipation could start from the awareness [or comprehension] of the epistemic blockage that constrains any other world's vision to a dominant one. To achieve these objectives, the author follows the ideas of the Epistemologies of the South, decoloniality, and Gilles Deleuze thinking.

Keywords: Epistemologies of the South, decolonization of law, decolonization of freedom, decolonization of fraternity, dogmatic image of law

Introducción

A lo largo de mi línea de investigación, desde las epistemologías del Sur, he repensado e intentado des-pensar los conceptos fundamentales de la construcción del derecho desde una concepción crítica. Para este trabajo, parto de la siguientes premisas orientadoras: a) el concepto de Libertad es el núcleo, y la base esencial de las disciplinas relacionadas con el mundo del deber ser; b) Las disciplinas relacionadas con la conducta humana y su carácter deóntico, están vinculadas esencialmente con la concepción moderna del sujeto; y c) El derecho como una de estas disciplinas, y reproduce los límites de la expresión de la libertad como parte de la representación teórica de su base epistémica.

A partir de estas 3 premisas, entiendo que la pretensión de descolonizar la idea de la Libertad tiene como fin des-pensar los marcos epistémicos sobre los que se ha construido el discurso moderno del Estado y el derecho, el ejercicio de poder y la transformación (emancipación) social. Lo que consecuentemente nos ayuda a comprender que transformando la base epistémica de la Libertad es posible transformar la representación teórica y disciplinaria sobre los contenidos deónticos validados por el derecho.

Una vez aclarado lo anterior, vale la pena tomar en cuenta dos cuestiones sobre la descolonialidad. Primeramente, la concibo como un proceso que permite la reflexión, reconocimiento y emergencia, de otras realidades ocultadas o silenciadas en procesos hegemónicos, y que apertura las posibilidades de las prácticas y conocimientos sociales fuera de los marcos de la colonialidad. Mi posición no pretende un contenido prescriptivo, sino más bien, una apertura al debate académico en el que las prácticas sociales sean tomadas en cuenta como un ejercicio ontológico, epistémico y político. Por tanto, es esencial tomar en cuenta la posición de Silvia Rivera Cusicanqui "No puede haber un discurso de la descolonización, una teoría de la descolonización, sin una práctica descolonizadora" (Rivera Cusicanqui, 2010: 62).

De lo anterior es importante distinguir que pretender encontrar elementos descolonizadores desde la teoría, y más aún desde la teoría de las epistemologías del norte sería paradójico. Los fundamentos teóricos desde los que se dibujó el orden social moderno están repletos de una visión hegemónica que valida una sola imagen de mundo (raza, género ya clase). Basta recordar, sólo por mencionar algunos, los apuntes de

Hegel y Kant al respecto de la raza y la razón[2]. Por ello, fuera de los marcos teóricos y filosóficos producidos por la modernidad, existen otros saberes y prácticas que no se ajustan ortodoxamente a los mismos. Por ello, en la intención de este documento, la relación entre epistemologías del Sur y la descolonialidad pretende relativizar conocimientos (sin llegar al relativismo) para enfrentar desde otras realidades, la imposición de la visión moderna de mundo y su inherente colonialidad.

En este trabajo trataré la libertad en tres posiciones esenciales para la modernidad: 1. Filosofía; 2. política y; 3) derecho. A partir de éstas pretendo construir un puente comunicante con estructuras de emergencia y/o resistencia que se pueden entender como prácticas descolonizadoras, de las que podemos aprender y dialogar con otras disciplinas.

Filosofía y la colonialidad del saber

Suele naturalizarse que la filosofía se escribe en dos idiomas: la filosofía clásica en griego y la moderna en alemán. Este dicho popular tiene raíces eurocéntricas y sujeta los límites del pensar a la reflexión de occidente. Sin embargo, la idea de occidente es más compleja que dos representaciones simbólicas de la filosofía, de hecho, esa propia noción, corresponde a una versión de colonialidad eurocéntrica sobre occidente mismo. Cabe señalar que existen diferentes influencias y versiones de esa idea occidente, pero que

> la praxis colonial contó desde el inicio (y ahí comienza la filosofía moderna europea que tiene pretensiones de universalidad, por desgracia pretensión aceptada por la mayoría de los miembros de la academia filosófica del Sur) con una justificación filosófica. Esa justificación era de carácter antropológico […], ético, etc., y probaba la legitimidad del colonialismo (Dussel, 2015: 89).

En esta tónica, el carácter colonial de la filosofía moderna sirvió como justificación del dominio de occidente y, en esta misma tesitura, el análisis de Enrique Dussel advierte que existe una serie de presupuestos que le dieron un fundamento "racional" al proceso colonial:

2 Sobre el particular: Susan Buck-Morss (2013). *Hegel, Haití y la historia universal*. Fondo de cultura económica: México

1. La civilización moderna se autocomprende como más desarrollada, superior (lo que significará sostener sin conciencia una posición ideológicamente eurocéntrica).
2. La superioridad obliga a desarrollar a los más primitivos, rudos, bárbaros, como exigencia moral.
3. El camino de dicho proceso educativo de desarrollo debe ser el seguido por Europa (es, de hecho, un desarrollo unilineal y a la europea, lo que determina, nuevamente sin conciencia alguna, la "falacia desarrollista").
4. Como el bárbaro se opone al proceso civilizador, la praxis moderna debe ejercer en último caso la violencia si fuera necesario, para destruir los obstáculos de la tal modernización (la guerra justa colonial).
5. Esta dominación produce víctimas (de muy variadas maneras), violencia que es interpretada como un acto inevitable, y con el sentido cuasi-ritual de sacrificio; el héroe civilizador inviste a sus mismas víctimas del carácter de ser holocaustos de un sacrificio salvador (el indio colonizado, el esclavo africano, la mujer, la destrucción| ecológica de la tierra, etcétera).
6. Para el moderno, el bárbaro tiene una "culpa" (el oponerse al proceso civilizador) que permite a la "Modernidad" presentarse no sólo como inocente sino como "emancipadora" de esa "culpa" de sus propias víctimas.
7. Por último, y por el carácter "civilizatorio" de la "Modernidad", se interpretan como inevitables los sufrimientos o sacrificios (los costos) de la "modernización" de los otros pueblos "atrasados" (inmaduros), de las otras razas esclavizables, del otro sexo por débil, etcétera […] (Dussel, 2000: 29)

Para la explicación de este rubro, debemos comprender que la idea de libertad no es un concepto que valga universalmente, pues depende de los contornos de cada modelo epistemológico. De ello que la implantación de las estructuras epistémicas que dieron lugar a las colonias, provenía de una interpretación de mundo correspondiente a las metrópolis y que —tal como lo describe Dussel—, constituyó la imposición colonial de los discursos, un ejercicio de saber-poder que delimita el pensar, obrar y sentir de las sociedades denominadas "bárbaras". La misión civilizatoria se fundó en la violencia del adoctrinamiento de la totalidad religiosa y la destrucción de los otros saberes. Por lo que cada uno de estos elementos fueron reproducidos sin pensarlo en el trasplante de una imagen de mundo. De tal suerte, que en las diversas localidades, la reproducción de los saberes metropolitanos -desde la instauración de las universidades y centros

de saber-, se diseminó como justificación de la razón eurocéntrica. Dussel sostiene "que hay como un '*bloque histórico filosófico*', así como hay un bloque histórico en el poder político —este sería, exactamente, el *centro* de la estructura ideológica de un momento histórico determinado—" (Dussel, 1994: 25).

Bajo este entendido, me concentraré en la migración y uso hegemónico de los discursos. Tal como señala el autor, la trayectoria de la filosofía, al menos en América Latina, tiene tres principales épocas, en cuyos contenidos encontramos fundamentos contrahegemónicos de resistencia; sin embargo, me concentraré únicamente en la concepción hegemónica, por ello, tomo como base la descripción que realiza Dussel sobre las épocas de la filosofía en América Latina: a) Primera época: filosofía colonial (1492–1807); b) Segunda época: la filosofía en la dependencia neocolonial (desde 1807); c) Tercera época: la filosofía ante la "segunda emancipación" (desde 1959) (Dussel, 1994).

Dicho lo anterior, la concepción colonial de occidente no sólo justificó el ejercicio de la violencia sino también la violencia de la fundación del pensamiento como primer acción de las sociedades denominadas, antes colonias y ahora naciones independientes. Por ello, sin rivalizar los contenidos de las posiciones mencionadas sobre la producción del saber en occidente, me enfocaré en la descripción de los procesos internos de la producción filosófica occidental que delimitaron las posibilidades de reflexión y validación del saber desde una justificación particular, cuya fundamentación se continuó en las relaciones conceptuales de la filosofía y posteriormente en la ciencia. Dicha restricción construyó una Imagen Dogmática del Pensamiento[3]. Con tales fines, me apoyaré en el estudio de Gilles Deleuze[4] a fin de desglosar la forma y contenido de los conceptos usados por la filosofía moderna que imponen su validez a partir de su propia fuerza.

Para Deleuze, la imagen dogmática del pensamiento[5] (en lo sucesivo también IDP) se trata de una explicación planteada desde una lógica particular de representación y

3 La IDP es un elemento esencial de mi investigación de doctorado (2016) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: La imagen dogmática del derecho.

4 Me adelanto a mis detractores por el uso de un connotado "posmoderno" dentro de este texto. Me sirvo del pensamiento de Deleuze como crítica y denuncia realizada desde el propio occidente sobre la recursividad y totalidad de la producción de las categorías filosóficas, lo que me permite aducir la limitación de la producción filosófica y sus contenidos de colonialidad en la filosofía moderna y sobre todo de la Libertad. Cabe advertir que descalificar a un autor o su producción intelectual por una falacia *ad hominem* no es trabajo de la crítica, sino del dogmatismo. Por tanto, a partir de esta concepción de la IDP planteo sólo una posibilidad dentro de la construcción de la filosofía moderna que replicada en la periferia implicó una colonialidad en el saber.

5 Para una lectura profunda de la IDP, ver Deleuze (2006: 201–255).

expresión del sentido[6] que pretende explicar la repetición de los conceptos producidos al interior del pensamiento filosófico moderno, eliminando otras formas de representar problemas y soluciones. Esta imagen se funda en ocho postulados y estos concretizan también tres tesis particulares; 1) que, de acuerdo a éstas, el pensamiento aparece con naturalidad en el pensador que busca la verdad, en el que ésta se muestra con el simple hecho de pensar con verdad (recta naturaleza del pensamiento); 2) que el error es externo a la razón y 3) que basta un método para pensar con corrección y así se distingue lo verdadero de lo erróneo (Deleuze, 2008: 146).

Los ocho postulados se describen a continuación:

Postulado del principio o de la cogitatio natura universalis

Los fundamentos de la filosofía moderna pueden rastrearse a partir de la separación epistémica del sujeto con el objeto, desde el racionalismo hacia la ilustración. Desde la diferencia de los modelos y esquemas filosóficos, la acción natural del pensar es al hombre lo que la verdad al pensamiento, de tal forma que todo sujeto, por su propia naturaleza está dispuesto a saber. El pensamiento es un ejercicio natural y, por ello, una facultad universal, por lo que se afirma que ésta facultad está relacionada necesariamente con la verdad. Si hay pensamiento, entonces hay verdad, y la verdad sólo puede encontrarse por vía de las facultades del pensamiento, es decir, se trata de un sentido común que está presente en la razón y que —como lo piensa Descartes—, establece una relación entre filosofía y verdad que proporciona un carácter ortodoxo del pensamiento. Al respecto, a este proceso Nietzsche le trata como un producto que contiene una imagen moral del pensamiento, pues, en realidad, la verdad sólo puede ser entendida como una topología que apela a la fuerza otorgada por el lugar del que emana su afirmación.

En este sentido, es importante tomar a este postulado como punto de partida de la construcción de la filosofía moderna, pues los fundamentos de la separación metafísica del poder de Dios se pretendieron a partir de esta facultad universal para deducir la verdad sin la necesidad de una fuerza externa que determinara la fuente de la fuerza del pensamiento. Asimismo, los bordes internos de la fuerza del pensar se vigilan

6 "Nunca encontraremos el sentido de algo (fenómeno humano, biológico o incluso físico) si no sabemos cuál es la fuerza que se apropia de la cosa, que la explota, que se apodera de ella o se expresa en ella. Un fenómeno no es una apariencia ni tampoco una aparición, sino un signo, un síntoma que encuentra su sentido en una fuerza actual" Deleuze (2008: 10).

desde la construcción del Yo y el ejercicio de los contenidos históricos de occidente, sea la verdad, la moral o la universalidad.

Postulado del modelo o del reconocimiento

Desde la afirmación del cogito cartesiano, la identidad del Yo le permite a la razón moderna establecer una concordia entre las facultades del pensamiento que le dirigen a concebir al objeto ajeno a su consciencia, de ello, que se determine la posibilidad de establecer un conocimiento formal, es decir, la corrección del pensamiento. Lo mismo en Descartes como en Kant, la razón se ubica como un ejercicio interno que delimita el conocimiento que no proviene de un ente superior, sino que intenta conocer a partir de la determinación del Yo, y del conocimiento dado por las facultades, desde una corrección formal que permita abstraer al mundo y representarlo.

Postulado de lo ideal o del sentido común

En este punto, es fundamental tomar en cuenta el segundo postulado, pues la unidad del pensar obtiene su fuerza desde la habilitación de reconocimiento del Yo. El sujeto se vuelve el centro de interpretación del mundo a partir del plano empírico y trascendental, que desde su confirmación ontológica del Yo —el *cogito*— nos impulsa hacia el reconocimiento, entendido como el ejercicio concordante de todas las facultades del pensamiento sobre un objeto (fenómeno, idea), lo que consecuentemente hace que este reconocimiento sea universal y un sentido común (horizontal) al pensamiento: *Concordia Facultatum*. A partir de este postulado, las facultades calcan al objeto en la aspiración de entenderlo desde su objetividad, a partir del principio de identidad supuesto por el *cogitatio*, como una fuerza que determina al objeto sobre el modelo que se replica por las facultades en su entendimiento. Por tanto, la descripción del mundo proviene de las facultades que están determinadas por el modelo del pensar y los límites de las facultades que habitan el dominio de lo trascendental. Por lo que, en la herencia kantiana, el pensamiento se separa en distintos tipos de reconocimiento: práctico, teórico y estético según la facultad que legisle en cada caso.

Postulado del elemento o de la representación

Dentro del modelo de Deleuze, los postulados referidos hasta este punto: el *cogitatio*, el sentido común y el modelo, limitan a la diferencia del plano virtual (desde de la

síntesis que se evoca desde el Yo pienso) a partir de la sujeción del sentido por cuatro categorías que determinan los contornos de la representación: la identidad que se aplica a lo indeterminado; la analogía que recae sobre conceptos determinados; la oposición dentro de la relación de las determinaciones al interior de los conceptos; y la semejanza que opera en el objeto determinado por el mismo concepto. Estas cuatro categorías determinan los bordes sobre los que la IDP puede pensar válidamente con corrección y bajo la dirección moral de la racionalidad, que configura la verdad (lo verdadero como lo moralmente bueno).

Por tanto, los ocho postulados de la IDP (hasta este momento cuatro) están orientados por dos de los principales fundamentos epistemológicos de la modernidad: el racionalismo descartiano y el trascendentalismo kantiano. Ambas posturas labraron los bordes internos de la razón y del pensar a fin de delimitar lo múltiple, de tal forma que se empotra al sujeto como centro del conocimiento.

Postulado de lo negativo o del error

Desde la representación del plano kantiano es posible entender que esta fijación proviene de la necesidad de pensar distintos medios de conocimiento (intuición, concepto e idea). Por un lado, la intuición actúa como un mero acto receptivo de los datos empíricos que del objeto del conocimiento capta el sujeto. Así, las facultades superiores acuñan conceptos sobre la representación del objeto. De esta manera, en la construcción de ideas, refieren conceptos que van más allá de la posibilidad de la experiencia, cuya fuente es la razón.

Por tanto, en el diseño de Kant, lo que se presenta ante nosotros es en realidad, una representación, un fenómeno que no es propiamente una apariencia, sino una aparición en el tiempo y en el espacio (que son formas puras de nuestra intuición o de nuestra sensibilidad). Por tanto, al no ser una apariencia, sino aparición, se trata de una re-presentación, por lo que el conocimiento se entiende como síntesis de lo que se presenta, es decir, como representación misma. Por ende, tanto las afirmaciones conducidas en la representación del pensamiento como el conocimiento están legislados por las facultades superiores que evocan ya no objetos del mundo, sino afectaciones fenoménicas dentro de la conciencia que limitan al pensamiento de acuerdo a la experiencia, que fuerza a los conceptos, y que someten al fenómeno a su razón.

En este esquema, el quinto postulado, correspondiente a lo negativo o al error, parte de la premisa de que la corrección de la razón es inherente a ésta. Como condición

intrínseca del pensar de acuerdo al cogito y la fuerza legislativa de la razón, la axiomática de la razón orienta a las facultades hacia la corrección, por lo que, necesariamente, aquellos errores que condicionen lo falso o la especulación provendrán desde lo externo afectando a lo racional. El error sólo se presenta cuando hay un conflicto entre dos facultades, sólo como un fallo entre la concordancia del sentido común, de ahí que el error devenga en un falso reconocimiento y una mala representación, provocado no por la fuente de la razón, sino por un evento exterior. Por tanto, al atribuir al error la traza del sentido común y la representación, se delimita la interioridad de lo racional, de ahí que la base axiomática, de la que depende la fuerza del pensar, no puede validar como racional a aquello que considere erróneo, limitando la fuerza de la representación a la identidad o los demás supuestos analizados en el postulado anterior, desfigurando otras racionalidades a partir del postulado de la representación en la calca del plano conceptual. Una clara tensión de esta axiomática racional se prevé en el tratamiento del Yo contrapuesto a la racionalidad pre-moderna practicada por sociedades indígenas que en su lugar encuentran el "nosotros" como un ámbito de reducción ontológica y del pensar. De ello, que se distinga un carácter peyorativo sobre aquellas racionalidades, marginándolas como: locura, salvajismo y estupidez.

Postulado de la función lógica o de la proposición

En la configuración del pensamiento moderno se estableció el privilegio a la proposición de designar el lugar en donde radica lo verdadero y lo falso. De tal suerte que la proposición designa la corrección entre lo adecuado, el pensamiento y el objeto exterior. Bajo esta idea, el sentido es aquello expresado por la proposición y no el significante del objeto referido, por lo que el sentido adquiere un carácter sub-representativo, que es previo a la representación que puede entenderse como la condición de posibilidad dentro de cualquier proposición.

Postulado de la modalidad o de las soluciones

Este postulado se relaciona con el anterior pues la fundamentación de las proposiciones infiere en sí la validez de los contenidos de la verdad, es decir, de un acontecimiento o del sentido singular. En este postulado, se puede manifestar su relación intrínseca con las proposiciones como solución de los problemas. El enfoque del resto de los postulados hacia el planteamiento de los problemas nos deja ver que éstos nacen bajo

la seguridad de la existencia de una respuesta verdadera, que, por supuesto, vale a partir del sentido común y del resto de los postulados que aseveran la existencia de los problemas sólo como paso a las soluciones.

Los problemas se calcan sobre las proposiciones de la conciencia empírica que es común y horizontal a la razón, poniendo aparte lo esencial del problema. Empero, no solamente estamos de frente a un olvido, sino quizá de un prejuicio de la razón que nos impone la necesidad de ser tutorados de ésta, y que otros son los que plantean la calificación de nuestras respuestas como verdaderas o falsas.

Los contenidos de verdad o falsedad al interior de una actualidad afectan completamente a los problemas que son planteados como resueltos por las premisas que les resuelven, estableciendo con ello una circularidad entre acontecimiento, proposición, sentido, problema y verdad. De ello que la actualización y violencia sobre los problemas pueda llevar al pensamiento al estudio de falsos problemas.

Postulado del fin o del resultado, postulado del saber

En este último postulado es fundamental comprender que el saber, aunque parte de la representación, está constreñido desde la experiencia. De tal suerte que el sentido común y la construcción de las categorías que replican el forje de los postulados de la IDP construyen al saber como producto final del proceso racional, dejando de lado al aprendizaje. Esta radicalización invoca de nueva cuenta al principio de identidad, en el que aquello que sea diferente o se opone asemeja o se replica por analogía, dejando al aprendizaje como un medio en el proceso en la génesis del saber. El saber se presupone como *a priori* de una regla que soluciona problemas y genera soluciones, mientras que el aprender es un elemento libre sin una rigidez que siempre lleve al mismo camino, una formación del mundo, pero no la respuesta del mundo.

Por tanto, el pensamiento moderno está anclado a la representación, la imitación cultural de lo metódico dentro de la búsqueda del saber y la expresión de los acontecimientos que intentamos conocer. Lo que nos obliga a dar cuenta que, dentro de los bordes del pensamiento moderno, su filosofía y el enigma que cubre las construcciones sobre medios y fines de la humanidad parten de verdades obtenidas desde el reconocimiento y la representación, sin tomar en cuenta que son meramente hipotéticas al interior del pensamiento y que están subsumidas al plano trascendental de lo actual, sin notar las posibilidades más allá de lo dado, que está en un plano virtual. Por lo que la IDP violenta al pensamiento, al sentido y al acto de creación,

replicando la representación en series, degenerando al sentido desde la corrección del pensar, colonizando el saber con violencia y verdad.

Estos postulados evidencian puntos esenciales de la reflexión filosófica construida desde la modernidad. El colonialismo y la consecuente dependencia del conocimiento de la periferia hacia el centro replicaron, por la fuerza de la razón moderna, los modelos filosóficos fundados en el racionalismo y la filosofía trascendental (la mayoría de los modelos usados en el orden social) y replican a la IDP, y de la misma forma ésta se replicó políticamente y también moralmente en detrimento de otras realidades y saberes.

De tal suerte que las tres épocas descritas anteriormente por Dussel (y entre ellos los diferentes modelos referidos por éste —solo como muestreo—), implican la recursividad de esta imagen de pensamiento y que, como en el proceso de colonialidad, para las demás épocas también imperó la dependencia de las explicaciones y sus particulares consecuencias en el orden político, jurídico y emancipatorio. En este punto, la IDP se cimentó sobre la producción occidental como el manto de verdad que coloca al pensamiento moderno por encima de otras producciones del conocimiento. Por ello, antes de realizar la pregunta: ¿Hay una filosofía en América Latina?, creo que primero deberíamos plantearnos una premisa de las epistemologías del Sur: fuera de occidente y en todo el planeta existen saberes cuyas relatividades y productos internos pueden o no coincidir con las disciplinas validadas en la actualidad por occidente, y no por ello son o dejan de ser saberes. Sin realizar esto, podríamos cometer el error de replicar la colonialidad, la IDP que hemos comentado, al sostener que un conocimiento es verdadero a partir de la axiomática de su producción, subordinándonos sin darnos cuenta a los conceptos descritos por el proceso moderno.

Al paso, la cuestión relevante es que hoy en día en el contexto latino americano (y más allá de éste) existe producción de contenido de saberes que incluso se ha puesto en diálogo, o en ejercicio contrahegemónico, ante el pensamiento moderno. Solo por mencionar algunos casos, la teología de la liberación, la filosofía de la liberación, la negritud, el post colonialismo o, por otro lado, la filosofía Andina, Tojolobal, Nahuatl, Maya, Wixaritari, etcétera. Como destaca Deleuze, la modernidad estatizó la diferencia en una filosofía concentrada en la representación (a partir del sujeto) que a la par de la colonización se ha impuesto como universal, pero, fuera de esa fuerza ortodoxa de pensar, el sentido en su producción social tiende a mutar y liberarse desde su propia expresión, por ello, las distintas mesetas de conocimiento situadas en diferentes tiempos y espacios, desde la cultura y otras formas de vida, construyen expresiones de sentido completamente diferentes a las representaciones del pensamiento moderno.

Basta comprender los ejemplos sobre los Tojolobales y el uso del concepto de *nosotros* que incluye al cosmos y no parten desde la justificación del yo, o la concepción de la *Pachamama* no sólo como madre tierra sino como un ente palpitante que nos da la vida.

En la producción moderna, la escisión del Yo es resultado de un proceso histórico sobre la separación no sólo del contenido espiritual y teogónico, sino también, y más relevante aún, de la separación de la humanidad con la naturaleza. Por ello, los fundamentos de saber de otras latitudes como las referenciadas en el párrafo anterior, las epistemologías del Norte les circunscriben a su proceso identitario de su misma IDP, situando a éstos en esquemas del animismo, espiritualismo o naturalismo (Di Salvia, 2011). Sin embargo, la producción de su imagen de mundo puede ser llamada de tantas maneras como se planteen diálogos interculturales, o bien puede ser silenciada por procesos hegemónicos a partir del epistemicidio o el encubrimiento de los conceptos y formas de vida. Lo relevante en el caso es que la concepción de los fines de la vida cambia, de acuerdo al centro de reflexión sobre los que se funde la imagen de mundo, por lo que es necesario replantear fundamentos de saberes, cambiando el centro de la reflexión y finalidad de la vida no hacia la humanidad, sino quizá desde y hacia la naturaleza.

Por lo que abandonar la IDP implica, justamente, habitar los conceptos desde otras imágenes de mundo, cuya primera consecuencia en la libertad será concebirla fuera del encierro de la justificación del yo y quizá -dependiendo de los contextos- sea a partir del nosotros o la naturaleza. En todo caso, el ejercicio de la libertad situada en la naturaleza, y no sólo en la condición moral de una ley objetiva y universal, podría descentrar no solamente la producción del orden social, sino más allá —tal como acontece en los saberes originarios que han resistido centenariamente, sin teorías del Norte o academias, a la colonización— se podría transformar toda la cadena de proposiciones válidas al respecto del orden social y los fines de la vida humana. Por otro lado, los postulados de la IDP, al monopolizar el sentido de la forma del saber moderno, nos muestran la manera en cómo, tal vez, los fundamentos contrahegemónicos de los saberes puedan invertir dichos postulados.

Filosofía y la colonialidad del poder

Es importante tomar en cuenta la relación entre la filosofía moderna —principalmente la posición ilustrada— y los modelos derivados de ésta dentro de la organización política. Como hemos visto en el apartado anterior, la expresión de los conceptos y la sujeción

de las finalidades de un sistema filosófico cuentan con cierta coherencia al respecto de los contenidos de validación o verdad. Como ha señalado Foucault, las tecnologías de poder se encuentran relacionadas directamente con la producción o mantenimiento de un régimen de verdad, por tanto, la construcción de la filosofía política del siglo XVII[7] en adelante atendió a la construcción de regímenes de veridificación política a partir de la razón. El siglo de las luces parió las principales teorías de la organización política cimentadas en la razón, de ahí que los diferentes antecedentes del contractualismo moderno sirvieran como paso necesario hacia la filosofía política cimentada en la creación ficcionista del *contrato social*. En esta tesitura, la idea de libertad ilustrada conlleva una fuerte asimilación de la separación entre individuo y comunidad, que no es compatible con otros pensamientos no modernos que arrogan el entendimiento de la sustancia individual como parte del cosmos o de la comunidad. Por otro lado, la noción contractual no puede comprenderse tampoco de manera aislada, sino dentro de una imagen de mundo que establece la correlación de diversas "representaciones" que sirven como proposiciones y validan axiomáticamente un contenido de verdad. De tal suerte que los contenidos revisados de la IDP vuelven a estar presentes dentro del carácter político por obvias razones. A partir de esta ficción, quiero establecer tres rasgos fundamentales que se relacionan con el punto anterior:

A. El Estado nace de un acto horizontal de "racionalidades"**,** como una creación colectiva, en el que cada uno de los integrantes de una comunidad política, en "ejercicio natural de su razón y libertad natural", asumen como necesaria la cesión de la libertad en pro de su ejercicio y la "conservación de sus bienes y vida".

B. En lo general, la función del Estado "constituye el límite de la libertad" plena para configurar la delimitación de libertades particulares con base en la convivencia armónica de los individuos, sus racionalidades y deseos. Por tanto, el Estado restringe las libertades de los individuos en sociedad bajo la construcción del orden jurídico.

C. El Estado prefigura la corrección del orden social a partir de su entendimiento racional desde el bien común, por encima de los deseos y caprichos de los particulares. La dirección del Estado y sus leyes conducen por su propia naturaleza a "la corrección moral del pensamiento".

7 Tomo en cuenta el siglo XVII por, entre otras causas, el planteamiento hobbesiano.

Los tres puntos anotados parten de una estructura fundada en la sujeción de la verdad, la libertad como ejercicio de la razón y la expresión de la decisión y la fundamentación de la corrección como lo moralmente bueno y verdadero. Por lo que la libertad ilustrada se representó progresivamente en el liberalismo, que, desde la pretensión de verdad, moldeó los principales conceptos modernos del orden social. Su discurso se funda principalmente en la fuerza de la necesidad que emana de una verdad racional, de un principio universal del hombre: "la mejoría de condiciones y la búsqueda de la utilidad del bien superior" (como se apunta en las tesis clásicas del derecho natural). De acuerdo con ello, estamos obligados desde el *imperativo de la razón*, al abandono del estado de naturaleza para configurar un orden "civil", por el que su fundamentación adquiere un tono moral a partir de la razón, de ahí que el imperio de su justificación de la razón en Locke, Kant o Hegel haya establecido la línea distintiva entre la historia de la civilización, el progreso y las razas.

Dentro de esta imagen, la repetición del sentido sostiene su fuerza a partir de la identidad, analogía, oposición y semejanza, que constituyen la afirmación del pensamiento validable en torno a los conceptos determinados por la fuente de la representación, del *cogito* y las facultades que orientan al pensamiento hacia la verdad. El liberalismo parte de la necesidad representativa del "Yo" cartesiano, a partir de la delimitación categorial que subyace *in situ* del pensar, por lo que el resto de conceptos y bienes al interior del Estado se alinearan en sus representaciones de acuerdo a la semejanza, oposición, analogía e identidad, situando a estas categorías como las validadas por las premisas que constituyen la fuerza de la meseta. De lo anterior cabe destacar que, de acuerdo a la producción del conocimiento occidental, la reflexión de la libertad cobró mayor relevancia dentro del Estado moderno. Bajo esta concepción, se naturalizó el ejercicio de la libertad como el ejercicio de los derechos, suponiendo así la mutación de los límites de la autonomía de la voluntad ante el contorno de la norma jurídica. Sin embargo, aún dentro de las metrópolis existieron grupos sociales que continuaban siendo excluidos, mismos que tenían que ceñirse al margen de la restricción sin lograr alcanzar los contenidos de sus derechos. Por tanto, la reflexión al interior de la imagen de pensamiento moderna, reflexionó sobre la degradación de la libertad y le entendió (radicalmente como en Rousseau) como un ejercicio de degradación que es tanto como morir o deshumanizarse. Sin embargo, concretamente esta deshumanización y degradación al cabo del tiempo (liberalismo económico) fue normalizada por el mismo discurso de "conservación de la vida" por parte del Estado moderno, administrando las libertades a partir de los contenidos capitalistas,

situando al oprimido y los grupos vulnerables en una posición de los "sin poder", lo que significa la amputación de la creación de otras alternativas políticas o fundaciones de mundos, estimulando la degradación de los derechos desde un Estado máximo de restricción para la ciudadanía y un Estado que se oponga al mínimo para el mercado (Santos, 2009).

Del otro lado de la línea abismal (Santos, 2010: 13), la migración de los modelos, a partir de la imposición colonial del saber y del poder, transformaron los contenidos del Estado liberal degradando su sustancia hacia un Liberalismo Colonial. Esta concepción la he tratado en otro lugar (Sandoval, 2016) a fin de representar lo paradójico de la libertad en los sistemas políticos ex coloniales, para determinar cómo la dependencia en el saber y el poder continuó luego de los periodos post revolucionarios, como en México. Este régimen se sitúa principalmente antes que en un orden de libertades en un proceso de licencias.[8] Así, el Liberalismo Colonial

> se funda en seis principios cuyos números ordinarios representan el ideario eurocéntrico o metropolitano, y la correspondiente letra, su expresión en México [*o la periferia*]:
>
> 1. El derecho se fundó con base en derechos abstractos
>
> *a. El derecho encubrió a realidades concretas*
>
> 2. De lo anterior, se impone que las Libertades sean generales
>
> *b. De lo anterior, se impone que las restricciones y libertades son particulares*
>
> 3. La inclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social general
>
> *c. La exclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social particular*
>
> 4. Los derechos emanan del Estado y éste reconoce los derechos naturales previos. La ciudadanía equivale al derecho de tener derechos
>
> *d. Los derechos se demandan al Estado y éste no reconoce los derechos que no estén en su concepción. La ciudadanía equivale al derecho de ser sometido por obligaciones jurídicas*
>
> 5. La función del derecho es conservar al Estado a partir del orden social

8 Por licencia entiendo una permisión (arbitraria e irracional) de una persona o institución que asume una posición colonial al respecto de otra que se le impone el papel de subordinado. El reflejo de éste concepto del otro lado de la línea, dentro del Estado liberal, se denomina libertad.

e. La función del derecho es conservar al Estado a partir del control social de clase

6. La soberanía recae en el pueblo

f. La soberanía recae en cierta clase del pueblo (Sandoval, 2016: 113).

En este esquema, la forma general del Estado moderno, del otro lado de la línea abismal, en la continuación del régimen colonial, adquirió una forma singular cuya función concreta se centra en la degradación de la libertad como estrategia de explotación capitalista.[9] Empero, su fundamento depende totalmente del discurso tanto filosófico como político de contenido liberal. Por ello, para efectos de este trabajo, denomino *Estado discursivo*[10] al sistema político institucional y "legitimo"[11] aplicado en las periferias ex coloniales que depende, para su ejercicio, de los contenidos del Estado moderno (puntos A, B y C revisados anteriormente), así como sus procesos retóricos y prácticos de intervención en la vida pública y privada con los fines del "bien común". Formalmente se trata de un Estado moderno desde el discurso, mientras que sus fines son los descritos por el Liberalismo Colonial. Este tipo de Estado limita su existencia y aplicación al territorio y a su extensión jurídica, mientras que sus fines están relacionados con la ciudadanía e instituciones locales e internacionales como otros Estados y agentes de mercado.[12]

A partir de la naturaleza de este Estado discursivo, los fines del Liberalismo Colonial son cumplidos a través de la institucionalización de normas jurídicas eficaces, bajo una retórica de interés común con fines netamente particulares. En este sentido, el discurso y el ejercicio de los derechos como manifestación de la libertad se reservaron

9 Me refiero a la degradación de la libertad como estrategia de explotación capitalista a partir de los ejemplos dados por los sistemas jurídicos del siglo XIX de América Latina, cuyas expresiones discursivas planteaban el ejercicio universal de los derechos, pero que en la aplicación de tales, las vejaciones de derechos humanos, genocidios y explotación fueron los principales medios para la organización socioeconómica de estos países, fortaleciendo desde la ausencia de los derechos el desarrollo global de la explotación capitalista. Es imposible pensar a la modernidad sin el colonialismo y la colonialidad.

10 La concepción del Estado discursivo es una propuesta que parte de una observación sociológica que cobra relevancia en la falta de incidencia de la retórica estatal dentro del campo social.

11 Cuestiono la noción de legítimo a partir de la democracia de baja intensidad que forma parte del discurso liberal colonial, pues, si se tratara de democracia de alto impacto la raíz discursiva no necesariamente sería occidente, ni la forma del Estado moderno. i.e. La transformación constitucional del Estado en Bolivia.

12 Como ejemplos institucionales podemos referir al municipio, el congreso, los partidos políticos, etcétera. Como expresiones de éste, todos los actos jurídicos desarrollados con el derecho estatal y las relaciones entre instituciones y particulares. Por ejemplo, la compraventa de servicios, una sentencia declarada por un tribunal, una campaña electoral, etcétera.

para ciertas clases de personas. Por ende, los niveles de corrupción e impunidad se institucionalizaron en instrumentos jurídicos moldeables a la interpretación y aplicación del derecho para ser usados particularmente por las mismas instituciones participantes de esta forma de organización. De lo anterior, la experiencia nos indica que, ante tal degradación de la organización social, emergieron paralelamente (como tipo ideal) otras organizaciones de corte político[13] cuyos fines pueden ser tanto hegemónicos como contrahegemónicos. Es decir, el Estado de facto tiene dos dimensiones.

En su dimensión netamente formal, es importante decir que el Estado de facto construye una serie de ilegalidades de frente al Estado discursivo, pues no acata los contenidos normativos de éste. Sin embargo, estas cadenas de ilegalidades pueden tener al interior de este sistema de organización un contenido normativo determinado por el grupo social. Además, es importante dar cuenta que a partir de ello existe una vinculación[14] débil[15] o fuerte[16] con el Estado discursivo, dependiendo de la interlegalidad y el pluralismo jurídico.

De tal suerte que comprendo al Estado de facto como un sistema social de organización ilegal (visto desde el Estado discursivo), que se expresa territorial y extra-territorialmente a partir de la fuerza discursiva (retórica) o material (violencia simbólica o física) para hacer valer sus normas y conservar sus intereses. En el caso del Estado de facto hegemónico, tiene una dimensión territorializada y una extensión desterritorializada; en la primera podemos observar al narcotráfico, paramilitares, etcétera. Estos parten de una noción explícita del gobierno privado indirecto (Mbembe, 2011: 77) y hacen valer su retórica en la extensión de su dominio territorial a partir de la violencia. Por otro lado, en su extensión desterritorializada, bajo la misma lógica, se imponen sus normas a partir de una manifestación de violencia simbólica en donde se ejerce una dominación financiera y económica a partir de las estructuras definidas en el comercio global, cuyos intereses están expresados por la *lex mercatoria* sobre los Estados discursivos. Ejemplos de ello, Walmart y Dragonmart, las compañías extractivistas, las casas de bolsa, las calificadoras de riesgo, como Standard & Poor's, etcétera.

13 En el sentido de Estado de facto hegemónico el ejercicio del poder es económico, mientras que en el Estado de facto contrahegemónico es social.

14 La noción de vinculación débil o fuerte se mide a partir de la eficacia de las normas del Estado discursivo.

15 Un ejemplo de vinculación débil es el reconocimiento de derechos indígenas por parte del Estado.

16 Un ejemplo de vinculación fuerte es la relación entre grupos transnacionales que desde la *lex mercatoria* implementan legislación local a fin de cumplir sus intereses.

En este sentido, dichas organizaciones sociales establecen límites de las libertades, a partir de estructuras y ejercicios hegemónicos que terminan (sociológicamente hablando) produciendo la exclusión y dominación de actores y grupos sociales completos. Ante ello, la sociedad produce resistencias y organización política: el Estado de facto contrahegemónico.

Éste se produce principalmente desde el choque estructural de grupos sociales homogéneos o heterogéneos que conciben una retórica de la vida diferente y resisten a lo planteado por los otros dos tipos de Estados. A partir de esta tensión, la calificación de ilegalidad (puede o no darse tal calificación de acuerdo a las estrategias planteadas por la movilización) o resistencia está determinada por la racionalidad interior del Estado discursivo o bien por la violencia del Estado de facto hegemónico y no así por sus propios fines. Es decir, se trata de la producción de una emergencia y resistencia política que afirma otras (retóricas) libertades y contenidos de la vida. En el caso, el Estado de facto contrahegemónico afirma en sus prácticas y fines la preservación de otras formas de vida posibles, cuyos contenidos provienen de distintas microracionalidades y retóricas, que apelan a otras formas de dignidad que pueden, o no, empatar con los fundamentos de la racionalidad moderna. De tal suerte que el Estado de facto contrahegemónico puede manifestarse en luchas políticas, resistencias sociales e incluso en luchas ante los tribunales dentro del Estado discursivo en pro de una retórica de justicia.

Su extensión puede ser tanto territorializada como desterritorializada. En el caso territorial, se puede dar cuenta de las sociedades en aislamiento voluntario, las comunidades indígenas y movimientos sociales que luchan a partir de sus propias prácticas, con o sin la gramática del Estado discursivo o contenidos modernos en contra del despojo de la propiedad, el medio ambiente, la tierra y el agua. Asimismo, estas luchas pueden compartir una dimensión desterritorializada cuando se expresan esas demandas, a partir de retóricas más generales, en derechos humanos o la dignidad, por ejemplo. De ello que, especialmente en el campo desterritorializado, el Estado de facto contrahegemónico se manifiesta de manera transversal en categorías y organizaciones de formas de vida como los obreros, las mujeres, los indígenas, los indignados. Es decir, en movimientos sociales transversales que pueden coincidir en concepciones de justicia social y de justicia anticapitalista.

De lo anterior, es importante acudir a la reflexión sobre el concepto general de Estado. Habíamos dicho que la lógica general del discurso ilustrado le situó como el ejercicio racional desde el que es posible la conservación de la vida y los bienes relativos

a ella. Vale la pena pensar que el ejercicio de la Libertad desde el Estado de facto contrahegemónico cumple con el propósito sociológico del Estado, pues se lucha por la conservación de la vida y sus contenidos a partir de estructuras, institucionalizando narrativas y visiones de mundo. En este sentido, el Estado moderno no es el único que goza de un mecanismo de racionalidad y libertad, ni tampoco de una retórica institucional, sino que también existen estas construcciones cuyos fundamentos no siempre son modernos. En el caso, vale la pena decir que el Estado de facto contrahegemónico puede comprenderse como una práctica descolonizadora de la Libertad, siempre y cuando a) no se convierta, a partir de la violencia, en un Estado de facto hegemónico; y b) los anhelos de justiciabilidad, de clase, sexo, raza, condición y las demandas por la dignidad, provengan de un fundamento diferente a la colonialidad del saber/poder (como los mencionados en la conclusión del punto anterior), o bien, que nazcan de prácticas de un contenido contrahegemónico que devuelva el poder a los "sin poder" comomecanismo de resistencia política y afirmación ontológica.

En esta descripción, es posible dar cuenta de diferentes anhelos de justicia que se encarnan más allá la imagen de mundo moderno, en anhelos de libertad y conservación de la vida que perfeccionan otra imagen de pensamiento. En este sentido, la coherencia de su visión de mundo postula y afirma otras estructuras normativas que, traducidas en la visión del orden social moderno, podemos asimilar como derechos (i.e. *pachamama*, *summa kawsay*, etcétera).[17] A partir de esta lógica, al refundar el contenido político de la expresión de la libertad, el Estado, por su naturaleza social, se re-funda, pues los fines de la libertad aperturan el sentido hacia otros lugares del conocimiento. Por lo que no es ninguna sorpresa tomar en cuenta que a aquellas culturas que a decir de los modernos conciben a la vida desde una idea animista, naturalista, o para decirlo sin eufemismos, desde una concepción primitiva o salvaje, entiendan la finalidad de la libertad de acuerdo con el bien más preciado: la naturaleza. Por ende, la humanidad y sus culturas particulares se deben a ésta, por lo que naturalmente la concepción de la visión del mundo, su libertad y finalidad como seres en el *cosmos* tiende a ser anti-capitalista.

En este orden de ideas, las prácticas del Estado de facto contrahegemónico en sus diferentes movimientos sociales afirman prácticas descolonizadoras que se confrontan

17 La concepción de derechos, y sobre todo la noción moderna de derecho, es una versión reducida del orden occidental que implica la colonialidad de la categoría sobre cualquier otra forma de organización social cuya finalidad apele a la justicia en toda su relatividad. En este sentido, parte de la afirmación de una gramática particular que encubre a partir de conceptos propios cualquier otra forma de vida, práctica o discurso.

con la modernidad y sus contenidos coloniales apostando por la emergencia de otras libertades.

Conclusión

Como se dijo previamente, occidente construyó la afirmación de sus derechos a partir de la evolución de su visión de mundo sostenida en un esquema racional:

yo/razón/voluntad/libertad/cosa

En este sentido, la descolonialidad de la libertad supone comprender que la naturaleza, los otros seres humanos y la vida misma no es una cosa, sino otros entes en igualdad. También implica que el fundamentalismo *yoico* occidental supone la destrucción de otras realidades, por lo que el dialogo intercultural implica un dialogo de saberes que, como en el caso de Bolivia y Ecuador, provoque la emergencia de otros esquemas:

Naturaleza/vida/razón/otras especies/libertad

Bajo este sentido, la orientación de la libertad hacia fines más allá de la lógica de apropiación implica responsabilidad y conservación. Pero no habrá conservación de la vida humana si el ser humano no comprende que sin vida del planeta su vida no es posible. Este tema se revisará en otro proyecto: Descolonizar la fraternidad.

Una civilización que entiende a la conservación de la vida como un ejercicio irracional y salvaje solo puede encontrar su justificación en una razón dogmatizada e irreflexiva. Hoy en día la imagen de mundo está cambiando, quizá sea momento de encontrar una libertad que nos permita dibujar fines civilizados y racionales, más allá de la "civilización y racionalidad" moderna-capitalista y neo-liberal.

Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente (2008), *Constitución del Ecuador*. Quito: Asamblea Constituyente. Consultado en http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Benjamin, Walter (2001) Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV. Trad. Roberto J. Blatt Weinstein. España. Taurus.

Bloch, Ernst (2011) Derecho y dignidad humana. Trad. Herederos de Felipe González Vicen. Madrid. Dykinson.

Deleuze, Gilles (2006), *Diferencia y repetición*. 1ª reimp., trad. María Silvia Delpy y Hugo Beccacece. Buenos Aires: Amorrortu.

Deleuze, Gilles (2008), *Nietzsche y la filosofía.* 8ª ed., trad. Carmen Artal, Barcelona: Anagrama.

Di Salvia, Daniela (2011), "Para una dialéctica de la naturaleza andina. Aproximaciones filosófico- antropológicas a las creencias quechuas en los Apus y la Pachamama", *Gazeta de Antropología*, 27 (1), artículo 13. Consultado 02.04.2016 a la 01:35 am en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/G27_13Daniela-di-Salvia.pdf

Dussel, Enrique (1994), *Historia de la filosofía y filosofía de la liberación. Textos completos.* Colombia: Editorial Nueva América. Disponible en http://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/48.Historia_de_la_filosofia_y_filosofia_de_liberacion.pdf

Dussel, Enrique (2000), "Europa, modernidad y eurocentrismo", en Edgardo Lander (org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Perspectivas latino-americanas*. Argentina: CLACSO, 24–33. Disponible en http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf

Dussel, Enrique (2015). *Filosofías del sur. Descolonización y transmodernidad.* México: Akal.

Fanón, Franz (1983), *Los condenados de la tierra*. México: Fondo de cultura económica.

Mbembe, Achile (2011). *Necropolítica seguido de sobre el gobierno privado indirecto.* España: Meusina.

Rivera Cusicanqui, Silvia (2010). *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón. Disponible en http://www.tintalimon.com.ar/libro/CHIXINAKAX-UTXIWA/

Sandoval, Germán (2016). "La constitución de 1917 y el Liberalismo Colonial", en Luis Guerrero Galván y Carlos Pelayo Moller (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: De las garantías individuales a los derechos humanos*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 95–118. Consultado a 10.05.2016, en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4093

Santos, Boaventura de Sousa (2009), *Una epistemología del Sur*. México: Siglo XXI/ CLACSO.

Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal.* Argentina: CLACSO.

Weil, Simone (1995) *Reflexiones sobre las causas de la libertad y la opresión social.* España: Paidós.

CRÍTICA MARXISTA DO ESTADO: CONTRIBUIÇÕES DE NICOS POULANTZAS E PACHUKANIS

Marxist criticism of the State: contributions of Nicos Poulantzas and Pachukanis

Matheus Silveira de Souza

Resumo

O artigo aborda a crítica marxista do Estado em Nicos Poulantzas e a crítica do direito em Pachukanis, analisando a funcionalidade da estrutura jurídico-política do Estado para a reprodução das relações capitalistas. Em Poulantzas, ganha centralidade o efeito de isolamento e de unidade produzidos pelo ente estatal. O conceito de bloco no poder ajuda a compreender a relação do Estado com as frações burguesas pela chave da autonomia relativa, demarcando a especificidade da luta política. Pachukanis identifica que a extração de mais valor entre capitalista e proletário é mediada pelo Estado e pelo direito, a partir de categorias jurídicas como sujeito de direito, autonomia da vontade e contrato de trabalho. A separação entre a política e a economia no capitalismo é essencial para que o Estado apareça como terceiro neutro nas relações econômicas. O artigo se utiliza, principalmente, da obra *Teoria geral do direito e marxismo*, de Pachukanis, e *Poder Político e Classes Sociais*, de Nicos Poulantzas,

Palavras-chave: Estado capitalista; Poulantzas; classes sociais; efeito de isolamento; Pachukanis; forma jurídica; sujeito de direito

Abstract

The article discusses the marxist criticism of the State in Nicos Poulantzas and the criticism of law in Pachukanis, analyzing the functionality of the legal-political structure of the State for the reproduction of capitalist relations. In Poulantzas, the effect of isolation and unity produced by the State gains centrality. The concept of power bloc helps to understand the relationship of the State with the bourgeois fractions through the key of relative autonomy,

demarcating the specificity of the political struggle. Pachukanis identifies that the extraction of more value between capitalist and proletarian is mediated by the State and by law, from legal categories such as subject of law, autonomy and employment contract. The separation between politics and economics in capitalism is essential for the State to appear as a neutral third party in economic relations. The article uses, mainly, the work *The General Theory of Law and Marxism*, by Pachukanis, and *Political Power and Social Classes*, by Nicos Poulantzas.

Key-words: Capitalist State; Poulantzas; social class; insulation effect; Pachukanis; legal form; subject of law;

Introdução

O Estado moderno é fruto de uma realidade histórica e material específica, que surge com as revoluções burguesas do século XVII e XVIII, responsável por engendrar suas bases e seus fundamentos. O mesmo pode ser dito em relação ao direito, considerando que a forma jurídica só estava presente de modo embrionário em outros períodos históricos, atingindo seu ápice apenas com o desenvolvimento do modo de produção capitalista.

A afirmação acima revela que o Estado não pode ser enxergado como fenômeno presente de modo uniforme na história, independentemente das alterações ocorridas nos modos de organização social e econômica. Abandonar a pretensão de autonomia absoluta do Estado e do direito, como campos indiferentes às mudanças econômicas e à luta de classes, é o primeiro passo para compreendê-los a partir de suas múltiplas determinações. Isso não significa, entretanto, aderir à concepção economicista, que coloca todas e quaisquer determinações no campo econômico e considera o Estado apenas como superestrutura política mecânica, ou seja, como apêndice da base econômica, de modo que não restaria nenhuma especificidade ou determinação pertencente ao campo político.

Nicos Poulantzas, autor grego erradicado na França, elaborou uma das grandes contribuições do século XX para a análise marxista do Estado. No livro *Poder Político e Classes Sociais*, o autor apresenta elementos centrais para a compreensão do Estado, como bloco no poder, autonomia relativa do Estado e efeito de isolamento,

ressaltando que o poder político não está diluído no poder econômico, mas possui uma especificidade que deve ser observada para alcançarmos a compreensão das relações de produção e de reprodução da sociabilidade capitalista.

A principal obra de Pachukanis, *Teoria geral do direito e marxismo*, apresenta uma teoria marxista do direito que radicalizou as concepções teóricas referentes à relação entre capitalismo e direito, tecendo considerações não apenas sobre o conteúdo, mas também sobre a forma na qual o direito se apresenta na sociedade capitalista. Dessa maneira, o autor soviético rompe não apenas com a concepção juspositivista tradicional, mas também com teorias marxistas produzidas à época sobre o direito e o Estado.

A partir desse pano de fundo, o artigo aborda a crítica do direito de Pachukanis e a teoria do Estado de Poulantzas, em vista da relevante contribuição de ambos os autores para se pensar o Estado e o direito a partir do legado da teoria marxiana e marxista. Não pretendemos apontar eventuais conexões entre a teoria de ambos os autores, mas sim analisar, em diferentes momentos do texto, a contribuição de cada autor para o pensamento marxista em relação ao fenômeno jurídico e ao Estado.

Começando por Pachukanis, identificamos como o autor soviético utiliza-se do materialismo histórico dialético para a construção de sua teoria. Posteriormente, aborda-se as especificidades do Estado no modo de produção capitalista, bem como o conceito de forma jurídica a partir de categorias fundamentais, como sujeito de direito, relação jurídica, liberdade contratual e igualdade jurídica.

Essa análise é feita em constante diálogo com a obra de maturidade de Marx, *O capital*, considerando pontos de conexão existentes entre os dois autores. Além de relacionar as premissas metodológicas presentes em ambos, também realizamos uma aproximação entre categorias que permitem uma maior compreensão do modo de produção capitalista, tais como forma mercadoria e forma jurídica.

No que tange ao pensamento de Nicos Poulantzas, valemo-nos da obra *Poder Político e Classes Sociais*[1] para abordar sua teoria marxista do Estado, bem como de artigos e livros de autores poulatzianos. Os elementos da estrutura jurídico política do Estado - direito capitalista e burocracia - e os efeitos de isolamento e de unidade são cruciais para entender o caráter ideológico do ente estatal. O conceito de bloco do poder e frações da classe dominante permitem visualizar a relação do Estado com as classes sociais.

1 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019.

A crítica marxista do Estado em Nicos Poulantzas

Apesar de não haver consenso em relação à noção de Estado no marxismo, Nicos Poulantzas é um dos autores que mais avança nas contribuições para se pensar o papel do Estado e do político a partir da teoria marxista. Para Poulantzas, o poder político não está diluído no poder econômico, mas possui uma autonomia relativa, embora seja determinado, em última instância, pelas relações econômicas. Se o economicismo entendia que o poder político é apenas um apêndice das relações econômicas, determinada mecanicamente pela economia e sem nenhum espaço de atuação, Poulantzas demonstra, com sua teoria, que embora o Estado seja determinado pela economia, há um campo de atuação específico para o Estado e para o poder político, já que determinação não é sinônimo de determinismo. Assim, não existe apenas uma luta econômica de classes, mas também uma luta política de classes, embora ambas façam parte de uma totalidade e se relacionem de maneira dialética.

No prefacio de *Para a Crítica da Economia Política*, Karl Marx utiliza uma metáfora arquitetônica para explicitar os vínculos entre as relações de produção (estrutura) e as relações políticas, jurídicas e ideológicas (superestrutura):

> "(...) na produção social da sua vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura económica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superstrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas da consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política e espiritual.[2]"

Embora Marx não tenha construído um pensamento mecanicista, algumas interpretações equivocadas dessa metáfora marxiana simplificaram sobremaneira seu pensamento, defendendo a tese de que a superação do modo de produção capitalista diz respeito apenas a enfrentar as relações advindas da estrutura, pouco importando as relações jurídicas, políticas e ideológicas presentes na superestrutura.

Poulantzas demonstra o equívoco dessa corrente, denominada "voluntarismo economicismo", que entende o Estado apenas como emanador dos interesses da

2 MARX, Karl. Prefácio da crítica da economia política. In: Manuscritos-econômico-filosóficos. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Traduções de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

burguesia, um bloco monolítico e sem fissuras, que produz os mesmos resultados a despeito da luta de classes. Se a superestrutura é um mero reflexo da estrutura econômica, não haveria espaço para a luta política, pois essa está completamente determinada pela luta econômica, ou seja, apenas a estrutura determina a superestrutura, não havendo nenhuma determinação superestrutural nas bases econômicas. Desse modo, Nicos Poulantzas critica o que ele denomina de concepção Estado-sujeito.:

> "Essa tendência vê no Estado, no fim das contas, o produto de um sujeito, quase sempre da classe dominante-sujeito, de que constitui um simples utensílio de dominação, manipulável à vontade. A unidade desse Estado é assim relacionada a uma unidade pressuposta da "vontade" da classe dominante, a respeito da qual o Estado não apresenta nenhuma autonomia."[3]

Entretanto, se o Estado não é um sujeito, tampouco é um instrumento neutro, sem materialidade específica, que absorverá sem resistência a vontade de seus dirigentes. Em outras palavras, o Estado ocupado por indivíduos progressistas não se torna necessariamente progressista, em virtude da sua materialidade institucional e da sua natureza de classe. O fato de que o Estado capitalista possui uma natureza de classe não significa, todavia, que não há frestas que se abrem em determinadas conjunturas e permitem uma maior ou menor disputa no campo político.

Poulantzas possui duas obras principais na qual elabora sua teoria marxista do Estado, quais sejam, *Poder Político e Classes Sociais*, lançado em 1968 e *O Estado, o poder e o socialismo*[4], lançado em 1978. Nessa última obra, Poulantzas altera sua concepção de Estado, o definindo como "a condensação material de uma correlação de forças entre as classes sociais e suas frações." No presente artigo nos valemos da teoria marxista de Poulantzas descrito em *Poder Político e Classes Sociais* (PPCS).

Na teoria poulantziana, o Estado é um fator de coesão da unidade de uma formação social, ou seja, evita a desintegração de uma determinada sociedade, além de auxiliar na organização da hegemonia. Esse fator de coesão do Estado pode ser captado pela sua função de ordem política, ao impedir que os conflitos políticos de classe ocorram de forma direta. Assim, "o Estado impede que se aniquilem as classes e a "sociedade", o que é uma forma de dizer que ele impede a destruição de uma formação social"[5].

3 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019, pag. 263.

4 POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

5 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019, pag. 50.

As lutas políticas e sociais atravessam o ente estatal, de modo que o Estado aparece como uma "estrutura na qual se condensam as contradições dos diversos níveis de uma formação"[6]. Tais contradições são inerentes a uma sociedade dividida em classes, que possui interesses diretamente antagônicos. Embora o Estado se apresente como um terceiro neutro em relação a essas disputas de classes, é a superestrutura jurídico político do Estado que permite a exploração da força de trabalho, por meio do contrato, bem como a garantia da propriedade privada dos meios de produção, ao alçar juridicamente o direito à propriedade como um direito fundamental. É relevante pontuar que essa aparência do Estado como um terceiro neutro em relação às lutas de classe se torna possível pela separação entre o político e o econômico no sistema capitalista.

Se em modos de produção anteriores, como feudalismo, o próprio senhor feudal deveria garantir, com forças militares próprias, a proteção de sua propriedade, no modo de produção capitalista o Estado garantirá a proteção da propriedade dos particulares, a partir dos aparelhos de repressão estatal. Em termos exemplificativos, a polícia militar só irá até uma ocupação fazer um despejo porque, previamente, há toda uma estrutura jurídica que garante o direito à propriedade privada e a sua proteção. Entretanto, o Estado capitalista não se mostra como um ente que auxilia na dominação de classe, mas sim como um representante de toda a população, produzindo um *efeito de representação da unidade*.

Jaime Osório chama esse aspecto do Estado, representante de toda sociedade, de comunidade ilusória. Segundo o autor, o Estado capitalista só pode funcionar como tal na medida em que oculta sua natureza de Estado capitalista. Assim, o funcionamento deste tipo de Estado pressupõe a constante negação da sua natureza de classe.[7]

A estrutura jurídico-política do Estado capitalista

Para compreendermos a estrutura jurídico-política do Estado capitalista é relevante nos aproximarmos de quatro conceitos chaves no pensamento de Poulantzas, sistematizados por Décio Saes. Tais conceitos são: I) direito capitalista; II) burocratismo; III) efeito de

6 POULANTZAS, Nicos. Op. Cit. pag.46.

7 OSÓRIO, Jaime. O Estado no centro da mundialização: a sociedade civil e o tema do poder. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

isolamento; IV) efeito de representação de unidade.[8] Mais especificamente, o direito capitalista e o burocratismo —enquanto elementos estruturais do Estado capitalista— produzem o *efeito de isolamento* e o *efeito de representação de unidade*.[9]

O direito capitalista caracteriza os indivíduos como sujeitos-jurídicos, todos formalmente iguais e detentores de autonomia da vontade. A igualdade jurídica e a autonomia da vontade permitem que os indivíduos sejam livres para realizar contratos, inclusive o contrato de compra e venda da força de trabalho. Vale observar que por de trás dessa relação jurídica há uma relação econômica e material específica: a separação do produtor direto de seus meios de produção. Todavia, é a dimensão da superestrutura jurídico-política que permite a legitimação dessa relação de exploração, ao caracterizar os "agentes da produção em indivíduos-sujeitos, políticos e jurídicos, despojados de sua determinação econômica e, por conseguinte, de seu pertencimento de classe".[10]

Como se vê, o direito burguês é responsável por produzir um *efeito de isolamento* nos indivíduos em relação aos seus interesses de classe, pois ao classifica-los apenas como sujeitos-indivíduos, dificulta o reconhecimento de seus interesses econômicos e seu pertencimento em um local específico no modo de produção, ocultando os interesses antagônicos entre as classes sociais e os interesses semelhantes entre membros da mesma classe.

Dito de outro modo, agentes de produção separados da propriedade dos meios de produção e com interesses econômicos de classe se transformam, pelo efeito de isolamento, em indivíduos-sujeitos. Poulantzas ainda destaca que "esse estatuto particular da instância jurídico-política corresponde uma ideologia jurídica e política, que decorre da instância ideológica".[11]

O burocratismo refere-se à abertura formal das instituições para o recrutamento de sujeitos advindos de todas as classes sociais, que poderão integrá-la por meio de concursos públicos ou candidatando-se a cargos eletivos. Ou seja, a burocracia do Estado é uma instituição aparentemente aberta para a participação de todas as classes, embora na realidade selecione, majoritariamente, indivíduos de classes sociais específicas.

8 SAES, Décio. A questão da autonomia relativa do Estado em Poulantzas. Revista Crítica Marxista. Rio de Janeiro: Xamã, n. 7, 1998.

9 BARISON, Thiago. Nicos Poulantzas e o direito: um estudo de Poder Político e Classes Sociais. Dissertação (Mestrado em direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

10 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019, pag. 129.

11 POULANTZAS, Op. Cit.

O efeito de representação da unidade diz respeito ao Estado enquanto povo-nação, um terceiro neutro em relação às disputas econômicas, representante do interesse geral. Nas palavras de Poulantzas:

> "o poder institucionalizado do Estado capitalista de classe apresenta uma unidade própria de classe, na medida precisamente que ele pode se apresentar como um Estado-nacional-popular, como um Estado que não representa o poder de uma classe ou de classes determinadas, mas a unidade política de agentes privados, entregues a antagonismos econômicos que o Estado se atribui a função de superar, unindo esses agentes em um corpo "popular-nacional"[12]

Importante ressaltar que os dois elementos da estrutura estatal —direito capitalista e burocratismo— e os efeitos de *isolamento* e *representação da unidade* por eles produzidos não estão separados em perspectivas estanques, mas fazem parte de uma totalidade dialética. Para tanto, o direito capitalista e o burocratismo produzem, reciprocamente, o isolamento e a representação de unidade, que embora constituam um efeito ideológico, possuem uma base material.

É possível perceber um duplo movimento nesses efeitos descritos por Poulantzas, pois ao mesmo tempo que o direito e a burocracia isolam os indivíduos em relação aos seus interesses de classe, também os unifica enquanto sujeitos iguais, pertencentes a um Estado Nação. Isolar e unificar são efeitos ideológicos da superestrutura jurídico-política que produzem a dissimulação do domínio de classe.

Poulantzas desenvolve tais conceitos, em *Poder Político e Classes Sociais*, em um nível de abstração mais geral, sem analisar uma formação social específica. Quando analisa uma sociedade em particular, o faz de modo ilustrativo e não de maneira sistemática. Esse fato, porém, não retira a possibilidade de manusear tais categorias à análise de formações sociais concretas. Armando Boito[13], partindo do pensamento de Althusser, afirma que é possível conceber três níveis de abstração hierarquicamente ordenados —supramodal, modal e formações sociais— iniciando do mais abstrato em direção ao mais concreto:

> I) modo de produção em geral, abrangendo diferentes tipos de organização econômica existentes no decorrer da história, como escravismo, feudalismo e capitalismo.

12 POULANTZAS, Op. Cit. pag. 285.

13 BOITO, Armando. Estado, política e classes sociais: ensaios teóricos e históricos. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

II) modo de produção específico, como por exemplo, o capitalismo. Esse segundo nível de abstração já é mais concreto que o anterior.
III) formação social, se referindo a um Estado específico, determinado por um modo de produção específico. Esse último nível, o mais concreto entre os três, é onde a luta de classes é corporificada a partir das especificidades presentes em cada formação. A formação social brasileira, com suas classes e frações de classes, é um exemplo desse nível mais concreto de abstração.

Esses diferentes níveis de abstração podem ser verificados na análise que Marx realiza das classes sociais em diferentes momentos de sua obra. Ao abordar o tema no início do *Manifesto do Partido Comunista*, afirma que: "a história de toda sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre e oficial"[14], Marx está refletindo no nível supramodal, das diferentes classes sociais existentes no decorrer da história em diferentes modos de produção, mobilizando as principais classes do modo de produção escravista e feudalista. No decorrer do Manifesto, entretanto, Marx e Engels desenvolvem seus argumentos no nível modal —segundo nível de abstração— analisando o modo de produção capitalista com as classes que o constituem, quais sejam, burgueses e proletários, chegando a tratar rapidamente sobre as classes médias (pequeno industrial, pequeno comerciante, artesão).

Já no livro *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*[15], Marx mobiliza a análise da formação francesa após 1848, o que permite verificar diferentes classes e frações de classe naquele determinado momento histórico, fazendo referência a aristocracia financeira, burguesia industrial, classe média, pequenos burgueses, exército, lumpemproletariado, proletariado, proprietários de terra, republicanos burgueses, entre outros. A identificação dessas classes e frações se deve ao fato de que Marx está no nível mais concreto de análise, ao olhar para a formação social francesa em determinado período histórico.

Frações da classe dominante e bloco no poder

14 MARX, Karl.; ENGELS, Friedrich. Manifesto do partido comunista. Lisboa: Avante, 1975.

15 MARX, Karl. O 18 Brumário de Luis Bonaparte. Lisboa: Avante, 1984.

A categoria de análise frações de classe, utilizada por Poulantzas, permite olhar as especificidades existentes a uma classe social e não enxergá-la de modo homogêneo e indiferenciado. A análise das diferentes frações da burguesia ilustra essa questão.

Olhando para a formação social brasileira, podemos identificar ao menos 5 frações da burguesia: burguesia industrial, burguesia comercial varejista, burguesia comercial de atacado, burguesia financeira, burguesia agrária. A reconfiguração do mercado de trabalho no Brasil nas últimas décadas, com a diminuição de empregos no setor industrial, expressivo aumento do trabalho no setor de serviços e surgimento de empregos mediados por tecnologias de aplicativos, causa impactos tanto na composição das frações da classe trabalhadora como nas frações da burguesia. Apenas para ilustrar essa recomposição, destacamos que em 1950 o setor terciário era responsável por 26,4% dos empregos no Brasil, subindo para 54,5% em 1990.[16]

Entretanto, devemos considerar que essa diferenciação das frações burguesas levou em conta apenas o aspecto econômico, sendo necessário uma análise mais aprofundada para identificar as frações burguesas de acordo com a dimensão política, considerando que as frações podem se aglutinar para defender ou negar determinadas medidas políticas.[17]

O conceito de bloco no poder, desenvolvido por Poulantzas, é central para a compreensão da dominação de classe e das eventuais disputas entre as frações da classe dominante. Assim, "o bloco no poder constitui uma unidade contraditória das classes ou frações dominantes, unidade dominada pela classe ou fração hegemônica. Essa unidade do bloco no poder é constituída sob a égide da classe ou frações que dele fazem parte".

As diferentes frações da burguesia, embora possuam o interesse comum de reproduzir as relações capitalista, eventualmente podem possuir interesses distintos. A fração burguesa que conseguir impor uma hegemonia política às demais frações e se beneficiar mais diretamente das medidas estatais será a fração —ou conjunto de frações— que irá compor o bloco no poder. Destaca-se que o bloco do poder se refere ao nível político, vinculando-se ao campo das práticas políticas.

Esse conceito está relacionado com a função do Estado capitalista de organizar a dominação de classe da burguesia e, ao mesmo tempo, organizar a hegemonia de uma fração burguesa específica. Segundo Boito, o Estado burguês: "organiza os interesses

16 IBGE. Estatísticas históricas do Brasil: séries econômicas demográficas e sociais de 1550 a 1988. Rio de Janeiro: IBGE, 1990.

17 FARIAS, Francisco Pereira de. Frações burguesas e bloco no poder: uma reflexão a partir do trabalho de Nicos Poulantzas. Crítica Marxista, n. 28, 2009.

gerais da burguesia priorizando, ao mesmo tempo, os interesses específicos de uma determinada fração burguesa frente aos interesses das demais frações."[18]

O conceito de bloco de poder permite uma análise mais refinada da dominação de classes, pois não opõe apenas classe dominante e classe dominada, mas visualiza as diferentes frações da classe dominante e identifica o domínio político a despeito de eventuais contradições entre frações dominantes.

Nicos Poulantzas também diferencia o conceito de bloco de poder de outros termos, como "aliança", "fusão" ou "união". Tais termos podem dar a noção de uma partilha de poder entre diferentes frações equivalentes, ideia que não reflete o conceito ora analisado. Segundo Poulantzas:

> "Ora, a noção de fusão não pode permitir pensar o fenômeno do bloco no poder. Este constitui de fato não uma totalidade expressiva com elementos equivalentes, mas uma unidade contraditória complexa com dominante. É aqui que o conceito de hegemonia pode ser aplicado a uma classe ou fração no interior do bloco no poder. Essa classe ou fração hegemônica constitui, com efeito, o elemento dominante da unidade contraditória das classes ou frações politicamente "dominantes", fazendo parte do bloco no poder."[19]

Poulantzas se utiliza da teoria da hegemonia, de Gramsci, para mobilizar o funcionamento de bloco no poder. A fração hegemônica deve não apenas ser dirigente em relação às demais frações dominantes, como também apresentar seu interesse como interesse geral às classes dominadas.

Essa discussão diz respeito, também, à relação das classes sociais com o Estado, na medida em que o Estado *desorganiza* as classes dominadas, pelo seu *efeito de isolamento*, e organiza as classes dominantes. Isso se torna possível em virtude da "relação do Estado com o campo da luta de classes, mais particularmente sua autonomia relativa a respeito das classes ou frações do bloco do poder e, por extensão, de seus aliados e apoios."[20] Para insistir na ideia, o Estado é relativamente autônomo em relação às demais instâncias do modo de produção capitalista e tem autonomia relativa na sua relação com as classes sociais, ainda que, em última medida, possua uma estrutura que seja funcional à reprodução das relações capitalistas.

18 BOITO, Armando. A burguesia no governo Lula. Crítica Marxista, Rio de Janeiro: Revan, n.21, 2005

19 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019, pag. 243.

20 POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019, pag. 262.

Pachukanis e a crítica marxista do direito

Considerações sobre o método

No capítulo intitulado "método de construção do concreto nas ciências abstratas"[21], Pachukanis observa que embora toda ciência parta de uma mesma realidade total e concreta para construir suas observações, um mesmo acontecimento pode desencadear diferentes análises a depender da lente científica utilizada para observá-lo. Dessa forma, um único fato, "o arrendamento da terra", pode servir para a construção de investigações tanto político-econômicas quanto jurídicas, de modo que o autor afirma que a diferença entre as ciências se encontra, em boa parte, nos diferentes métodos de aproximação da realidade.

As diferentes ciências decompõem seus objetos de pesquisa em elementos mais simples no anseio de reproduzir a realidade que observam. Como assinala Pachukanis, "a psicologia pretende decompor a consciência em elementos mais simples. A química pretende realizar essa mesma tarefa com relação à matéria."[22]. Entretanto, quando não conseguimos realizar essa decomposição para chegar em uma unidade simplificada, utilizamos o auxílio da abstração. Tal qual Marx havia assinalado no prefácio da primeira edição de *O capital*, as formas econômicas não podem ser visualizadas por microscópio nem identificadas com auxílio de reagentes químicos, de modo que se torna necessário utilizarmos da força da abstração para compreendê-las[23]. O mesmo poderia ser dito, aqui, sobre a análise das formas jurídicas.

Apenas se partirmos de elementos mais simples é que conseguimos reconstituir a totalidade concreta da qual ele faz parte, reconstituição essa que já não trará uma visão de um todo difuso e caótico, mas sim de uma unidade rica de determinações

21 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017, pag. 81.

22 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017, pag. 81.

23 MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017.

e relações de dependência interna, pois embora isolemos o objeto de pesquisa para estuda-lo, esse é constituído e também constitui uma realidade total e concreta. Ainda assim, deve-se considerar o maior grau de dificuldade dessa tarefa, considerando que "é mais fácil estudar o corpo desenvolvido do que a célula que o compõe."[24].

Pachukanis constrói a sua teoria utilizando-se do método de Marx —materialismo histórico dialético— identificando a especificidade jurídica e estatal no sistema capitalista a partir das premissas metodológicas desenvolvidas em *O capital*.

Seguindo esse raciocínio podemos nos perguntar: qual é o ponto de partida que devemos tomar para analisar o direito ou o Estado, de acordo com Pachukanis? Para responder à questão, o autor soviético parte de Marx e da crítica que esse faz à economia política. Em vista da necessidade de partir da categoria de análise mais simples para, paulatinamente, reconstruir a totalidade concreta, o economista não deve iniciar sua análise pela "população em concreto que vive e produz em condições geográficas determinadas", pois a população é apenas uma abstração vazia se a considerarmos fora das classes sociais que a compõe.[25]. As próprias classes sociais nada são se isoladas das condições que as fazem existir, como o salário, a renda, o lucro, e essas últimas, por sua vez, só podem ser compreendidas a partir de categorias mais simples, como o preço e, finalmente, a mercadoria. Foi esse caminho que Marx trilhou em *O capital*, partindo da categoria de análise mais simples —a mercadoria— para reconstituir, gradualmente, a realidade concreta, inserindo paulatinamente outras categorias como o lucro, a renda, o trabalho, a mais valia, etc. Assim, a mercadoria seria o átomo do capitalismo.

Essas premissas são utilizadas por Pachukanis para a construção de uma análise marxista do direito, tendo em vista que a análise da população, do Estado e do ordenamento jurídico devem ser o ponto de chegada, e não o ponto de partida da análise jurídica. Considerando que a Teoria do Estado parte, geralmente, da análise de três elementos centrais que constituem o Estado, a saber, soberania, território e povo, podemos utilizar esse último elemento com o objetivo de aplicar o pensamento pachukaniano. O povo de um Estado torna-se uma noção vaga se não considerarmos as diferentes classes e frações de classe que constituem esse povo. A própria análise das classes sociais constituinte do povo pode ser imprecisa se não considerarmos as determinações sociais dessas classes, como trabalho assalariado, renda, lucro, mais-valia, entre outros.

24 MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017, pag.97.

25 PACHUKANIS. Op. Cit. pag. 92.

Para inserir a especificidade jurídica da análise, destacamos que esse povo, constituído por diferentes classes sociais, possui determinações jurídicas que conformam seu modo de existência e que permitem a venda de sua força de trabalho, como o contrato de compra e venda, a autonomia da vontade, a igualdade formal. Essas categorias, entretanto, são derivadas de uma categoria que, para Pachukanis seria o ponto de partida da análise marxista do direito, qual seja, a categorização de cada indivíduo como sujeito de direito, lastreado por uma subjetividade jurídica.

Todavia, é necessário inserir não apenas categorias de análise abstratas mais simples —classes sociais, relação jurídica, sujeito de direito— para compreender categorias mais complexas como povo, mas também de inserir a materialidade histórica do Estado ao qual nos referimos, considerando os traços característicos de sua formação real —colonizado ou colonizador, economia central ou economia periférica, nível de estratificação social—. Só assim a análise histórica dialética poderá ser adjetivada como materialista.

Desse modo, é possível enxergar o direito a partir de suas especificidades históricas e compreender que a forma jurídica, tal qual se apresenta, é uma especificidade da sociedade capitalista e não existia em modos de produção anteriores. Isso porque, ainda que nos utilizemos da abstração, como passo posterior à análise do concreto, Pachukanis já havia alertado para o fato de que o direito não existe apenas na cabeça e nas teorias dos pesquisadores, mas em outro sentido, possui, paralelamente, uma história real, que se desenvolve não como um sistema de ideias, mas como um sistema específico de relações.[26]

Com base nessas considerações, não é possível cair na armadilha dos juristas que enxergam a norma como ente abstrato totalmente desvinculado da realidade social, sendo possível, para esses, aplica-la para diferentes modos de sociabilidade existentes durante a história humana, como se a norma permanecesse alheia a todas as transformações no âmbito da sociedade. Esse pensamento pode ser encontrado em Kelsen, a partir da separação entre o ser e o dever ser, o primeiro enquanto realidade e o segundo enquanto mundo normativo, o "ser" como passível de transformação e o "dever ser" deslocado e alheio às alterações que ocorrem no mundo social do "ser".[27]

Contudo, se Pachukanis desvela que a forma jurídica advém das relações de produção da sociedade, e seu átomo de análise seria a categoria sujeito de direito —e não norma jurídica— podemos afirmar que essa categoria se encontra no mundo do ser,

26 PACHUKANIS, E. Op. Cit.

27 KASHIURA, Celso N. Dialética e forma jurídica. Direito e realidade. V. 01, n. 01, Jan/Jul, 2011

das relações sociais, em vista da determinação das relações de trocas de mercadorias sobre a forma jurídica.

A dialética existente entre forma e conteúdo do direito se determinam reciprocamente e, para além disso, "um certo conteúdo só se expressa socialmente em dado contexto através de certa forma e certa forma expressa socialmente limites dados de conteúdo".[28]

Pachukanis não se limita apenas à análise do conteúdo jurídico mas dá um passo além, ao focar na análise da forma jurídica. Ao contrário do que acreditam os juristas não críticos, o movimento da história não impõe transformações apenas ao conteúdo, mas também à forma do direito. Para o próprio Pachukanis: "a evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da forma jurídica enquanto tal."[29]

Estado, forma jurídica e sociabilidade capitalista

Considerando a imbricação existente entre Estado e direito, ou mais pontualmente, entre forma jurídica e forma estatal, podemos fazer algumas considerações sobre a especificidade do Estado na sociedade capitalista. Assim, a partir de uma crítica ao pensamento de Kelsen, que considerava Estado e direito como equivalentes, de modo que direito é Estado e a sua recíproca é verdadeira, Pachukanis tece algumas considerações sobre o Estado em sua teoria marxista do direito.

Ao analisar a forma como o Estado se apresenta na sociedade capitalista, Pachukanis lança uma questão fundamental sobre a relação existente entre as classes sociais e o Estado capitalista, questão essa que se tornou clássica no campo marxista, replicada por diversos autores:

> por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, por que é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe

28 KASHIURA, Celso N. Op. Cit. pag. 15.

29 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017.

> dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público impessoal, deslocado da sociedade?[30]

Essa pergunta remete à estrutura do próprio capitalismo e à forma política estatal que pode ser derivada dessa estrutura. Ao contrário do que ocorria nos modos de produção feudal e escravocrata, o capitalismo é estruturado a partir de uma separação entre a economia e a política, de modo que as pessoas que exercem o domínio econômico não são necessariamente as mesmas que exercem o domínio político. A referida cisão é uma característica estrutural do capitalismo, da qual Pachukanis partirá para explicar as implicações que essa separação causa nas relações de produção e na relação entre as diferentes classes sociais.

Para a melhor compreensão dessa diferença, é necessário fazermos uma breve digressão histórica. Nas sociedades pré-capitalistas —feudal ou escravocrata— os exploradores exerciam uma relação de dominação direta sobre os dominados, pois o senhor feudal controlava diretamente os vassalos, pela coerção física, assim como o senhor de engenho controlava os escravos através da violência física.

No capitalismo, entretanto, essa cisão entre a esfera política e a econômica faz com que a exploração dos burgueses sobre os proletários não ocorra de forma imediata, mas de forma mediata, a partir da intermediação do Estado. Assim, o Estado aparece como terceiro na relação entre capital e trabalho, pois se apresenta separado de todas as classes sociais, um "poder público impessoal", embora seja uma peça fundamental e necessária à exploração da força de trabalho. Em outras palavras, nas sociedades capitalistas, a classe dominante não exerce uma dominação imediata em relação à classe dominada, mas a faz a partir da mediação do Estado e de suas formas jurídicas. Segundo Pachukanis:

> o servo está em uma situação de completa subordinação ao senhor justamente porque essa relação de exploração não exige uma formulação jurídica particular. O trabalhador assalariado surge no mercado como um livre vendedor de sua força de trabalho porque a relação capitalista de exploração é mediada pela forma jurídica do contrato[31].

30 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017, pag. 143.

31 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017, pag. 118.

O Estado, a partir da produção das formas jurídicas, como sujeito de direito, garante um verniz de legitimidade ao processo de exploração. No capitalismo, a categoria de análise mais simples —o seu átomo— é a mercadoria, que permite a derivação da forma-valor. A forma-valor permite que mercadorias que possuem diferentes tipos de trabalho abstrato acumulado sejam trocadas umas pelas outras, a partir de uma universalização dessa forma social.[32] Essas trocas são mediadas, ao fim, pela forma dinheiro. Entretanto, a principal mercadoria no capitalismo é a força de trabalho, necessária para a produção e reprodução de outras mercadorias. Esse trabalho, por sua vez, toma a forma de trabalho assalariado.

Para que esse processo ocorra, diferenciando-se das relações feudais e escravistas anteriores, é necessário que o proletário venda sua força de trabalho apenas por um determinado período de tempo, pois segundo Marx "se ele a vende inteiramente, de uma vez por todas, vende a si mesmo, transforma-se de um homem livre num escravo".[33] Assim, o trabalhador deve vender sua força de trabalho apenas transitoriamente, por um período de tempo limitado, sem renunciar a seu direito de propriedade sobre ela no momento que a vende.

Segundo Pachukanis, o trabalhador só poderá vender sua força de trabalho no capitalismo por intermédio de formas jurídicas e pela inserção da ideia de subjetividade jurídica, consubstanciada na noção de sujeito de direito.

A forma jurídica, entretanto, não é um conceito puramente abstrato, deslocado do seu contexto histórico e material, mas deve ser visto a partir de suas determinações de base material. Para Pachukanis, o direito e o Estado, tal qual se apresentam atualmente, são frutos do modo de produção capitalistas, pois a forma jurídica atual não era encontrada em modos de produção anteriores. Todavia, Pachukanis não se limita a analisar o conteúdo do direito, a partir das determinações jurídicas permeadas pela luta de classes, mas observa também a forma jurídica e suas implicações para o processo de reprodução da estrutura capitalista. De acordo com o autor soviético, a forma jurídica atinge seu ápice de desenvolvimento apenas na sociabilidade capitalista, pois a relação existente entre relações de troca e forma jurídica desvela que essa estava presente apenas de forma embrionário em modos de produção anteriores.[34]

32 HIRSCH; KANNANKULAM; WISSEL. A teoria do Estado do "marxismo ocidental". Gramsci, Althusser, Poulantzas e a chamada derivação do Estado": Nomos, 2015, pp. 93-119.. Revista Direito e Práxis 2017

33 MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017, pag.156.

34 KASHIURA, Celso N. Dialética e forma jurídica. Direito e realidade. V. 01, n. 01, Jan/Jul, 2011

Stutcka, jurista soviético contemporâneo à Pachukanis, analisou o conteúdo do direito a partir da análise da luta de classes enquanto ação constitutiva deste. Assim, o direito poderia eventualmente ser um "direito socialista", a depender da organização dos proletários na luta de classes. Em sentido contrário, Pachukanis dá maior atenção não ao conteúdo, mas à forma do direito, afirmando que esse é parte necessária do capitalismo, e que o fim desse modo de produção demanda, necessariamente, o fim do próprio direito.

A RELAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ENTRE MERCADORIAS E SUJEITOS DE DIREITO: CONEXÕES ENTRE FORMA JURÍDICA E FORMA MERCADORIA

Se para Marx a mercadoria é o átomo do modo de produção capitalista, para Pachukanis o sujeito de direito é o átomo da análise jurídica, pois o referido conceito pode ser compreendido sem a mediação de outras categorias. Segundo Pachukanis: "o sujeito é átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples, que não pode mais ser decomposto"[35]. Todavia, a forma jurídica, e mais especificamente o sujeito de direito, não são determinados pelas relações sociais em geral, mas sim por uma relação social específica, a relação de troca de mercadorias.[36]

A partir dessa afirmação, podemos compreender que se o direito é derivado das formas de circulação mercantil, então a relação de troca de mercadorias precede o direito e não o seu inverso. Esse fato é exemplificado ao ressaltarmos que no Brasil, durante o modo de produção escravista, alguns escravos —que à época eram considerados objetos, e não sujeitos, pelo código civil— guardavam dinheiro para realizarem a compra de produtos, ainda que clandestinamente. Posteriormente à abolição, o código civil lhes reconheceu a característica de sujeitos e lhes permitiu a realização de transações comerciais. Entretanto, essas trocas de mercadorias já eram realizadas muito antes da chancela do próprio direito.[37]

35 PACHUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017, pag. 101.

36 NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

37 MASCARO, Alysson. Estado e Forma Política. São Paulo: Boitempo, 2013

Pachukanis parte da observação de Marx sobre a importância da relação jurídica, consubstanciada no contrato, para a troca de mercadorias entre sujeitos e a aprofunda, desenvolvendo reflexões sobre como a subjetividade jurídica —que equipara capitalistas e trabalhadores como sujeitos de direito formalmente iguais— é essencial para a extorsão da mais valia, a exploração da força de trabalho e, consequentemente, a reprodução do capitalismo. Marx também já havia indicado, em sua obra de maturidade, a necessidade de uma igualdade jurídica entre os portadores de mercadoria no processo de sua circulação:

> Ele (trabalhador) e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais[38].

Nesse sentido, destaca-se as relações sobre a equivalência existentes entre as mercadorias e a equivalência que, necessariamente, deve existir sobre os sujeitos que portam essas mercadorias. Tal como definido por Marx, as mercadorias são equivalentes e permutáveis entre si, por representarem a cristalização de um trabalho humano abstrato, representando apenas seu valor de troca, e negligenciando seu valor de uso. Em outras palavras, os diferentes tipos de trabalho humano dispendidos para a produção de distintas mercadorias são enxergados apenas como trabalho abstrato indiferenciado, permeados pela forma valor e permutáveis pela mediação da forma dinheiro.

Os produtos do trabalho humano, ainda que sirvam para a satisfação de diferentes necessidades, ao tomarem a forma de mercadoria, apagam esse valor de uso produzido pelo dispêndio de força de trabalho e apresentam-se como universalmente equivalentes, como trabalho abstrato indiferenciado, cuja determinação principal é o seu valor de troca. Entretanto, esse valor de troca não pode ser percebido na análise da mercadoria isoladamente, mas apenas na sua relação com outras mercadorias. A afirmação de que as mercadorias são universalmente equivalentes deve atentar-se ao fato de que essas observam, no processo de troca, a quantidade de trabalho dispendido para a sua produção. Em outras palavras, ainda que elas possam se permutar, nem sempre se permutam pela mesma quantidade. Para usar o exemplo de Marx em *O capital*, a mercadoria casaco pode ser trocada pela mercadoria linho, mas não na mesma

38 MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017, pag.242.

quantidade, de modo que a equivalência se dá na proporção de que um casaco é igual a 20 braças de linho.

Como assinalado por Marx em seu teorema do "guardião", as mercadorias não podem ir sozinhas ao mercado, de modo que essa relação de troca só será efetiva se os portadores de mercadoria também se reconhecerem como equivalentes, pois "a relação qualitativamente idêntica das mercadorias demanda uma relação qualitativamente idêntica entre os seus portadores"[39]. Em outras palavras, não são apenas as mercadorias que devem possuir uma relação qualitativamente idêntica, mas também os seus guardiões devem aparecer como sujeitos iguais, de modo a levar tais mercadorias para o processo de troca. Assim, os portadores reconhecem-se reciprocamente como sujeitos de direitos, dotados de uma vontade. Nas palavras de Márcio Bilharinho Naves:

> Esse reconhecimento recíproco significa o reconhecimento de um estatuto jurídico comum a todos os agentes da troca, que se revestem da figura de sujeito de direito. É em virtude desse estatuto jurídico que o homem pode exercer a sua capacidade na prática de atos jurídicos, como a compra e venda, que pressupõe, como condição de sua validade, a livre disposição da vontade das partes.[40]

Como se vê, a noção jurídica de autonomia da vontade, igualdade formal e liberdade contratual são essenciais para o processo de compra e venda da força de trabalho, e mais ainda, para que esse processo possa ocorrer dentro de uma aparente normalidade das relações sociais.

Conclusão

A utilização de um autor soviético e um autor grego erradicado na França não torna inútil suas teorias em virtude das enormes diferenças existentes entre formações sociais europeias e as formações sociais latino-americanas. É evidente que o contexto cultural e social do autor influenciará na construção de sua teoria. Entretanto, é possível extrair tais categorias de análise para aplicá-las, com as necessárias reparações, ao contexto latino-americano, e mais especificamente, ao contexto brasileiro. Diversos autores do Brasil utilizam-se do legado teórico de Poulantzas para analisar a formação

39 MARX, Karl. Op. Cit. pag. 160.

40 NAVES, Márcio Bilharinho. Marx – Ciência e revolução, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2008, pag. 46.

social brasileira, tais como Armando Boito[41], Francisco Pereira de Farias[42], Tatiana Berringer[43] e Danilo Martuscelli[44].

A teoria de Poulantzas permite apreender o Estado capitalista em sua complexidade, não o reduzindo a um mero apêndice da base econômica, como faz a leitura economicista, nem considerando-o como instrumento neutro, sem materialidade específica, podendo ser modelado passivamente pelo dirigente que eventualmente o ocupe.

O Estado, ao isolar os trabalhadores de seus interesses de classe e, ao mesmo tempo, unifica-los enquanto cidadãos pertencentes ao "povo-nação", coloca-se enquanto terceiro neutro nas disputas econômicas que ocorrem na sociedade. Assim, o Estado capitalista dissimula sua natureza de classe, embora sua estrutura jurídico-política seja funcional à própria dominação de classe.

Um dos grandes méritos de Poulantzas é identificar a especificidade do poder político e do poder econômico, pois ainda que ambos mantenham uma relação de determinação recíproca, essa diferenciação permite observar as nuances existentes na luta política e na luta econômica.

Pachukanis lega uma contribuição original à análise marxista no campo jurídico, não se limitando a investigar o conteúdo do direito e enxergá-lo tão somente como um produto das classes dominantes, mas indicando que a forma jurídica permeia todo o seu conteúdo. Nesse sentido, o direito não é um componente eventualmente burguês, mas necessariamente burguês, pois a forma jurídica é derivada da forma mercadoria, e aquela —embora existente de modo embrionário em outros modos de produção— só atinge a sua plenitude no modo de produção capitalista.

Pachukanis enfrenta os argumentos do juspositivismo, mais especificamente de Kelsen, ao colocar em xeque a separação entre mundo social e mundo normativo (ser e dever ser) como também ao indicar que a análise jurídica não deve partir da norma, mas do sujeito de direito, tendo em vista que a norma é uma abstração vazia quando desvinculada da relação jurídica e dos sujeitos envolvidos nessa relação. Entretanto, o jurista soviético vai além, contrariando parte do pensamento marxista à época, que enxergava o direito apenas como uma superestrutura derivada mecanicamente de uma

41 BOITO, Armando. A burguesia no governo Lula". In: Crítica Marxista, Rio de Janeiro: Revan, n.21, 2005

42 FARIAS, Francisco Pereira de. Frações burguesas e bloco no poder: uma reflexão a partir do trabalho de Nicos Poulantzas. Crítica Marxista, n. 28, 2009.

43 BOITO Jr., Armando e BERRINGER, Tatiana. "Brasil: classes sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. Revista de Sociologia e Política, no.47. pp. 94-109. 2013

44 MARTUSCELLI, Danilo. Crises políticas e capitalismo neoliberal no Brasil. Curitiba: Editora CRV, 2015.

infraestrutura econômica, de modo que não haveria espaço para nenhuma determinação jurídica no modo de produção capitalista. Ao identificar o componente jurídico e relacioná-lo com a totalidade concreta da qual esse faz parte, é possível visualizarmos a funcionalidade da forma jurídica —a partir do contrato, da autonomia da vontade, da igualdade jurídica, etc— para a reprodução do sistema capitalista.

Referências

Barison, Thiago. Nicos Poulantzas e o direito: um estudo de Poder Político e Classes Sociais. Dissertação (Mestrado em direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

Boito, Armando. A burguesia no governo Lula". In: Crítica Marxista, Rio de Janeiro: Revan, n.21, 2005

Boito, Armando e berringer, Tatiana. "Brasil: classes sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. Revista de Sociologia e Política, no.47. pp. 94-109. 2013

Engels, F; kautsky, K. O socialismo jurídico. [2ª ed. rev.] São Paulo; Boitempo, 2012

Farias, Francisco Pereira de. Frações burguesas e bloco no poder: uma reflexão a partir do trabalho de Nicos Poulantzas. Crítica Marxista, n. 28, 2009.

Hirsch; Kannankulam; Wissel. A teoria do Estado do "marxismo ocidental". Gramsci, Althusser, Poulantzas e a chamada derivação do Estado": Nomos, 2015, pp. 93-119.. Revista Direito e Práxis 2017.

ibge. Estatísticas históricas do Brasil: séries econômicas demográficas e sociais de 1550 a 1988. Rio de Janeiro: IBGE, 1990.

Kashiura JR, C. N; naves, M. B. Pachukanis e a teoria geral do direito e marxismo. Direito e realidade. v. 01, n. 02, Ago/Dez, 2011.

Kashiura JR, Celso Naoto**.** Sujeito de direito e capitalismo**.** 2012. 177 f. (Tese) Doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012

Kashiura, Celso N. Dialética e forma jurídica. Direito e realidade. V. 01, n. 01, Jan/Jul, 2011.

Marx, Karl.; Engels, Friedrich. Manifesto do partido comunista. Lisboa: Avante, 1975.

Marx, Karl. Prefácio da crítica da economia política. In: Manuscritos-econômico-filosóficos. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Traduções de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1978

Marx, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. Lisboa: Avante, 1984.

Marx, Karl. O capital: crítica da economia política: livro 1. São Paulo: Boitempo, 2017.

Mascaro, Alysson. Estado e Forma Política. São Paulo: Boitempo, 2013.

Martuscelli, Danilo. Crises políticas e capitalismo neoliberal no Brasil. Curitiba: Editora CRV, 2015.

Naves, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

Naves, Márcio Bilharinho. Marx – Ciência e revolução, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2008.

Naves, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Campinas: ifch-Unicamp, 2009.

Osório, Jaime. O Estado no centro da mundialização: a sociedade civil e o tema do poder. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

Pachukanis, E. B. A teoria marxista do direito e a construção do socialismo. In: naves, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre pachukanis. Tradução de Lidia C. Ferreira e Márcio Bilharinho Naves. Campinas: unicamp (ifch), 2009.

Pachukanis, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida – 1ª ed. Boitempo: São Paulo, 2017

Poulantzas, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

Poulantzas, Nicos. Poder político e classes sociais. Campinas: Editora da Unicamp, 2019

saes, Décio. A questão da autonomia relativa do Estado em Poulantzas. Revista Crítica Marxista. Rio de Janeiro: Xamã, n. 7, 1998

HISTORIA Y DERECHOS HUMANOS: REDUCCIONES Y DOGMATISMOS

History and human rigths reductions and dogmatisms

Sergio Martín Tapia Argüello.[1]

Hasta que los leones tengan sus propios historiadores, las historias de cacería seguirán glorificando al cazador.
Proverbio africano citado por Eduardo Galeano en "Memorias y desmemorias"

Resumen

Los derechos humanos son, sin lugar a duda, uno de los componentes más poderosos de las luchas modernas por un mundo mejor. Si bien existen algunos problemas en su forma actual, resulta claro que ellos son incómodos para el poder. El presente artículo busca realizar una visión crítica sobre ellos, que rompa con el dogmatismo de las teorías tradicionales. Para ello, problematiza dos reducciones comunes generadas desde la teoría tradicional: la reducción liberal y colonial, para la construcción de una visión dogmática y parcial de su existencia.

Palabras clave: Derechos humanos; Filosofía del Derecho; Crítica Jurídica Latinoamericana, Poscolonialidad y derechos humanos; Historia del Derecho.

Abstract

Human rights are one of the most powerful possibilities on the struggles for a better world in modernity. Even if it is possible to see some problems in their actual form, it is clear that they are challenging to power structures. On this paper, the author breaks with the traditional perspectives and their dogmas, and presents two reduction strategies that allows an incomplete

1 Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra. Correo electrónico: parin75@gmail.com

understanding of rights: the liberal and colonial reductions on the historical dimension.

Keywords: Human Rights, Philosophy of Law, Latin American Critical Legal Thinking, Human Rights and Poscolonialism; History of Law.

Introducción

Hablar de los derechos humanos en la actualidad, puede fácilmente encaminarse a una serie de lugares comunes y poco profundos sobre su utilidad, su historia e incluso su existencia misma. No resulta raro; después de todo, como bien dice la idea ya clásica al respecto, vivimos en *el tiempo de los derechos,*[2] y esto significa no sólo que la conformación de nuestra existencia se encuentra intrincadamente articulada a su figura, sino también y especialmente, que ellos se nos presentan como algo que está allende toda posibilidad de una observación crítica. O al menos, de una crítica legítima, que pueda resultar emancipatoria.[3]

Resulta común que quienes han sido formados en un paradigma específico asuman la imposibilidad de cuestionar, incluso en la menor medida, los presupuestos, tanto epistemológicos como especialmente éticos, de éste. Como en el antiguo proverbio sobre la imposibilidad del pez de percatarse de que vive en el agua, en muchas ocasiones estos presupuestos se convertirán en "la realidad" misma, no sólo algo que existe, sino lo que permite la posibilidad de la existencia entera, o al menos de nuestra comprensión de dicha existencia. Los límites del pensamiento se localizarán entonces dentro de sus parámetros, que en el mejor de los casos, serán observados de

2 Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994 p. 97.

3 Resulta importante mencionar esto, pues ante la polisemia del concepto "crítica", es posible que muchas visiones totalmente conservadoras, cuando no abiertamente reaccionarias, intenten presentar sus ataques a los derechos como "perspectivas críticas" y con ello, legitimar la profundización del dominio sobre otros en la vida moderna como si estos esfuerzos vinieran *de la crítica*. Para observar esta característica, cfr. Correas, Oscar, "Acerca de la Crítica Jurídica", *El otro derecho, 5,* 1990, pp. 40- 51. Igualmente, para observar la posibilidad de refutar esa pretensión sin caer en el univocismo sobre "lo crítico" cfr. Tapia Argüello, Sergio Martín, "Una breve (y quizá personal) introducción a la Crítica Jurídica" en Tapia Argüello, Sergio Martín; Gómez Martínez, Diego León y Solano Paucay, Vicente (eds.), *Estudios Jurídicos Críticos en América Latina I,* Cali, Universidad Santiago de Cali, 2019, pp. 137- 141.

forma dogmática.[4] Cuando estas visiones gozan además, de condiciones específicas en las relaciones de poder, pueden en ocasiones volverse incluso los elementos que dotan de sentido a lo que puede ser visto.[5]

Los derechos humanos, o quizá mejor dicho, ciertas narrativas específicas sobre los derechos humanos, han articulado una serie de discursos que pretende la construcción de una visión dogmática sobre su existencia y características. No sólo eso, sino que, a través de ellas, se genera una visión unilateral que busca igualmente arrogarse aquello que ha sido llamado el *poder de nombrar*[6] los derechos, señalando, como es obvio, que aquello que no es de su agrado, no puede ser nombrado como tal. Esto, que tiene graves implicaciones políticas sobre lo que es legítimo exigir (no sólo al Estado, sino a la comunidad y al resto de los miembros de ésta) se presenta como es obvio, como una discusión *exclusivamente* de tipo *analítica,* cuando se trata claramente también de una decisión ético- política.

En este sentido, por colocar uno de los más conocidos ejemplos al respecto, cuando Norberto Bobbio indica que "*El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político*",[7] no está simplemente apoyando, como cualquiera asume debería hacerse, la protección efectiva de los derechos, sino también y especialmente, colocando un velo infranqueable sobre las cuestiones respecto a la existencia y los requisitos de esos derechos y estableciendo como secundarias las discusiones sobre su pertinencia. Si no podemos cuestionar las razones por las cuales ciertas exigencias sociales son vistas por el poder como legítimas peticiones de derechos, mientras que otras son tildadas de revueltas antidemocráticas, intentos autoritarios o franco terrorismo, poco importa en realidad, su protección.[8]

4 Nino, Carlos Santiago *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 17.

5 Cfr. Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida, una introducción histórico teorética al derecho y al estado,* Madrid, Trotta, 2008.

6 Bourdieu, Pierre, "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico", *Poder, derecho y clases sociales,* Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 202.

7 Bobbio, Norberto, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994, p. 61.

8 Muchos son los ejemplos que podrían, coyunturalmente, ser mencionados. ¿Tiene en realidad Israel un "derecho a defenderse" con misiles dirigidos contra poblaciones prácticamente desarmadas? ¿puede la policía colombiana arremeter en contra de protestantes para "proteger los derechos" de la ciudadanía? ¿tiene alguien el derecho de hacer peligrar la salud pública al negarse a usar medidas preventivas como la distancia social, el uso de máscara en lugares públicos o la vacunación? ¿el "derecho a expresarse" de un grupo abiertamente racista le permite mentir y atacar sin poder recibir ningún tipo de respuesta? Queda claro que no, porque estos no son

De la misma forma, al llevar a cabo esta afirmación, Bobbio está generando una separación que resulta cuando menos, arbitraria. Al ubicar a los filósofos en un mundo abstracto, separado de las prácticas, las formas y las discusiones políticas, algo que claramente no sucede, legitima una visión del mundo donde las prácticas neutras, abstractas y exclusivamente ideales pueden existir (y donde, obviamente, ellas realmente "existen") y con ello, les condena por partida doble, al conocido reclamo marxista de ser simples espectadores, que para sí, son incapaces de cambiar su mundo.[9]

Por el contrario, si una característica distingue a las teorías críticas de las tradicionales, esta es, sin duda alguna, la ruptura de aquellos elementos dogmáticos que se asumen como más allá de las posibilidades de ser cuestionados.[10] Al comprender que aquello que existe en un momento determinado no agota las posibilidades de la existencia entera,[11] la crítica puede preguntarse sobre aquellas cuestiones que, invisibilizadas a través diferentes mecanismos, se presentan bien como realidades negadas,[12] o bien, como posibilidades futuras que "todavía no son".[13] Por ello, una de las preguntas centrales cuando este pensamiento se dirige al derecho, no busca conocer descriptivamente lo que *el derecho dice,* sino explicarse por qué es que dice eso, y no otra cosa:[14] las experiencias jurídicas que son negadas, al presentarse como no derecho(s); el derecho que podría llegar a ser y las razones por las cuáles todavía no ha sido.

El presente artículo parte así, de un intento de presentar una visión que permita identificar algunos de los elementos que configuran esta visión dogmática de los derechos humanos. Se trataría no sólo de un ejercicio interminable, sino también y especialmente, demasiado preciso si se tomara de manera casuística, por lo que se considerarán dos grandes temas que, se asume, son centrales para ello. A través de una construcción parcial, como, por otra parte, necesariamente todas lo son, de una narrativa histórica sobre los derechos, se generan las condiciones para anclarlos a una visión ideológica concreta, lo que podría ser llamado una *reducción liberal* de su

verdaderos derechos, pero si negamos la posibilidad de discutir esto, entonces no queda nada más que tomarle la palabra a quien tiene el poder de decir cuáles son esos verdaderos derechos y cuáles no.

9 Cfr. Marx, Karl, "Tesis sobre Feuerbach", *La cuestión judía (y otros escritos),* Barcelona, Planeta-Agostinni, 1994, p. 232.

10 Horkheimer, Max, "Teoría "Teoría tradicional y teoría crítica" en *Teoría crítica,* Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

11 Santos, Boaventura de Sousa, *Crítica la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia,* Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003, p. 23.

12 Cfr. Adorno, Theodor W., *Dialéctica Negativa,* Madrid, Akal, 2008.

13 Bloch, Ernst, *Principio esperanza,* Tomo 1, Madrid, Trotta, 2011, p. 25.

14 Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica,* México, Coyoacán, 2005, p. 14.

existencia. Por otra parte, los procesos de ocultamiento y extractivismo epistémico sobre sus características específicas y los procesos constitutivos que le han generado, articulan igualmente una *reducción colonial* de los derechos humanos.

Tanto las visiones apologéticas[15] como las escépticas[16] de los derechos parten en muchos de sus elementos, de estas reducciones. Incluso podría decirse, como se presentará más adelante, que varias visiones críticas comparten, total o parcialmente, sus postulados. Por ello, el análisis de estos temas es fundamental, para ir más allá de los potenciales problemas que pueden anclarse en los fundamentos mismos de la construcción conceptual de los derechos y convertirlos así, fácilmente, en dogmas que sirvan tan sólo para fortalecer los procesos de dominio en que se desarrollan.

El carácter paradojal de los derechos.

El concepto "derechos humanos" es, sin lugar a dudas, uno de los más comunes de la realidad social contemporánea, así como de las formas de resistencia y lucha de nuestro tiempo. Esta ubicuidad, sin embargo, es algo relativamente reciente. Durante mucho tiempo, el concepto no era sino uno más de un vasto arsenal de recursos del cual se disponía en el campo de poder de la transformación social, y uno, además, que no era ni siquiera el más útil para ello. Ideas como la función social, intereses de la comunidad, cálculos económicos, la soberanía o incluso la autoridad y la lucha de clases, eran esbozados, hasta hace no mucho tiempo, de maneras mucho más comunes y efectivas en la búsqueda de modificaciones sociales. Varios de ellos, la mayoría, incluso mejor dicho, eran vistos como claramente superiores a la idea de los "derechos humanos" y generaban límites infranqueables para estos. [17]

A pesar de ello, resultaría extraño encontrar, en estos momentos, una exigencia social o política, que no se anclara bajo un discurso de derechos humanos. Incluso, podríamos decir, el uso de los otros conceptos mencionados, si bien continúa, se hace

15 Correas, Florencia, *Alcances sociológicos del derecho de trabajo en México,* México, Coyoacán, 2004, pp. 14- 20.

16 Tapia Argüello, Sergio Martín, "The modern possibilities of human rights. A critique of the negative critique of law and rights", *Mexican Law Review, X* (2), 2018.

17 Yañez Barnuevo, Juan Antonio, "Derechos humanos, soberanía del Estado y orden internacional" en Gutierrez Canet, Agustín (ed.), *México en el mundo del siglo xxi,* México, Universidad Iberoamericana, 2001, p40, nos da un muy buen ejemplo de ello en la respuesta de Joseph Goebbels ante los cuestionamientos de la Sociedad de Naciones en contra de la Alemania Nazi.

siempre supeditado, anclado o relacionado, a la idea de los derechos. El imaginario político de la época contemporánea, entiende estos como la fuente por excelencia de legitimidad de este tipo de exigencias y no resulta raro, que tal y como sucedía en el pasado, aunque claramente con otro peso, muchos discursos busquen utilizar su lenguaje hasta para oponerse activamente a ellos. Piénsese, por ejemplo, en la manera en que Napoleón presentó entre otras, a la idea de los *derechos del hombre* (que está relacionada, pero no es homologable a los derechos humanos)[18] para legitimar su invasión a Egipto,[19] o, en tiempos mucho más recientes, cómo el General Videla justificaba sus acciones, abiertamente dictatoriales en Argentina bajo la idea de proteger los derechos.[20]

En algunas ocasiones este carácter dúctil de los derechos ha sido presentado como una característica eminentemente negativa de los mismos. Al convertirse en un significante "flotante"[21] o, para algunas interpretaciones, simplemente vacío,[22] los derechos pierden toda posibilidad de ser verdaderamente útiles y se convierten en nada más que catálogos de buenas intenciones que no tienen efectos prácticos que no se encuentren ya en la lucha que los genera. Así, su surgimiento servirá más como un límite, un freno a los procesos de emancipación social y los volverá algo opuesto a lo que supuestamente procuran. [23]

Existen con claridad distintos elementos para mostrar que la inclusión de las exigencias de grupos e individuos al derecho, con sus características técnicas y su lenguaje especializado genera dificultades específicas y problemas para su

18 Cfr. Apreza Salgado, Socorro; Tapia Argüello, Sergio Martín y Meza Flores, Jorge Humberto, *Derechos Humanos,* México, Porrúa, 2017, pp. 45- 47

19 Santos, Boaventura de Sousa, *Se deus fosse um activista dos direitos humanos,* Coimbra, Almedina, 2013, p. 18.

20 Correas, Oscar y Del Gesso Cabrera, Ana María, "Naturaleza lingüística y origen de los derechos humanos" en Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos: apuntes para un ensayo,* México, Ediciones Coyoacán, 2003, pp. 11- 12.

21 Douzinas, Costas, *The end of human rights, Critical Legal Thought at the turn of the century,* Portland, Oxford, 2000, pp. 255- 260.

22 Laclau, Ernesto, *La razón populista,* México, Fondo de Cultura Económica, 2010 indica que los significantes vacíos son aquellos procesos que a través de las contradicciones existentes sobre su contenido, terminan convirtiéndose en elementos discursivos que son vaciados de su contenido y por lo tanto, utilizables de maneras diferentes, inclusive contradictorias.

23 Kennedy, Duncan, "La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 47,* 2006.

cumplimiento.[24] Esto se desarrolla a través, tanto de la interpretación/traducción que tiene que realizarse,[25] como de la centralización de la decisión que extrae la lucha de los procesos sociales para generar una respuesta única y última sobre dichas exigencias realizadas desde el poder.[26] Como en muchas ocasiones los derechos humanos asumen una forma jurídica, resulta normal que estos problemas existan en ellos.[27] Pero contrario a la comprensión que se asume desde las visiones escépticas, estos problemas no son derivados de su existencia como derechos humanos, sino de su inclusión a la forma ideológica del derecho moderno.

De la misma forma, el hecho de que existan distintas posibles lecturas y decisiones dentro del sistema normativo jurídico, de un hecho particular y que esta se decida basándonse en relaciones de poder, no vuelve menos importante a los derechos, pues esta forma confrontacional de las relaciones sociales es una de las características definitorias de las sociedades jerarquizadas con relaciones verticales y no un problema "de los derechos". La modernidad, es, después de todo, un espacio de contradicción[28] y los derechos son sin duda alguna, un producto de esta modernidad. Así, las confrontaciones y contradicciones de y en los derechos, no son problemas de congruencia interna ni irrelevancia, sino una muestra de lo que puede ser llamado su carácter paradojal. Un carácter que, debe indicarse, ha estado presente desde sus orígenes.

24 E.g. Celorio, Mariana, "Ambivalencia de los derechos humanos: movilización y desmovilización social" en Estévez, Ariadna & Vázquez, Daniel (coords.), *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia,* México, FLACSO México, UNAM, CISAN, 2015.

25 Cfr. Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno,* México, Siglo XXI, 1998, pp. 32- 33.

26 Correas, Oscar, "Los derechos humanos, entre la historia y el mito II", *Crítica Jurídica, Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, *26*, México, 2007, pp. 20- 24.

27 Pieterse, Marius, "Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship", *Human Rights Quarterly*, *29* (3), 2007.

28 Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad,* México, Siglo XXI, 2004, p. XI.

El origen del concepto "derechos humanos".

La pretensión transhistórica de los derechos humanos: sacar a la historia de los derechos y a los derechos de la historia

Quizá para algunas personas la declaración de que los derechos humanos son elementos modernos pueda resultar desconcertante. No resulta raro escuchar o encontrar, inclusive en conferencias, libros o artículos, elementos que pueden ser interpretados como prueba de una existencia transhistórica de los derechos. En lugar de un surgimiento, parecería que cierta narrativa histórica pretende mostrar que éstos han existido siempre y que ha sido a través de un paulatino desarrollo a lo largo de siglos e incluso milenios que han ganado un reconocimiento cada vez mayor. Desde esta visión, por ejemplo, las exigencias realizadas por los artesanos de la corte de Ramses II hace más de tres mil años, en el 1152 antes de nuestra era y de la cual tenemos conocimiento gracias al llamado "papiro de la huelga", sería un ejemplo de luchas por los derechos. Otro tanto podría pensarse del cilindro de Ciro (siglo VI a.n.e.) o de la Magna Carta (1215), tan sólo por citar a los documentos y procesos más comunes en esta confusión.

Es un gran error asumir el surgimiento espontáneo o el corte total de los hechos y procesos que se analizan históricamente. Nada se crea en el vacío y si algo aparece de esta forma, seguramente se debe a un desconocimiento (en ocasiones voluntario) de los procesos de configuración que permiten su existencia. A pesar de ello, tampoco es posible partir de la idea de la eternidad de las instituciones, algo que, por ejemplo, los abogados suelen hacer al mencionar como "derecho" a cualquier tipo de regulación social. Siempre es posible asumir una narrativa metafórica sobre el pasado, pero tiene que saber siempre, que está realizando una analogía funcional[29] y no, una descripción precisa sobre un proceso eterno.[30]

En este sentido, es preciso aclarar que si bien las luchas por una mejor vida pueden ser consideradas un elemento constante en la vida social humana (y, así también es necesario indicar que no hay otra forma de vida que no sea social), éstas no se han formulado, en todo momento y en todo lugar, bajo la idea de los "derechos humanos". Claro que las exigencias presentes en el papiro de la huelga podrían ser vistos, bajo

29 Cfr. Schiavonne, Aldo, *Ius, la invención del derecho en Occidente,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009, p. 15.

30 Lo que sería, después de todo, la configuración de una justificación mítica del dominio y el mundo "existente" como único posible. Cfr. Berumen, Arturo, "Los mitos jurídicos como el sueño de la metáfora", *Fetichismo y derecho. Ejercicios de redeterminación jurídica,* México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2013.

la mirada moderna, como exigencias encuadrables en un discurso de derechos, y otro tanto podría, igualmente ser mencionado sobre las prebendas del cilindro de Ciro y los *privilegios reales* de la Magna Carta. A pesar de ello, el que bajo los parámetros contemporáneos estas luchas puedan articularse desde los derechos, no significa que lo hayan sido en su momento.

Se requiere luchar contra la mirada presentista que asume que las formas contemporáneas sirven de explicaciones atemporales de la realidad, para entender, dentro de sus propios marcos de significado, a las instituciones, formas, relaciones y luchas de otros contextos, ya sean estos temporales e incluso culturales. En este caso concreto, podemos observar lo problemático que resulta esta equiparación, que genera una visión parcial e incompleta sobre los presupuestos epistémicos requeridos para pensar en la idea misma de los derechos. Si toda lucha puede ser vista como una lucha por los derechos, entonces estos pierden su posibilidad real de existir en cuanto forma histórica concreta, para volverse simplemente una supra- categoría que requeriría una especificidad en la forma moderna de su propia existencia. Después de todo, las ideas de *individualidad, igualdad formal, universalidad* y *oponibilidad,* que surgen tan sólo en las sociedades modernas[31] son indispensables para construir la forma concreta "derechos humanos" y ninguna de ellas se encuentra en los documentos mencionados, ni en las luchas que les inspiraron.

Así, es posible observar que si bien las luchas por una mejor vida han estado presentes en todo momento de la vida social humana y que, de la misma forma, estas cruzan las diferentes formas culturales existentes en la actualidad (entendido, al mismo tiempo que "vivir mejor" no es una categoría unívoca que tenga una sola interpretación posible), sólo bajo ciertas condiciones, históricas, simbólicas, culturales y materiales, toman la forma concreta de los *derechos humanos.* Si bien las luchas que encarnan tienen, como se ha mencionado un pasado remoto, la historia de su forma concreta, es verdaderamente reciente.[32]

La construcción abstracta de una equivalencia entre cualquier lucha y la forma específica, particular de los derechos humanos, reproduce y naturaliza una forma de comprenderles. Al sacarles de la historia y asumirlos como una categoría

31 Cfr. Bobbio, Norberto, "La herencia de la gran revolución", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994; Apreza Salgado et al., *Derechos humanos, óp. cit.,* pp. 10- 21.

32 Galviz Ortiz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Aurora, 1996, p. 1.

trascendental,[33] los derechos se colocan más allá de las posibilidades de la crítica y al mismo tiempo, se fijan las condiciones de las luchas concretas que se realizan a través de ellos en la actualidad como los límites de toda lucha posible. Establecer de esta manera el presente como el momento a partir del cual se construye el mundo, hacia el pasado y el futuro, significa también generar un mañana donde el único destino posible es la reproducción del ahora.

Contra esta pretensión, es preciso encarar la historicidad de los derechos en un doble sentido. Por un lado, comprender que estos tienen, al igual que todas las formas sociales de la actualidad *una historia,* y al mismo tiempo, que ellos se encuentran *en la historia.* Esto significa, entender los diversos procesos que se conjuntaron para el surgimiento de la forma específica ahora existente de los derechos, procesos que no son ni lineales, ni unidireccionales ni progresivos, sino fragmentarios, múltiples, incluso contradictorios y que antes de poder ser descritos mediante una narrativa continua y evolutiva, debe observarse como un *gran arco* a través del cual se van construyendo, nunca definitivamente, los marcos de significado para su existencia contemporánea.[34] Los derechos humanos, así, no tuvieron un gran momento de *surgimiento,* que pueda ser ubicado con precisión específica, ni son resultado exclusivo de un hecho o serie de hechos, sino de diversas configuraciones sociales que se articulan de maneras distintas de acuerdo a interpretaciones específicas.

La reducción liberal

De esta manera, será entonces posible observar que la pretensión, bastante común, de colocar a los derechos como un resultado del liberalismo (político tanto como económico),[35] y con ello, de las luchas que se ha vinculado, igualmente de forma parcial, con él, presenta en realidad una historia incompleta que pretende legitimar a través del silencio voluntario, una visión, en este caso liberal de los derechos. La equiparación, no poco común de la idea de las *libertades* (específicamente las libertades negativas) con los derechos humanos, genera un marco de significado donde ciertas pretensiones son vistas obviamente, como imposibles de ser presentadas como tales. Es

33 Sobre la manera en que se construye una "historia" en este sentido, cfr. Trouillot, Michel, Rolph, *Silenciando el pasado. El poder y la construcción de la historia,* Granada, Comares, 2017, p. 15.

34 Cfr. Thompson, E.P. "Las peculiaridades de lo inglés", *Historia social, 18,* 1994, pp. 21-22 para una visión inicial sobre esta ahora ya clásica forma de comprender los procesos sociales.

35 Cfr. e.g. Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal- igualitaria,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

el caso, en concreto, de los derechos llamados *económicos, sociales y culturales,* que son observados como pretensiones políticas y no como "verdaderos derechos" en sentido "técnico" o "analítico".[36]

Al establecer un pasado eminentemente liberal, las visiones tradicionales limitan el alcance emancipador de los derechos. El liberalismo tiene una serie de presupuestos éticos y políticos específicos, que se convierte a través de esta reducción, en el lenguaje común para las exigencias sociales. Aquellas posturas que difieren de estos principios, tienen que llevar a cabo, de acuerdo a las visiones que pretenden realizar esta reducción, un proceso de traducción de sus propias pretensiones a términos liberales, lo que reduce tanto las posibilidades prácticas de sus exigencias, como las posibles justificaciones o legitimaciones que pueden ser utilizadas.

A través de este proceso, se han deslegitimado muchas pretensiones sociales, que no tienen una traducción potencialmente válida en términos liberales. Así sucedió, durante mucho tiempo, con derechos mínimos de supervivencia, a los que los nacientes estados liberales se opusieron de forma activa incluso a través de la fuerza pública. Esto puede observarse, por poner un ejemplo claro, en el contenido, visto como profundamente radical en su momento, de las exigencias del Manifiesto del Partido Comunista.[37] Gozar de seguridad mínima en el centro de trabajo, la prohibición del trabajo infantil, salud, educación y la asociación son elementos que escapaban de la lógica liberal primigenia y de no ser por la incesante lucha obrera de los siglos XIX y XX, nunca habrían sido reconocidos por este discurso como "derechos".

Así también, en consonancia con su comprensión del mundo, el liberalismo se articula a través de un carácter eminentemente individual, directo y personal, lo que se convierte en una exigencia de llevar a cabo las peticiones sociales de esta forma. Esto tiene un doble problema. Por un lado, deja con grandes dificultades a quienes no se entienden a sí mismos exclusivamente bajo estos términos;[38] por otro, pone un freno a quienes ven en sus exigencias, algo más allá de lo eminentemente personal y reduce las posibilidades de creación real de comunidades políticas fuera de las articulaciones asumidas como legítimamente existentes.[39]

36 Así lo hace, por ejemplo, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1989.

37 Marx, Karl y Engels, Friedrich, "Manifiesto del Partido Comunista" en Marx, Karl, *La cuestión judía (y otros escritos),* Barcelona, Planeta- Agostinni, 1994.

38 Tapia Argüello, Sergio Martín, "Derechos humanos y pluralismo. Una crítica a la universalidad objetiva", *Alegatos, 89,* 2015.

39 Cfr. Zizeck, Slavoj, *En defensa de la intolerancia,* Javier Eraso Ceballos y Antonio Antón Fernández, trads., Barcelona, Público, 2010.

De esta forma, la reducción liberal genera limitaciones concretas al carácter emancipatorio de los derechos humanos, pues les coloca un reducido campo de acción y elimina gran parte de las justificaciones y legitimaciones ético- políticas de su actuación. Al llevar a cabo esta acción, el liberalismo obviamente no limita las posibilidades de lucha social, pero si de aquella que puede ser vista socialmente como legítima y por lo tanto, que resulta socialmente aceptable. Esto no es, claro, nunca, algo que pueda ser hecho de manera unidireccional, y como la organización obrera de los siglos XIX y XX enseñó, el discurso liberal se reconfigura en los momentos en que se pone en peligro su existencia misma, para admitir las exigencias sociales que normalmente no ve como posibles bajo sus presupuestos. A pesar de ello, como se vio durante las últimas décadas del siglo pasado y las primeras del presente, esta inclusión nunca es permanente ni tomada como natural. Son espacios de excepción que esta comprensión del mundo pretende siempre eliminar.

La reducción colonial

Resulta imposible obviar el impacto de las formas liberales, de sus múltiples procesos y dimensiones en la construcción de lo que ahora llamamos derechos humanos. Pero resulta sumamente superficial, indicar que los derechos surgen o se construyen exclusivamente a partir de ellos. Primero, porque la primera aparición del término, o al menos la primera de la que se tiene registro cierto, se dio siglos antes de la existencia de esta visión política, en un contexto totalmente distinto. En 1552, Fray Bartolomé de las Casas, antiguo Obispo de Chiapas y primer Protector de los Indios, publicaba en Sevilla, España, el "Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos" donde, al generar una figura distinta, paralela a los *derechos naturales* que articulaban la pretensión de libertad de los indígenas americanos, el dominico nombra a los derechos humanos como fundamento de sus pretensiones sobre la caracterización jurídica, política y moral de las relaciones entre europeos e indígenas.[40]

A través de la tradición iberoamericana[41] o hispanoamericana[42] de los derechos, encontramos igualmente elementos sin los cuales no sería posible comprender la forma

40 Casas, Bartolomé de las, *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, Biblioteca Virtual Universal, desde: http://www.biblioteca.org.ar/libros/131622.pdf consultado el 22 de mayo de 2021, p. 17.

41 De la Torre, Rangel, Jesús Antonio, *La tradición iberoamericana de los derechos humanos,* México, Porrúa, 2014.

42 Rosillo, Alejandro, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos: la defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga,* Quito,

concreta actual de estos. La gran transformación política que significó el destierro definitivo de la forma aristotélica de la comprensión de las jerarquías humanas, algo que encontró su corolario en los procesos que se articularon alrededor de la Junta de Valladolid, cambiaría radicalmente la forma de comprender la constitución de lo social y abriría las puertas al surgimiento de la igualdad formal,[43] a través no de un imaginario liberal, sino dentro del paradigma católico cristiano medieval, incluso anclado en los principios de la antigüedad del cristianismo primitivo por medio del poder de la conversión como potenciador de la igualdad.[44]

No resulta raro encontrar en los procesos de construcción de lo moderno, el doloroso surgimiento del mundo tal y como lo conocemos a través de los procesos de guerra y conquista de los territorios llamados ahora "América" por parte de la igualmente ahora llamada "Europa",[45] elementos indispensables para comprender a los derechos humanos. Estos procesos, que sólo a través de una mirada profundamente colonial y con ello, despectiva o neutralizante del otro han sido llamados (y continúan siéndolo) como *descubrimientos,*[46] significaron una transformación radical de la realidad no sólo en el aspecto geográfico espacial, sino también y principalmente como marco de sentido a través del cual se construye la identidad del mundo.[47]

Su importancia, inmensa, en los procesos de articulación de lo moderno y sus instituciones, ha sido sin embargo, dejada de lado por el mismo proceso iniciado por ella misma. La destrucción de la jerarquización del mundo antiguo, no se vio acompañada por una construcción de igualdad real que permitiera su supervivencia, sino de una nueva forma de jerarquía que generará espacios de diferenciación a través de la dinámica metrópoli- colonia y generará, al mismo tiempo, espacios de total exclusión, donde incluso los límites mínimos de protección y humanidad son inexistentes.[48]

Corte Constitucional de Ecuador, 2012.

43 Dussel, Enrique, *El episcopado latinoamericano y la liberación de los pobres, 1504- 1620,* México, Centro de Reflexión Teológica, 1979, p. 79.

44 Todorov, Tzvetan, *La conquista de América. El problema del otro,* México, Siglo xxi, 2010, p. 174.

45 Para observar el carácter moderno y sincrónico de ambos, cfr. Dussel, Enrique, "Europa, modernidad y eurocentrismo", *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales: Perspectivas latinoamericanas,* Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

46 Trouillot, *Silenciando el pasado. El poder y la construcción de la historia, óp. cit.,* p. 98

47 Cfr. Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del "Jus Publicum Europeum",* Buenos Aires, Struhart & Cía., 2005.

48 Cfr. Mbmbe, Achille, *Necropolítica,* Río de Janeiro, n-1 edicoes, 2018.

Este nuevo mundo, que generará así una serie de líneas abisales a través de las cuales se construye no sólo las formas materiales de producción y reproducción de la vida, sino también y por ello mismo, las formas que asumen los saberes y conocimientos para ser vistos como legítimos,[49] se configuró a través de una visión mesiánica que se reprodujo más allá a de sus iniciadores y les colocó en la dinámica por ellos emprendida. Así, "(*e*)*l mesianismo temporal de España y Portugal sería sólo el primer paso del mesianismo holandés del siglo XVII, francés e inglés desde el siglo XVIII, germano del XIX y norteamericano de las últimas décadas*".[50] El ocultamiento que las visiones tradicionales contemporáneas hacen sobre el papel de los procesos coloniales iniciales por parte de España y Portugal, son así, entonces, parte de un proceso de colonialismo cultural que les coloca a ellos, como ellos hicieron en el pasado con otros, como agentes secundarios, incapaces de generar por sí, formas inteligibles de comprender la realidad de manera adecuada.

Una gran parte de la crítica hacia las visiones tradicionales de los derechos, se coloca en este sentido, del lado de las tradiciones hispano o iberoamericana, al afirmar la necesidad de una comprensión más amplia de los procesos que permiten hablar del surgimiento de la idea de los derechos y con ello, de sus características. Pero es necesario recordar que la construcción de esta nueva forma de jerarquización del mundo no se construye a través de una gran dicotomía, sino de una triada, que presenta no sólo a quienes son valiosos y quienes no, sino también a aquellos que no son capaces ni siquiera de entrar a la valoración misma. Los que no son nadie y por ello mismo, quedan fuera de la lucha por el poder de nombrar.

En este sentido, las visiones críticas que asumen una postura dentro de las tradiciones antes mencionadas, suelen repetir, en un segundo nivel, el mismo proceso que acusan. Al recordar la importancia (invisibilizada) de misioneros y sacerdotes, de filósofos y políticos de Iberoamérica (desde Francisco de Vitoria hasta Tata Vasco, de Bartolomé de las Casas a Antonio Vieira) dejan de lado un mundo múltiple y diverso de saberes filosóficos, políticos y éticos sin los cuales habría sido imposible el surgimiento de los derechos humanos: aquel que se articuló por las comunidades indígenas, los pueblos africanos y afrodescendientes, así como los hombres y mujeres que en ellos se desarrollaron.

49 Santos, Boaventura de Sousa, "Beyond Abyssal Thinking: From Global Lines to Ecologies of Knowledges", *Review (Fernand Braudel Center), 30* (1), 2007.

50 Dussel, Enrique, *Historia general de la iglesia en América Latina, tomo I: Introducción general a la historia de la iglesia en América Latina,* Salamanca, CEHILA- Sígueme, 1983, p. 283

Puede presentarse, como un caso emblemático, la figura de Francisco Tenamaztle, señor de Nochiztlán y uno de los líderes de la guerra que originalmente de resistencia, pero posteriormente incluso con elementos de reconquista, desarrollaron las comunidades indígenas de lo que actualmente son los estados de Jalisco, Colima, Nayarit. Tenamaztle, levantado en armas en 1540, desarrolló una serie de combates contra los españoles de la Nueva Galicia, venció al conquistador Pedro de Alvarado, quien murió por las heridas provocadas en uno de los enfrentamientos y lucho directamente en contra del Virrey Mendoza, quien asistió con miles de guerreros tlaxcaltecas y mexicas a apaciguar la región. Superado por las condiciones materiales específicas de sus adversarios, Tenamaztle se replegó y a través de un constante asedio de guerra de guerrillas, impidió la expansión de los conquistadores por más 10 años, hasta entregarse voluntariamente a frailes franciscanos y posteriormente al obispo de Guadalajara.[51] Durante más de un año, él defendió, ante autoridades de la ciudad de México, que su levantamiento no era sino una *guerra justa*, repitiendo los argumentos de los conquistadores y no fue, sino hasta la muerte de su protector, que fue ilegalmente enviado preso a España, donde se encontraría y haría mancuerna con Bartolomé de las Casas.

En este episodio, el fraile dominico tuvo la oportunidad de llevar a cabo una defensa jurídica que se anclara en los principios éticos de sus escritos teológicos sobre la igualdad de los indígenas (a pesar de, quizá por términos eminentemente pragmáticos[52] o bien porque en realidad así lo consideraba,[53] utilizaba una forma de jerarquización clara que construía una otredad insalvable a través de la figura del *miserable*) y sus derechos. Algunas visiones, ancladas en el proceso colonial de la construcción de los sujetos, insisten, sin embargo, en colocar a Tenamaztle como un simple observador, nada más que un objeto utilizado por de las Casas para presentar sus argumentos, alguien que no realizó más que de manera pasiva, una presencia en este proceso.[54]

Al presentarle así, estas visiones no hacen sino repetir a un nivel particular, el argumento que convierte a ciertas comunidades y pueblos, en productos, pero nunca

51 León- Portilla, Miguel, *Francisco Tenamaztle. Primer guerrillero de América defensor de los derechos humanos*, México, Planeta, 2015.

52 Cunill, Carolina, "Fray Bartolomé de las Casas y el oficio de defensor de indios en América en la Corte Española" en Nuevo mundo, mundos nuevos, Debate, 2012, desde: http://nuevomundo.revues.org/63939, consultado el 30 de enero de 2021.

53 Todorov, *La conquista de América. El problema del otro, óp. cit.,* pp. 187- 191.

54 E.g. Hanke, Lewis, "Las Casas Historiador. Estudio preliminar a la Historia de las Indias" en De las Casas, Bartolomé, *Historia de las Indias,* México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

productores, de su propia historia. Claramente, quien lea las cartas, peticiones y actuaciones judiciales del caso, verá en ellas la pluma de Bartolomé de las Casas. Pero si lo hace, no es porque tan sólo él sea quien produce esos documentos, sino porque es quien tiene la voz y la palabra para decirlas. Quien con posterioridad, hará suyo el conocimiento y la experiencia que el señor de Nochiztlán poseía y quien a través de ello, será desde entonces, visto como el productor único de algo en lo que él era un participante más.

Esto no significa, claro está, que se diga que De las Casas no habría llegado a esas ideas sin haberse cruzado con quien había vivido, en carne propia, los abusos específicos de las formas de la conquista y se había defendido no sólo a través de las armas, sino también por medio de la apropiación de las formas legales de los conquistadores, pero si que se formularon efectivamente a través de ese proceso. Los caminos por los cuales muchos de los planteamientos lascasianos podrían haberse desarrollado, son variados y múltiples. Pero el silencio generalizado sobre este encuentro, la asunción de una figura eminentemente pasiva y receptiva, la unidireccionalidad de la relación que se plantea desde las visiones tradicionales, resulta claramente, inverosímil.

La idea generalizada de una cierta pasividad de los dominados, el silenciamiento de sus luchas y la ceguera selectiva del poder, son herramientas que reproducen formas de dominio. Pero el poder nunca es unidireccional y quienes son colocados así, en formas específicas de ocultamiento, utilizan igualmente esa condición para generar sus propios procesos de resistencia.[55] De las Casas dejó el caso y al menos con el conocimiento contemporáneo, no se tiene ningún registro de sentencia o decisión en el caso de Tenamaztle. Pero a través de este episodio, tenemos conocimiento igualmente, de que durante el periodo mencionado existían en España gestores indígenas que, para sí o sus representados, llevaban a cabo actuaciones frente a la corona. Como en muchos otros casos, los dominados reconocieron en las formas de los dominadores caminos que potencialmente les permitían ciertas protección, incluso mínimas, frente al poder. Y se valieron de todas y cada una de ellas, con una soltura tal que llegaron incluso al centro de su mundo- colonial.[56] Nada hay, en los documentos mencionados al inicio del presente apartado, que sea ni remotamente tan similar, a las luchas que hombres y

55 Cfr. Scott, James C., *Los dominados y el arte de la resistencia,* México, Era, 2000.

56 Glave, Luis Miguel, "Gestiones transatlánticas. Los indios ante la trama del poder virreinal y las composiciones de tierras (1646), Revista Complutense de Historia de América, 34, 2008, pp. 85- 106; León- Portilla, *Francisco Tenamaztle. Primer guerrillero de América defensor de los derechos humanos, óp. cit.,* pp. 146- 147; Cunill, Caroline, "La negociación indígena en el Imperio ibérico: aportes a su discusión metodológica", *Colonial Latin American Review, 21* (3), 2012, pp. 391-412.

mujeres, comunidades y pueblos, realizamos hoy bajo el nombre de derechos humanos y por ello, su ocultamiento, su silencio en esta historia, no es sino una reducción colonial.

Sobre la centralidad del concepto de "derechos humanos"

El problema de los conceptos desde la crítica jurídica.

Uno de los problemas centrales que pueden encontrarse en las perspectivas críticas, es sin duda alguna, el de construcción de conceptos y definiciones.[57] No es, como puede pensarse en ocasiones, que se desdeñe el esfuerzo de generar límites metodológicos para la aproximación de la realidad, sino que se problematiza de maneras múltiples y debe decirse, constantes, la posibilidad de generar una definición o un concepto cerrado de una realidad que claramente es no sólo inacabada y en constante transformación, sino incluso mejor dicho, viva.

En este sentido, se entiende que las definiciones y conceptos generan no sólo una observación de la realidad, sino que los límites que colocan para situar su propia percepción, ayudan igualmente a construir aquello que se observa.[58] Cuando se asume que se está describiendo lo que existe, se está creando, al mismo tiempo, las posibilidades de existencia para el futuro, como una suerte de profecía autocumplida que se articula a través del poder performativo del lenguaje.[59] Los límites de lo que será, se localizan en los bordes de lo que dice que ha sido o por lo menos, de lo que se ha descrito como lo que era. De esta forma, la historia y la construcción de conceptos se encuentran profundamente interrelacionados a través de formas de saber y poder. La historia se prueba en su doble significado, como los hechos que sucedieron y como la narración que de ellos se hacen.[60]

Entre las múltiples formas que las perspectivas críticas han intentado presentar para superar lo que asumen, es una aparente contradicción, encontramos las formas procesuales de definición que asumen una reconfiguración constante y mutua, como

57 Tapia Argüello, "Una breve –y quizá personal- introducción a la crítica jurídica", óp. cit.

58 Ruiz, Alicia E. C., "Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo", *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2001.

59 Kennedy, Duncan, "La educación legal como preparación para la jerarquía" en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pp. 373-374.

60 Trouillot, *Silenciando el pasado. El Poder y la construcción de la historia, óp. cit.*

en el caso de las posturas dialécticas, la separación objeto- descripción a través de vigilancia epistemológica que permita una adecuada distinción metodológica e incluso, en ocasiones, el rechazo de esa relación. En el presente trabajo, se pretende llevar a cabo una combinación de ambos procesos, entendido no sólo que las definiciones y los conceptos se actualizan con la realidad, sino también que el poder de nombrar se encuentra igualmente en el campo supuestamente neutro de lo descriptivo.

La centralidad de los "derechos humanos"

Con lo mencionado hasta aquí, se requiere ahora presentar una conceptualización de los derechos humanos que se coloque más allá de las reducciones presentadas anteriormente, y que generan sin ningún lugar a duda, la mayoría de las definiciones. Por un lado, tiene que observarse que existen razones específicas para el auge de los derechos y que estas no son, como la visión liberal insiste en presentarlos, el resultado del progreso de la humanidad y la razón, en un sentido eminentemente abstracto y desarrollista. Este discurso tiene una razón ser, pues se ancla en una visión que establece teleológicamente como fines de la humanidad aquellos que efectivamente él mismo persigue. De esta forma, la simple descripción[61] resultará siempre en un avance y más aún, en un triunfo auto recursivo que legitima el mundo "tal y como existe" y le presenta como el mejor de los mundos posibles.

A pesar de ello, estas posturas son incapaces de resistir un análisis situado de las condiciones reales de las transformaciones sociales. Para quienes insisten en generar una "leyenda blanca" sobre las guerras de conquista y exterminio de España en nuestro continente, por poner un ejemplo que se vincula al tema tratado, tanto las decisiones de la Junta de Valladolid como la articulación normativa que se dio desde los comienzos de la época colonial, son clara muestra de una voluntad "positiva" y de búsqueda de bienestar para los indígenas americanos. Más allá de la confusión, clara, entre el mundo de lo jurídico y el mundo fáctico, estos discursos no cuestionan las razones por las que se generan esas mudanzas, sino tan sólo asumen que se dan por una "voluntad" de bienestar que entonces, ven, de forma circular, como una prueba de que se buscaba lo mejor para los indígenas.

Resulta claro que la distancia entre la metrópoli y las colonias, la cada vez mayor fortaleza de la clase encomendera y la necesidad de la corona de llevar a cabo

61 Cfr. e.g. Weber, Max, "Introducción", *Ensayos sobre sociología de la religión,* tomo 1, Madrid, Taurus, 1987, p. 21- 23.

los procesos de centralización que se requerían para la integración de un imperio propiamente dicho —y no una suerte de federación o incluso, el comienzo de procesos separatistas— hacía necesario tanto la aceptación de un poder paralelo organizado y que se encontrara en el terreno (en este caso, la iglesia) y la supeditación directa de quienes, hasta ese momento, no eran sino vistos como accesorios de las tierras tomadas por la fuerza por los conquistadores. Al reconocer así, a los indígenas como súbditos de la Corona, ésta legitimaba su propia intervención en los actos de los encomenderos sobre ellos (incluso en la toma de tierras y sometimiento) y al mismo tiempo generaba una supeditación hacia ella para la legitimación de los títulos y procedimientos.[62]

De la misma forma, resulta claro que los derechos humanos lograron instalarse en el imaginario colectivo social a través de la necesidad de articular una respuesta adecuada al conflicto y exterminio de la segunda guerra mundial, tanto en combate como por los delitos de lesa humanidad llevados a cabo en ella.[63] Originalmente, sin embargo, ellos no resultaron el *discurso campeón*[64] en la pugna interpretativa del cambio de paradigma que se dio.[65] No será sino hasta la gran transformación del modelo de acumulación que se dio en la posguerra,[66] y el surgimiento de un proyecto de articulación de la sociedad desde una dinámica fragmentaria que conocemos como "neoliberalismo"[67] que los derechos comienzan su centralidad discursiva incluso dentro del derecho, gracias tanto a la pérdida de los grandes referentes de lucha,[68] como a la construcción de un discurso político que encaminaba a la reducción de su potencial emancipador. Como en el pasado, las visiones simplistas que pretenden observar

62 Cfr. e.g. Dussell, *Historia general de la iglesia en América Latina, tomo I: Introducción general a la historia de la iglesia en América Latina, óp. cit.;* Cunill, "Fray Bartolomé de las Casas y el oficio de defensor de indios en América en la Corte Española", óp. cit.

63 Tapia Argüello, Sergio Martín, *El sistema internacional de protección de los derechos humanos,* México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

64 Kennedy, Duncan, "El derecho constitucional como religión. Notas de un ateo" en *Izquierda y Derecho,* Buenos Aires, Ediciones Siglo XXI, 2010.

65 En el momento y quizá hasta mucho tiempo después, parecía que el regreso de las teorías de la argumentación jurídica habían sido las más beneficiadas con la reconfiguración de las corrientes de análisis e interpretación jurídica. Cfr. e.g. González Bedoya, Jesús, "Perelman y la retórica filosófica. Prólogo a la edición en español" en Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* Madrid, Gredos, 1989.

66 Harvey, David, *La condición de la posmodernidad,* Buenos Aires, Amorrortu, 2000.

67 Moyn, Samuel, "Powerless companion: human rights in the age of neoliberalism", *Law and contemporary problems, 77,* 2014, p. 147

68 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 509- 510.

en este hecho una suerte de avance, no hacen sino oscurecer los procesos sociales involucrados, algo para lo que se necesita una forma concreta de comprender a los derechos humanos.

Conclusiones

Como se ha mencionado ya, el presente trabajo pretende presentar dos reducciones específicas sobre los derechos que articulan, a través de visiones ideológicamente parciales, formas y saberes que pueden ser catalogados como tradicionales sobre los mismos. Recuperar así, el carácter histórico de los derechos, significa romper con los planteamientos, necesariamente dogmáticos a través de los cuales se construyen los presupuestos que les justifican y les dotan de sentido, naturalizando así, ciertos elementos ético políticos.

La comprensión de los derechos humanos como una categoría histórica, permite observar que la supuesta eternidad de sus características y más aún de su existencia, no es sino un planteamiento ideológico, sin asidero real en los procesos de lucha y emancipación del mundo. Si esto se genera a través de una visión liberal y colonial sobre la realidad entera (y a través de ello, del derecho y los derechos), entonces las visiones críticas deben abandonar ese camino y observar la especificidad histórica, pero también cultural, de los derechos.

Presentados como una forma específica que asumen las luchas y resistencias en un momento específico, nos permite observar igualmente que se trata de un fenómeno que pertenece a un proceso cultural concreto: el de la modernidad occidental. Si a través de diversos mecanismos, ha logrado exitosamente la globalización de lo que era un proceso situado,[69] debemos entonces igualmente cuestionar las posibilidades que tiene para interpretar adecuadamente toda lucha y resistencia que se encuentre más allá de los presupuestos posibles en esa ubicación concreta. Ver a los derechos así, como fenómenos históricos, nos permitirá entonces abordarles adecuadamente como una *gramática de la dignidad* específica, que puede servir y sirve efectivamente, a través de una correcta traducción intercultural realizada desde formas horizontales y recíprocas.

69 Algo que no es, en absoluto, extraordinario; cfr. Santos, *Sociología jurídica crítica. Por un nuevo sentido común en el derecho, óp. cit.*

Bibliografía

Adorno, Theodor W., *Dialéctica Negativa,* Madrid, Akal, 2008.

Apreza Salgado, Socorro; Tapia Argüello, Sergio Martín y Meza Flores, Jorge Humberto, *Derechos Humanos,* México, Porrúa, 2017.

Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad,* México, Siglo XXI, 2004.

Berumen, Arturo, "Los mitos jurídicos como el sueño de la metáfora", *Fetichismo y derecho. Ejercicios de redeterminación jurídica,* México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2013.

Bloch, Ernst, *Principio esperanza,* Tomo 1, Madrid, Trotta, 2011.

Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994.

- "La herencia de la gran revolución", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994.
- "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1994.

Bourdieu, Pierre, "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico", *Poder, derecho y clases sociales,* Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.

Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida, una introducción histórico teorética al derecho y al estado,* Madrid, Trotta, 2008.

Casas, Bartolomé de las, *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, Biblioteca Virtual Universal, desde: http://www.biblioteca.org.ar/libros/131622.pdf consultado el 22 de mayo de 2021

Celorio, Mariana, "Ambivalencia de los derechos humanos: movilización y desmovilización social" en Estévez, Ariadna & Vázquez, Daniel (coords.), *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia,* México, FLACSO México, UNAM, CISAN, 2015.

Correas, Oscar, "Acerca de la Crítica Jurídica", *El otro derecho, 5,* 1990, pp. 40- 51.

- *Crítica de la ideología jurídica,* México, Coyoacán, 2005.

- "Los derechos humanos, entre la historia y el mito II", *Crítica Jurídica, Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, 26,* México, 2007

Correas, Oscar y Del Gesso Cabrera, Ana María, "Naturaleza lingüística y origen de los derechos humanos" en Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos: apuntes para un ensayo,* México, Ediciones Coyoacán, 2003.

Cunill, Carolina, "Fray Bartolomé de las Casas y el oficio de defensor de indios en América en la Corte Española" en Nuevo mundo, mundos nuevos, Debate, 2012, desde: http://nuevomundo.revues.org/63939, consultado el 30 de enero de 2021.

"La negociación indígena en el Imperio ibérico: aportes a su discusión metodológica", *Colonial Latin American Review, 21* (3), 2012, pp. 391-412.

De la Torre, Rangel, Jesús Antonio, *La tradición iberoamericana de los derechos humanos,* México, Porrúa, 2014.

Douzinas, Costas, *The end of human rights, Critical Legal Thought at the turn of the century,* Portland, Oxford, 2000.

Dussel, Enrique, *El episcopado latinoamericano y la liberación de los pobres, 1504-1620,* México, Centro de Reflexión Teológica, 1979.

- "Europa, modernidad y eurocentrismo", *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales: Perspectivas latinoamericanas,* Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- *Historia general de la iglesia en América Latina, tomo I: Introducción general a la historia de la iglesia en América Latina,* Salamanca, CEHILA-Sígueme, 1983.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1989.

Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno,* México, Siglo XXI, 1998.

Galviz Ortiz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Aurora, 1996.

González Bedoya, Jesús, "Perelman y la retórica filosófica. Prólogo a la edición en español" en Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* Madrid, Gredos, 1989.

Glave, Luis Miguel, "Gestiones transatlánticas. Los indios ante la trama del poder virreinal y las composiciones de tierras (1646), Revista Complutense de Historia de América, 34, 2008, pp. 85- 106.

Harvey, David, *La condición de la posmodernidad,* Buenos Aires, Amorrortu, 2000.

Hanke, Lewis, "Las Casas Historiador. Estudio preliminar a la Historia de las Indias" en De las Casas, Bartolomé, *Historia de las Indias,* México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

Horkheimer, Max, "Teoría "Teoría tradicional y teoría crítica" en *Teoría crítica,* Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

Kennedy, Duncan, "El derecho constitucional como religión. Notas de un ateo" en *Izquierda y Derecho,* Buenos Aires, Ediciones Siglo XXI, 2010.

"La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 47,* 2006.

"La educación legal como preparación para la jerarquía" en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

Laclau, Ernesto, *La razón populista,* México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

León- Portilla, Miguel, *Francisco Tenamaztle. Primer guerrillero de América defensor de los derechos humanos*, México, Planeta, 2015.

Marx, Karl, "Tesis sobre Feuerbach", *La cuestión judía (y otros escritos),* Barcelona, Planeta- Agostinni, 1994.

Marx, Karl y Engels, Friedrich, "Manifiesto del Partido Comunista" en Marx, Karl, *La cuestión judía (y otros escritos),* Barcelona, Planeta- Agostinni, 1994.

Mbmbe, Achille, *Necropolítica,* Río de Janeiro, n-1 edicoes, 2018.

Moyn, Samuel, "Powerless companion: human rights in the age of neoliberalism", *Law and contemporary problems, 77,* 2014.

Nino, Carlos Santiago *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Pieterse, Marius, "Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship", *Human Rights Quarterly, 29* (3), 2007.

Rosillo, Alejandro, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos: la defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga,* Quito, Corte Constitucional de Ecuador, 2012.

Ruiz, Alicia E. C., "Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo", *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa, "Beyond Abyssal Thinking: From Global Lines to Ecologies of Knowledges", *Review (Fernand Braudel Center), 30* (1), 2007.

- *Crítica la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia,* Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- *Se deus fosse um activista dos direitos humanos,* Coimbra, Almedina, 2013.
- *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho,* Madrid, Trotta, 2009.

Schiavonne, Aldo, *Ius, la invención del derecho en Occidente,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009.

Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del "Jus Publicum Europeum",* Buenos Aires, Struhart & Cía., 2005.

Scott, James C., *Los dominados y el arte de la resistencia,* México, Era, 2000.

Tapia Argüello, Sergio Martín, "Derechos humanos y pluralismo. Una crítica a la universalidad objetiva", *Alegatos, 89,* 2015.

- *El sistema internacional de protección de los derechos humanos,* México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- "The modern possibilities of human rights. A critique of the negative critique of law and rights", Mexican Law Review, x (2), 2018, desde: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/view/11896, consultado el 20 de mayo de 2021.
- "Una breve (y quizá personal) introducción a la Crítica Jurídica" en Tapia Argüello, Sergio Martín; Gómez Martínez, Diego León y Solano Paucay, Vicente (eds.), *Estudios Jurídicos Críticos en América Latina I,* Cali, Universidad Santiago de Cali, 2019.

Thompson, E.P. "Las peculiaridades de lo inglés", *Historia social, 18,* 1994, pp. 9- 60.

Todorov, Tzvetan, *La conquista de América. El problema del otro,* México, Siglo *xxi*, 2010.

Trouillot, Michel, Rolph, *Silenciando el pasado. El poder y la construcción de la historia,* Granada, Comares, 2017.

Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal- igualitaria,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

Weber, Max, "Introducción", *Ensayos sobre sociología de la religión,* tomo 1, Madrid, Taurus, 1987.

Yañez Barnuevo, Juan Antonio, "Derechos humanos, soberanía del Estado y orden internacional" en Gutierrez Canet, Agustín (ed.), *México en el mundo del siglo xxi,* México, Universidad Iberoamericana, 2001.

Zizeck, Slavoj, *En defensa de la intolerancia,* Javier Eraso Ceballos y Antonio Antón Fernández, trads., Barcelona, Público, 2010.

LA HERMENÉUTICA DE LA SOSPECHA EN LA PERSPECTIVA DE DUNCAN KENNEDY PARA LA LECTURA ALTERNATIVA DE LAS DECISIONES JUDICIALES

The hermeneutic of suspicion in Duncan Kennedy's perspective for alternative readings of judicial decisions

Ivonne Gabriela Tovar

Resumen

La aproximación que realiza Duncan Kennedy de la hermenéutica de la sospecha como herramienta auxiliar en el análisis de las decisiones judiciales para la identificación de la ideología subyacente en la elección del método de interpretación elegido por el juzgador representa una invitación para continuar con la reflexión crítica del fenómeno jurídico. En este marco, la corriente de los Estudios Críticos del Derecho es un referente significativo para continuar con el cuestionamiento de la teoría jurídica y la práctica jurídica cotidiana, en aras de explorar formas alternativas de organización de la sociedad susceptibles de favorecer las condiciones idóneas de justicia y equidad.

Palabras clave: Crítica jurídica, ideología, argumentación jurídica, libertad y restricción en la decisión judicial, hermenéutica de la sospecha.

Abstract

Duncan Kennedy's approach to the hermeneutics of suspicion as an auxiliary tool in the analysis of judicial decisions for the identification of the underlying ideology in the choice of the method of interpretation chosen by the judge represents an invitation to continue the critical reflection of the legal phenomenon In this context, Critical Legal Studies stands as a significant theoretical reference to continue the questioning of legal theory and daily legal practice, in order to explore alternative forms of social organization aimed to favor the ideal conditions of justice and equity.

Key Words: Legal critique, ideology, legal reasoning, freedom and restraint in judicial decisions, hermeneutics of suspicion

Panorama general

El presente artículo tiene por objetivo explorar los alcances de la hermenéutica de la sospecha en el análisis de las decisiones judiciales que propone Duncan Kennedy, como parte de su pensamiento crítico del derecho. Dicha referencia es significativa para identificar los horizontes de la decisión judicial y de la formación del jurista.

La exposición del tema se aborda en cuatro apartados. El primer apartado realiza una breve referencia al pensamiento de los Estudios Críticos del Derecho, con la finalidad de comprender los aspectos más sobresalientes de la corriente crítica a la cual se adscribe Duncan Kennedy. En el segundo apartado se identificarán las notas sobresalientes de la concepción de la libertad y restricción del juzgador en la decisión judicial, así como la noción de la argumentación jurídica, lo cual es un referente para que en el tercer apartado se exploren los alcances de la hermenéutica de la sospecha en la elección del método de interpretación elegido por el juzgador, bajo la cual será posible identificar el tipo de ideología subyacente en la decisión judicial y explorar lecturas alternativas de las decisiones judiciales. El posicionamiento de Duncan Kennedy coadyuva a vislumbrar los horizontes de las decisiones judiciales y de la formación del jurista.

En este marco se aprecia que la crítica jurídica proporciona referentes significativos para continuar con la reflexión de los retos inmersos en la teoría jurídica y la práctica jurídica cotidiana, y en donde el jurista requiere asumir un rol activo en el anhelo de transformación de la sociedad.

El sentido de la crítica en los Estudios Críticos del Derecho

Los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*, o *CLS* por sus siglas en inglés), representan una corriente del pensamiento jurídico que obedece a una reacción ante la desigualdad, crisis de la legitimidad y conflictos sociales surgidos en la década de los sesenta en los Estados Unidos de América.[1] Los autores que se adscriben a

1 En torno al contexto histórico que incidió en la gestación de los Estudios Críticos del Derecho, *véase* Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal,* vol. 100, núm. 5, marzo 1991, pp. 1530-1534; Juan Antonio Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies,* Madrid, Editorial Tecnos,

esta corriente son Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, David Trubek, Mark Tushnet, Robert Gordon, Cornell West, Peter Goodrich, Catherine MacKinnon, Robin West, Richard Delgado, entre otros. Al margen de las referencias locales de inspiración y desarrollo de los *CLS*, dicha corriente proporciona herramientas teóricas, susceptibles de tener una visión distinta del fenómeno jurídico, redimensionar el margen de actuación del jurista, así como reflexionar en otras posibles soluciones a la problemática inmersa en la práctica jurídica cotidiana.

Los ejes centrales de reflexión de esta corriente se centran en la crítica a la neutralidad del juzgador,[2] la indeterminación del derecho,[3] la vinculación del derecho y la política,[4] la crítica al formalismo y a la objetividad en el derecho,[5] la jerarquía y la ideología en la educación jurídica,[6] así como un análisis del derecho desde un enfoque de raza[7] y de género.[8] Junto con la variada temática, es posible apreciar igualmente una diversidad de enfoques metodológicos, que comprenden referencias a Max Weber, Edmund Husserl, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Sigmund Freud, Michael Foucault, Jacques Derridá, entre otros.[9]

Pese a los cuestionamientos referentes a la falta de unidad epistémica y metodológica de la corriente ha sido objeto de diversos cuestionamientos,[10] los Estudios Críticos del Derecho centran su interés en enfatizar el carácter crítico del derecho, temática

1996, p. 67; Jorge Robles Vázquez e Yvonne Georgina Tovar Silva, *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 1-32.

2 *Cfr*. Mauricio García Villegas, *Sociología y Crítica del Derecho,* México, Fontamara, 2010, pp. 77-81.

3 *Cfr.* Mark Tushnet, „Critical Legal Studies: A Political History", *op. cit.,* p. 1518.

4 *Cfr. Ídem.*

5 *Cfr.* Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement,* Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

6 *Véase* Duncan Kennedy, "La enseñanza del derecho en el primer año como acción política", trad. de Teresa Arijón, *La Enseñanza del derecho como forma de acción política,* México, Siglo XXI Editores, 2012.

7 *Véase* Ian Haney López, *White by law: The Legal Construction of Race,* Nueva York, New York University Press, 2006.

8 *Véase* Robin L. West, "From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights", *Yale Law Journal,* vol. 118, núm. 7, mayo 2009, pp. 426-432.

9 *Véase* Roberto Mangabeira Unger, *Conocimiento y Política,* trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 35-69; Michael Robertson, "Critical Legal Studies and Socialism", *New Zealand Universities Law Review,* vol. 14, núm. 4, diciembre 1991; Peter Goodrich, "Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", *New York University Law Review,* vol. 68, núm. 2, mayo 1993, pp. 416-425.

10 William Ewald y J. Paul Oetken exponen que entre las principales causas de descalificación al movimiento se encuentra el supuesto desprecio de la educación y doctrina jurídica tradicional, la irreverente forma de expresión de los integrantes del movimiento, así como la radicalidad de sus afirmaciones, carente de un sustento filosófico uniforme y coherente. *Cfr*. William Ewald, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", *The Yale Law*

que permite imprimir cohesión a sus seguidores. Así, es posible apreciar dos aspectos que permiten englobar el trabajo de los académicos que se adscriben a los CLS, y que refieren al anhelo de cambio dentro del Derecho y al sentido de la crítica.

En primer lugar, el anhelo de cambio en el derecho ha sido una preocupación inicial de los CLS, de lo cual da cuenta David Trubek, quien defiende la perspectiva "mediadora" del Derecho, bajo la cual el orden jurídico no representa un refugio o un escape de la estratificación o de la dominación, sino que supone un desafío a aquellos aspectos de la estructura social que atentan contra los ideales de la igualdad, individualidad y comunidad. Así, los CLS no sólo denuncian la divergencia entre los ideales del derecho y su aplicación y la estructura social, sino que incluso abren posibilidades para actuar a través del derecho, en aras de proteger y salvaguardar dichos ideales.[11] En este marco, igualmente resultaría conveniente retomar a Juan Antonio Pérez Lledó, para quien detrás del espíritu liberal que comparten los seguidores de la corriente de los CLS, subyace "un compromiso profundo con los valores de la tolerancia, la libertad de expresión y de cátedra, el respeto a las minorías y, en especial, el pluralismo y la diversidad académica."[12] Así, la variedad temática de la corriente en análisis, reflejará el anhelo por destacar la trascendencia de dichos valores, y denunciar aquellos obstáculos, materiales o ideales, que impiden su consecución.

En la noción del derecho, también destaca la noción de complejidad que apunta a considerar la vinculación con otros factores de índole política, social, económica y cultural. Dicha postura es atacada por Ronald Dworkin en tanto que si bien reconoce que el derecho es un fenómeno social, sin embargo, la complejidad y función del derecho depende de una característica especial de su estructura, vinculada con la característica argumentativa en que se desenvuelve la práctica legal,[13] por lo que las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones de historia y sociedad son perversas e ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal, con lo que sus explicaciones son pobres y defectuosas.[14] Sobre el particular, es

Journal, vol. 97, núm. 5, abril 1998, pp. 668-670; Paul Oetken, "Form and Substance in Critical Legal Studies", *The Yale Law Journal,* vol. 100, núm.7, mayo 1991, pp. 2213-2219.

11 *Cfr.* David M. Trubek, "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law", *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association,* vol. 11, núm. 3, invierno 1977, pp. 541-561.

12 Juan Antonio Pérez Lledó, *op. cit.*, p. 67.

13 *Cfr.* Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica,* trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 23.

14 *Cfr. Ibidem,* p. 24.

menester mencionar que bajo los *CLS* en ningún momento se desatiende la estructura ni la característica argumentativa en que se desenvuelve la práctica jurídica, simplemente pretenden redimensionar la incidencia en el derecho de la complejidad, conflicto y la contradicción inmersa en un contexto social determinado. En la medida en que se explore la vulnerabilidad y dificultades inmersas en el derecho y en la práctica jurídica cotidiana será posible contar con una perspectiva más amplia de la complejidad a que se enfrenta el jurista y asumir una visión distinta de la manera en que el jurista puede transformar su realidad.

En segundo lugar, por lo que concierne al sentido de la crítica, es posible apreciar que existen ciertas notas que formal y sustantivamente permiten agrupar los trabajos dentro de la corriente de los *CLS*. En un enfoque de tipo formal, Mark Tushnet apunta a tres lineamientos básicos en la actividad crítica, a saber: el trabajo debe estar enfocado a dar la idea de que una crítica interminable, el diseño debe ser una crítica explícita (no una defensa del orden existente) y debe operar como una auténtica crítica.[15].

En la temática de análisis, los trabajos de los *CLS* confluyen en las siguientes líneas:

1. La complejidad subyacente en la noción del derecho, que supone representar un escenario, determinación y supuesto consenso de los conflictos sociales.[16] Así, el derecho es parte de una ecuación de poder —y no una simple función del poder—, en que la gente lucha por el poder, como una lucha humana para hacer reales las condiciones de la justicia social. En este contexto, lo que se busca es criticar al derecho sin rechazarlo completamente.[17]
2. Considerar que la actual estructura jurídica no está del todo dada, y que por el contrario, hay otras formas posibles y deseables de ordenar la sociedad, para lo cual primeramente debe entenderse lo que hay detrás de las normas, procedimientos e instituciones jurídicas. En ese sentido, la deconstrucción permite determinar qué es lo que subyace en el fondo del fenómeno jurídico, valorar las posibilidades de cambio desde la estructura misma y concebir nuevas reglas de interacción social.[18]

15 *Cfr.* Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings", *Journal of Legal Education*, vol. 36, núm. 4, diciembre 1986 p. 516.

16 *Cfr*. Duncan Kennedy, "La educación jurídica como preparación para la jerarquía", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, núm. 3, otoño 2004, p. 131.

17 *Cfr. Idem*.

18 *Cfr*. Jerry L. Anderson, "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, vol. 54, núm. 2, junio 2004, pp. 205-206.

3. Mostrar las inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica, así como denunciar el carácter político y dominador del derecho.[19]

Bajo esta perspectiva, los Estudios Críticos del Derecho buscan una continua y permanente reflexión jurídica, en aras de demostrar que el conocimiento jurídico es inacabado, y se encuentra sujeto a distintas interpretaciones y discusiones, que debidamente identificados dan un margen de actuación para mejorar las condiciones sociales.

Desde el centro de la academia se reconoce la aportación de los *CLS* al razonamiento jurídico, en cuanto a someter a examen y evaluación aquellos principios y directrices que subyacen en el orden jurídico, a efecto de generar una conciencia crítica de la naturaleza contingente del derecho, así como ofrecer una apreciación de las vías por las cuales se puede propiciar un cambio.[20]

Contrario a los cuestionamientos formulados, los *CLS* en ningún momento pretenden contravenir o desestabilizar el estado de derecho, ni representa un rompimiento con la forma tradicional de la teoría del derecho y la aplicación del derecho,[21] en tanto que dicha corriente ofrece líneas adicionales de estudio acerca de una visión distinta del derecho, así como los retos que enfrenta el jurista en la práctica jurídica cotidiana.

La búsqueda de la sentencia deseada a través de la reformulación de hechos y normas jurídicas en la argumentación jurídica

Una de las líneas del pensamiento de Duncan Kennedy se vincula con la incidencia de la ideología en la decisión judicial. Aquí se puede seguir lo que Alejandro Nieto señalaba en el sentido de que la dependencia del juzgador no se refiere a influencias externas, sino a una conciencia,[22] que bajo la línea de análisis referida apunta a considerar el proyecto político e incluso prejuicios del juzgador que se reflejarán en el intento de llegar a la sentencia deseada. Dicha temática precisamente se inscribe

19 *Cfr*. Mauricio García Villegas, *op. cit.,* pp. 77-81.

20 *Cfr.* Steven J. Burton, "Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left", *Journal of Legal Education,* vol. 36, núm. 3, septiembre 1986, pp. 369-370.

21 *Véase* Jeffrie G. Murphy y Jules L. Coleman, *Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence,* Boulder, San Francisco y Londres, Westview Press, 1990, pp. 54-55.

22 *Cfr.* Alejandro Nieto, *El malestar de los jueces y el modelo judicial,* Madrid, Trotta, 2010*,* p. 131.

en la crítica a la neutralidad judicial, que pretende que el jurista reflexione en torno a lo que subyace en la decisión judicial.

Bajo la crítica a la neutralidad judicial, el énfasis se centra en el rol del juzgador. El análisis apuntaría en el estudio de quien interviene en un discurso –o si se quiere el análisis del carácter del que habla, por retomar a Aristóteles.[23] Lo anterior, desde luego no implica dejar de considerar la relevancia de las normas, principios y razonamientos jurídicos, solamente cambia el enfoque de atención en el juzgador.

Un aspecto relevante que integra la temática de la crítica a la neutralidad judicial apunta a la noción de ideología, que Duncan Kennedy concibe como "un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa 'para' un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos."[24] Una definición adicional de ideología presente en dicho autor refiere a la parte teórica de los proyectos políticos que buscan cambiar o preservar alguna dimensión controversial de la vida social.[25] Por lo anterior, la referencia a la ideología en la decisión judicial proporciona una categoría adicional de análisis y evaluación de la resolución judicial, a fin de dilucidar las ideas detrás de la norma jurídica que están en juego, y en su caso, si se privilegió alguna ideología y bajo qué argumentos, qué efectos tendrá sobre las partes en juicio y en su caso dentro de la sociedad, e incluso incorporar elementos que puedan ayudar al juez a proveer de mejor sentido sus sentencias.

Frente al enfoque de Jerome Frank, realista jurídico norteamericano, que apuntaba al carácter humano de los juzgadores que los hacía partícipes de las virtudes y debilidades de la generalidad de los mortales,[26] Duncan Kennedy centra su análisis en identificar la actividad del juzgador en un marco de libertad y restricción, bajo los cuales buscará llegar a la sentencia deseada que supone la intención del juzgador para pretender concretar su sentido de la justicia o un proyecto ideológico como criterio para decidir un caso concreto.[27]

---

23 *Cfr.* Aristóteles, "Arte Retórica", *Arte Poética. Arte Retórica,* 4a. ed., trad. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, México, Porrúa, 2011, p. 87.

24 Duncan Kennedy, "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica", trad. de Guillermo Moro, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010*,* p. 28.

25 *Cfr.* Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law", en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 40. *http://duncankennedy.net/documents/Political%20Ideology%20and%20Comparative%20Law.pdf*

26 *Cfr.* Jerome Frank, *Courts on Trial. Myths and Reality in American Justice,* Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1950, p. 146.

27 *Cfr.* Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Universidad de los Andes/Pontificia Uni-

Esa intención, desde luego, se encontrará restringida por las normas jurídicas y el razonamiento jurídico que impedirán que el juzgador llegue a la sentencia deseada. Se reconoce así la existencia de ciertos límites dentro y fuera del derecho que impedirán que el juzgador realice su voluntad en su actividad jurisdiccional, con lo cual existiría coincidencia entre los posicionamientos críticos[28] y la teoría jurídica estándar, lo que conlleva la obligación del juez de actuar conforme a la razón y justificar sus decisiones.

La particularidad que se aprecia en el posicionamiento de los CLS, y concretamente en el pensamiento de Duncan Kennedy, es el redimensionamiento de los aspectos objetivos y subjetivos que pueden estar presentes en la decisión judicial, en tanto que junto con las normas y razonamiento jurídico, es pertinente considerar la determinación de la sentencia a la cual quiere llegar el juzgador, el intento por superar la primera impresión o idea inicial de lo que la ley exige, la aproximación intencional del juzgador con el material jurídico, así como la consideración y el seguimiento de estrategias jurídicas.[29]

En este esquema, el razonamiento jurídico corresponde a un tipo de trabajo que tiene un propósito, consistente en hacer que el caso se resuelva tal y como el sentido de la justicia lo indica, a pesar de todo aquello que en primera instancia pueda parecer como resistencia u oposición que la 'ley' ejerce.[30] En aras de lograr este propósito, el razonamiento jurídico representa "el proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma."[31] A través del razonamiento jurídico se buscará reformular y replantear el campo jurídico, y demostrar que la sentencia deseada se ajusta a las exigencias de las normas, principios e instituciones jurídicas, y con ello convencer a la sociedad y a la comunidad jurídica de la decisión adoptada.

A partir de esta concepción, la argumentación jurídica se manifiesta como un conflicto entre lo que "la ley" exige y "la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar."[32] En este contexto, la argumentación jurídica se concibe como la "actividad de re-formular reglas generales, re-estructurar los hechos de modo que el caso, que en un principio parecía

versidad Javeriana/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores, 1999*,* pp. 91-93.

28 Incluso desde el Realismo Jurídico Norteamericano, Roscoe Pound aludió como límites a ciertas consideraciones éticas o ideales sociales, que impiden que se pueda hacer lo que se quiera en el derecho. Al efecto, *véase* Roscoe Pound, *Social Control Through Law,* New Haven, Yale University Press, 1942, pp. 55-58.

29 *Cfr.* Duncan Kennedy, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial… op. cit.,* pp. 212-213.

30 *Cfr. Ibidem*, pp. 119-120.

31 *Cfr. Ibidem,* p. 219.

32 *Ibidem,* p. 91.

'ser cubierto' por la norma 'A', ahora 'resulte cubierto' por la norma 'B'".[33] Dentro de esta actividad, aparecería un posible carácter contradictorio en la argumentación, ya que los materiales jurídicos pueden ser empleados de diversas maneras, en consideración de las intenciones, ideologías, proyectos, experiencia y habilidades del juzgador.[34] De esta manera, en la búsqueda de la sentencia deseada, el juzgador busca emplear el razonamiento y argumentación jurídica para justificar su decisión, sin que exista una certeza en si se podrá llegar o no a un determinado resultado. Este posicionamiento no conlleva una "inversión del silogismo jurídico" para ajustar las premisas a la conclusión, ya que no es posible forzar los argumentos a emplear, por encima del propio sistema jurídico.[35] En este marco, para Kennedy, la "subjetividad del juez" por sí misma es insuficiente para resolver un caso si ésta no se encuentra apoyada en las normas y principios jurídicos. El realzar el elemento subjetivo del juez es determinar cómo influye en el manejo de las fuentes del derecho o material jurídico, como lo denomina Kennedy, y a partir de ahí determinar si éstos son suficientes para "obstaculizar" las intenciones del juez.[36]

Así, la noción de libertad y restricción apunta a considerar que junto con las normas, principios y razonamiento jurídico, la ideología del juzgador puede ser significativa al momento de decidir un caso concreto.

En contraste con la noción de Kennedy, Ronald Dworkin advierte de una concepción distinta en torno a la aceptación de la idea de que los jueces sean políticos, ya que dicha noción supone optar por principios políticos (no por una política partidaria).[37] Para dicho autor, en casos polémicos, los jueces fundan sus decisiones y deben hacerlo con argumentos políticos,[38] lo cual exige que se use el poder político para evitar la injusticia o una gran ineficiencia, aspecto que apunta a una cuestión política y por ello moral, en la que no se trata de ver cómo figura la moral en la identificación del derecho, sino cuándo la moral requiere a los jueces actuar con independencia o en

33 *Ibidem,* pp. 149-150.

34 *Cfr. Ibidem,* pp. 147-177.

35 *Cfr. Ibidem.,* 178-181.

36 *Cfr.* Duncan Kennedy, "Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen", *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2008*,* pp. 385.

37 *Cfr.* Ronald Dworkin, *La Justicia con Toga,* trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 25.

38 *Cfr. Ibidem,* p. 27.

contradicción con el derecho.[39] De la lectura de Dworkin, se advierte que el criterio político sí se reconoce y se justifica para permitir el reconocimiento de los derechos (de los miembros de las minorías o de los pobres) que pudieran haber sido ignorados por el legislativo, y así, bajo una concepción centrada en los derechos, las minorías ganarían poder político en la medida en que puedan tener un acceso efectivo a los tribunales, sujeto a una razonabilidad en las decisiones de los tribunales.[40]

Por su parte, Manuel Atienza igualmente cuestionaría los alcances de la postura de Kennedy, en tanto que parecería que muestra una actitud de pérdida de fe en la racionalidad y pone el acento en lo idiosincrático y lo subjetivo, que lo sitúa en la perspectiva personal del juez, con la renuncia a la formulación de criterios generales que pudieran guiar la conducta de los jueces.[41] Al efecto, es posible señalar que si se consideran los alcances de la restricción a que alude Kennedy, en ningún momento se pretende prescindir del elemento racional del derecho, ya que precisamente el razonamiento, las normas y los principios jurídicos, así como la justificación de la decisión, impedirán que el juez llegue a la sentencia deseada. Es dable añadir que más que criterios de corrección, la postura de Kennedy invita a reflexionar sobre posibles problemáticas y situaciones fácticas en las cuales el juzgador desee llegar a una sentencia deseada, que en todo caso se enfrentará a determinados márgenes de libertad y la restricción en la decisión judicial. En este marco, también es importante considerar la problemática que pudiera estar presente en la práctica jurídica cotidiana, y no solamente en ideales o modelos que pudieran alejarse de las inquietudes que se enfrenta el jurista en el ejercicio de su profesión.

A partir de lo anterior, es posible abrir líneas de investigación susceptibles de brindar un marco general de aquellos factores que inciden en la sentencia, lo cual permite identificar los factores ideológicos del juzgador, limitaciones u "obstáculos" que imponen las fuentes del derecho y el razonamiento jurídico en la decisión judicial, e incluso indagar la manera en que la reflexión de dichas restricciones pueden ser significativas para orientar el actuar razonable del juzgador,[42] de donde se desprende que el pensamiento de Duncan Kennedy es un referente de trascendencia para la comprensión de la problemática jurídica.

39 *Cfr. Ibidem,* p. 29.

40 *Cfr. Ibidem,* pp. 46-47.

41 *Cfr.* Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación,* Barcelona, Ariel, 2006, pp. 119-120.

42 En torno a las posibles restricciones que desde la teoría del discurso pueden fungir como restricciones al juzgador, *véase* Yvonne Georgina Tovar Silva, *La perspectiva pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador,* tesis de doctorado, UNAM, 2017, pp. 198-239.

La hermenéutica de la sospecha como herramienta auxiliar en la lectura alternativa de decisiones judiciales

En el marco de la búsqueda de la sentencia deseada, adquieren relevancia las estrategias argumentativas, las cuales tienen el propósito de realizar un ataque frontal a la ley, en tanto ésta se oponga al proyecto del juez y que se estima que lo mejor sería "cambiarla", pues dicha norma legal es una anomalía.[43] Posterior a ello tiene lugar la apreciación del material jurídico (fuentes del derecho) desde la perspectiva del juez que interpretará y aplicará el Derecho, con la que buscará la conformación del campo jurídico, esto es, la estructura del conjunto de hechos, normas jurídicas, precedentes y argumentos de conveniencia pública que parecen aplicarse al caso concreto y que pueden ejercer cierta presión sobre el juez.[44]

Bajo este panorama, Kennedy supone que los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo consistente en reformular alguna parte de la estructura de las normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura), y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones.[45] En esta aproximación, Duncan Kennedy identifica un potencial de incoherencia e indeterminación en la ideología que repercutiría en la elección de la interpretación de los materiales jurídicos (fuentes del derecho) en la decisión judicial.[46] De esta manera, la elección del método se vincularía a un encubrimiento ideológicamente motivado para determinar la interpretación (y aplicación) de la norma jurídica para un propósito en particular y llegar a un resultado aparentemente 'correcto' en una controversia determinada.[47]

Surge así un interés por acercarnos a la relevancia de la interpretación jurídica y los métodos de la interpretación jurídica, que son factores clave para determinar el sentido de la norma jurídica y determinar si en un momento dado pueden restringir o no la intención del juzgador de llegar a la sentencia deseada.

43 *Cfr.* Duncan Kennedy, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial… op. cit.,* pp. 96-107.

44 *Cfr. Ibidem,* pp. 186-200.

45 *Cfr.* Duncan Kennedy, "El comportamiento estratégico… *op. cit.,* p. 29.

46 *Cfr. Ibidem,* pp. 46-47.

47 *Cfr.* Duncan Kennedy, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary Legal Thought", *Law and Critique,* vol. 25, núm. 2, julio 2014, pp. 102-104.

En este punto, es posible encontrar el cuestionamiento a las posturas críticas en el sentido de que se considera que asumen un planteamiento irracionalista, al no existir método que valga, ni encauce el razonamiento del juez hacia una corrección objetiva y una decisión racional, y en donde el juzgador elige el método que más le conviene para disfrazar como objetiva la operación metódica de una decisión, que después de todo no es más que expresión de sus personales opiniones.[48] Sin embargo, más que disfrazar o inclinarse por una postura irracionalista, los Estudios Críticos del Derecho, e incluso el propio Realismo Jurídico Norteamericano, reiteran la problemática común que comparte el fenómeno jurídico, en torno a no tener un método único o una jerarquía de métodos en la interpretación jurídica.

Si bien se parte de que la constitución es la norma jurídica suprema que contiene los criterios formales y materiales de validez de las restantes normas, y por tanto guía la creación y ejecución de todos los niveles de derecho,[49] sin embargo, se presenta el problema de que los métodos interpretativos del derecho, no son vinculantes para el intérprete, quien puede optar por utilizar uno u otro, al no existir un catálogo tasado ni un criterio unívoco que permita distinguir cuándo son utilizados en su función argumentativa o interpretativa.[50] Así, pese a que dichos métodos establecen los límites a la libertad del juez en la administración de justicia al determinar el área de soluciones justificables, no parece existir un criterio externo que indique cuando se ha de recurrir por ejemplo a la inferencia por analogía o a contrario, lo cual ofrece gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable.[51] En todo caso, aún desde las posturas críticas, el juez se encuentra sujeto a una serie de restricciones y límites que le impedirán decidir de manera arbitraria, por lo que el juzgador en todo momento ha de sustentar bajo estándares racionales la interpretación de la norma jurídica.

A manera de ejemplo, es posible aludir a Benjamín N. Cardozo, quien desde el Realismo Jurídico Norteamericano, sustentaba que el deber del juez es declarar el derecho, de acuerdo con la razón y justicia, que en cierta manera estaría involucrada con la costumbre y con la moralidad, y si bien se reconoce cierta capacidad para innovar en la actuación judicial, el juzgador no es totalmente libre, al estar sujeto a diversos métodos que fundamentan su actividad y mantener una relación entre el derecho y

48 *Cfr.* Juan Antonio García Amado, *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones Introductorias,* León, España, Eolas Ediciones, 2013, pp. 84-88.

49 *Cfr.* María del Carmen Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas,* Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 95.

50 *Cfr. Ibidem,* pp. 70-71.

51 *Cfr.* Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia,* 3a. ed., s/t, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 189-190.

la moral, entre los preceptos del derecho, la razón y la buena conciencia.[52] Aquí, ya se observaría que si bien se reconoce la importancia de la interpretación jurídica, se encuentra latente la inquietud de la dificultad para identificar el método idóneo a emplear para resolver un caso. El propio Recaséns Siches ya advertía que ningún jurista consiguió elegir, con razones plenamente justificadas, uno de esos métodos como el correcto y repudiar a los demás. Así, pareciera que no ha tenido gran éxito la teorización del método más pertinente o incluso una jerarquización o prioridad de los métodos, ante lo cual el juez no está ligado a ningún método especial de interpretación ni debe preferir unos métodos sobre otros, sino que lo que debe hacer es usar en cada caso el método que le lleve a la interpretación más justa para el problema concreto que tiene ante sí, que se vincula con el logos de lo humano.[53]

Como se puede apreciar, existe una diversidad de métodos de interpretación a los cuales puede recurrir el juzgador para interpretar la norma jurídica que le sirva como base para resolver el caso concreto. La ausencia de un criterio de jerarquía o preferencia para elegir un método en concreto para la interpretación de una ley, apunta a la necesidad de que el juzgador proporcione una argumentación debidamente estructurada y sustentada para justificar el método de interpretación elegido.

El problema anteriormente delineado adquiere una aproximación particular en el posicionamiento de Kennedy, en tanto que nos invita a continuar con el cuestionamiento de los resultados obtenidos bajo el empleo de determinado método y los efectos sobre las partes en el juicio, así como el tipo de ideología que en un momento dado se privilegiaría.

En este esquema, Duncan Kennedy propone emplear como criterio de análisis la hermenéutica de la sospecha que se pregunta escépticamente si se justifica la pretensión de necesidad jurídica, o si la elección del método obedece a una motivación ideológica consciente o inconsciente.[54] Dicha hermenéutica supone la operación de cuestionar y demostrar los errores de los juicios que aducen ser requeridos conceptual, teleológica o proporcionalmente, posterior a lo cual se procede a sugerir que la elección obedece a una motivación ideológica, y que por consiguiente el caso requería de una solución alternativa. De esta manera, se asume una postura escéptica ante la

52 *Cfr*. Benjamin N. Cardozo, *La Función Judicial,* México, Pérez-Nieto Editores, 1996*,* pp. 53-71.

53 *Cfr.* Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1956*,* pp. 170-173.

54 *Cfr.* Duncan Kennedy, "The Hermeneutic of Suspicion… *op. cit.,* p. 129.

supuesta necesidad jurídica bajo la cual se justifica una decisión.[55] Adicionalmente, para identificar el trasfondo ideológico que subyace en la estructura del orden jurídico y de cada institución, sería conveniente situarse en un enfoque estimativo distinto al presupuesto por la actitud política del gobernante, del legislador o del juez que expresan normativamente la "voluntad del Estado", que permita descubrir la inadecuación o incongruencia de su pensamiento con las contingencias reales de la vida social.[56]

En este marco, la hermenéutica de la sospecha representa un instrumento que apunta a dar lecturas alternativas de las decisiones judiciales,[57] así como a cuestionar el sentido último de una decisión para indagar el tipo de ideología o proyecto que se ha asumido y en su caso, determinar los efectos que dicha ideología implica tanto para las partes en juicio, como incluso a la sociedad en general.

La referida hermenéutica de la sospecha que expone Kennedy también podría emplearse en el análisis de los productos normativos del órgano legislativo y ejecutivo, con la finalidad de determinar qué tipo de ideología se ha privilegiado, y si en su caso, es la más idónea para resolver la problemática política, social, cultural o económica en un momento determinado.

A partir de lo anterior, la crítica jurídica puede proporcionar una interpretación alternativa de los textos jurídicos, al sensibilizarnos sobre: 1) La problemática presente en la práctica jurídica cotidiana o respecto del alejamiento de ideales en un proceso judicial; 2) La pertinencia de valorar otros factores adicionales en la decisión judicial, que comprenden desde la política, la economía, la historia, la sociedad, la teoría y la filosofía, hasta la propia psicología; 3) Motivar estudios empíricos para corroborar si las denuncias de la crítica jurídica interna se presentan en la práctica jurídica cotidiana y, en su caso, mejorar la teoría y la práctica jurídica, y 4) Redimensionar la importancia que tiene el actuar del jurista en la transformación del derecho. Por ello, el hilo conductor de los *CLS*, no es ni el anarquismo, ni el desprecio por el derecho. Por el contrario, lo que se busca es que el derecho no sea solamente un instrumento de mantenimiento del status quo, sino que busque optar por un orden social más equitativo, en donde los ciudadanos conjuntamente con el sector privado, público y social sumen esfuerzos para consolidar condiciones idóneas de justicia y bienestar.

55 *Cfr*: *Ibidem,* p. 124.

56 *Cfr*: Elisa A. Méndez de Smith, *Las ideologías y el derecho,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982*,* p. 104.

57 En torno a la interpretación alternativa de textos jurídicos, *véase* Robert W. Gordon, "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan", en Bullard, Alfredo *et. al., El derecho como objeto e instrumento de dominación,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp.169-170.

Por lo expuesto es posible apreciar, que la postura asumida por los Estudios Críticos del Derecho aporta elementos para continuar con la tarea de cuestionar al derecho, con el correspondiente análisis y crítica tendientes a explorar las repercusiones políticas, económicas, sociales y culturales de las decisiones judiciales, que en conjunto permitan identificar aquellos obstáculos que dificultan la consolidación de las condiciones adecuadas para mejorar las condiciones sociales.

Por lo anterior, es significativo que los juristas continúen con la búsqueda de herramientas e instrumentos de análisis de los textos jurídicos que favorezcan continuar con la reflexión crítica del derecho.

Horizontes en la decisión judicial y la formación del jurista

La referencia a la crítica, la neutralidad judicial y la hermenéutica de la sospecha, enunciada por Duncan Kennedy, nos exhorta a redimensionar los alcances de la decisión judicial y la formación del jurista con la finalidad de identificar acciones conjuntas para que desde el derecho sea posible contribuir a generar las condiciones necesarias para procurar de justicia y equidad en la sociedad.

Por lo que concierne a los horizontes de la decisión judicial es posible señalar que la referencia a la ideología, es significativa para identificar hasta qué grado la labor del juzgador y los compromisos políticos asumidos se vinculan con la confianza o desconfianza para resolver conflictos por la vía judicial. En este marco, es significativo considerar que independientemente de la ideología que asuma el juzgador, requiere considerar los alcances de las normas y principios jurídicos propios de un estado de derecho, así como las actuaciones procesales de las partes que intervienen en un juicio. Se insiste por tanto en que el juez no puede actuar libremente, sino que es necesario que considere determinados límites.

Igualmente, es significativo considerar que la vinculación recíproca entre el sentido de las decisiones judiciales y el contexto político, económico, social y cultural presente en un momento dado. Dicha vinculación habrá de ser significativa para sensibilizar al juzgador de la importancia de su labor, a los juristas para tener una actuación más significativa en la sociedad y a la ciudadanía para estar en posibilidad de exigirle a los juzgadores el debido cumplimiento de su deber. En este punto, es dable aludir a Brian Z. Tamanaha, para quien la lección más importante de la corriente que comento fue

establecer que la "ley está indefensa si los jueces que integran los tribunales tienen pocos escrúpulos para explotar la indeterminación latente del derecho en favor de objetivos personales o políticos".[58]

Se abre así, un margen de actuación para el jurista, el cual además de los ideales y compromiso social, requiere un conocimiento teórico sólido, que nos permita tener una explicación coherente del derecho, en vinculación con los problemas propios de la sociedad y de la práctica jurídica misma, y a partir de ahí sentar las bases para una reconstrucción de las reglas y principios jurídicos en los cuales descansa la sociedad, o si se quiere de una óptima conducción del ejercicio de la profesión, que contribuya a hacer efectivos los valores de igualdad, libertad y seguridad.

Por lo anterior, resulta significativo que los jueces en primer lugar reflexionen sobre el papel que ocupa su ideología en la toma de decisiones. Igualmente, se requiere que juzgadores, juristas y la ciudadanía en lo general busquen aquellos valores y proyectos que sean más idóneos para lograr la adecuada armonía y bienestar entre los sectores público, privado y social. En esa búsqueda de ideales es significativo que los juristas en lo general se sensibilicen en torno a la incidencia de factores políticos, económicos, sociales y culturales en el derecho, así como los esfuerzos que se requieren realizar para buscar acuerdos satisfactorios de convivencia entre los distintos proyectos inmersos en la sociedad.

Conclusiones

La hermenéutica de la sospecha que apunta Duncan Kennedy es un instrumento auxiliar de análisis que nos permite contar con una lectura alternativa de las decisiones judiciales, al identificar la ideología subyacente en la elección del método de interpretación empleado para resolver un caso concreto y llegar a un resultado aparentemente justificado en un caso concreto. Dicho instrumento a su vez favorece identificar las consecuencias de emplear otros métodos de interpretación jurídica y valorar sus alcances en la decisión judicial. Así, el problema de la inexistencia de un método único o de una jerarquía de métodos en la interpretación jurídica adquiere un matiz distinto si se contextualiza desde un posicionamiento crítico, en tanto que nos permite advertir la posible incidencia de la ideología y los proyectos políticos dentro del derecho.

58 Brian Z. Tamanaha, *En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría,* trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 191.

Dicha temática se inserta en el marco de la crítica jurídica que desarrollan los Estudios Críticos del Derecho, que apuntan a continuar con la labor de reflexión en torno a la teoría jurídica y práctica jurídica cotidiana, con la finalidad de continuar con la búsqueda de formas distintas de ordenar la sociedad, bajo criterios de justicia y equidad. En ese contexto, es significativo que el jurista se sensibilice en torno a la relevancia de la problemática y complejidad del fenómeno jurídico, a efecto de tener una participación más activa y significativa en la sociedad, bajo ideales y compromisos sociales, así como una sólida formación teórica.

Bibliografía

Anderson, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, vol. 54, núm. 2, junio 2004.

Aristóteles, "Arte Retórica", *Arte Poética. Arte Retórica,* 4a. ed., trad. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch, México, Porrúa, 2011.

Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación,* Barcelona, Ariel, 2006.

Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas,* Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Burton, Steven J., "Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left", *Journal of Legal Education,* vol. 36, núm. 3, septiembre 1986.

Cardozo, Benjamin N., *La Función Judicial,* México, Pérez-Nieto Editores, 1996.

Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica,* trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.

Dworkin, Ronald, *La Justicia con Toga,* trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Ewald, William, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", *The Yale Law Journal,* vol. 97, núm. 5, abril 1998

Frank, Jerome, *Courts on Trial. Myths and Reality in American Justice,* Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1950.

García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones Introductorias,* León, España, Eolas Ediciones, 2013.

García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho,* México, Fontamara, 2010.

Goodrich, Peter, "Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", *New York University Law Review,* vol. 68, núm. 2, mayo 1993.

Gordon, Robert W., "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan", en Bullard, Alfredo *et. al., El derecho como objeto e instrumento de dominación,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Haney López, Ian, *White by law: The Legal Construction of Race,* Nueva York, New York University Press, 2006.

Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana/Ediciones Uniandes/ Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores, 1999.

Kennedy, Duncan, "La educación jurídica como preparación para la jerarquía", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, núm. 3, otoño 2004.

Kennedy, Duncan, "Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen", *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2008.

Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica", trad. de Guillermo Moro, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010.

Kennedy, Duncan, "La enseñanza del derecho en el primer año como acción política", trad. de Teresa Arijón, *La Enseñanza del derecho como forma de acción política,* México, Siglo XXI Editores, 2012.

Kennedy, Duncan, "Political Ideology and Comparative Law", en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012. *http://duncankennedy.net/documents/Political%20Ideology%20and%20Comparative%20Law.pdf*

Kennedy, Duncan, "The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary Legal Thought", *Law and Critique,* vol. 25, núm. 2, Julio 2014.

Mangabeira Unger, Roberto, *Conocimiento y Política,* trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

Mangabeira Unger, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement,* Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1986.

Méndez de Smith, Elisa A., *Las ideologías y el derecho,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.

Murphy, Jeffrie G. y Jules L. Coleman, *Philosophy of Law. An introduction to Jurisprudence,* Boulder, San Francisco y Londres, Westview Press, 1990.

Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial,* Madrid, Trotta, 2010.

Oetken, Paul, "Form and Substance in Critical Legal Studies", *The Yale Law Journal,* vol. 100, núm.7, mayo 1991.

Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies,* Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

Pound, Roscoe, *Social Control Through Law,* New Haven, Yale University Press, 1942.

Recaséns Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho,* México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

Robertson, Michael, "Critical Legal Studies and Socialism", *New Zealand Universities Law Review,* vol. 14, núm. 4, diciembre 1991.

Robles Vázquez, Jorge e Yvonne Georgina Tovar Silva, *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia,* 3a. ed., s/t, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

Tamanaha, Brian Z., *En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría,* trad. de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Tovar Silva, Yvonne Georgina, *La perspectiva pragma-dialéctica en la orientación del actuar razonable del juzgador,* tesis de doctorado, UNAM, 2017.

Trubek, David M., "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law", *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association,* vol. 11, núm. 3, invierno 1977.

Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings", *Journal of Legal Education,* vol. 36, núm. 4, diciembre 1986.

Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal,* vol. 100, núm. 5, marzo 1991.

West, Robin L., "From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights", *Yale Law Journal,* vol. 118, núm. 7, mayo 2009, pp. 426-432.

Memoria de la Decimoquinta Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica

En esta ocasión presentamos una breve descripción acerca de la *xv Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, con la finalidad de mantener la memoria de un esfuerzo iniciado desde 2004 en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Nos referimos a una tarea que continúa con la firme convicción de observar sus resultados en la formación de juristas, abogados, defensores de derechos humanos y demás profesionistas conscientes de la realidad en el ejercicio de su vocación, para contribuir con ello a una transformación social, traducida en justicia y libre de imperios necropolíticos.

Así, con este sentido de contribución y en medio de una pandemia, se celebró la citada conferencia, desarrollada por primera vez en su edición en plataforma a través de internet, los días 5 al 10 de octubre de 2020, colaborando como convocantes del auditorio a distancia, las siguientes instituciones: Posgrado de la Facultad de Derecho UNAM, Universidad del Norte; Universidad de San Carlos de Guatemala, Universidad Federal de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de la Plata, Instituto Europeo de Investigación Criminal, Universidad de Coímbra, División de Ciencias Jurídicas-Centro Universitario de Occidente, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de la Ciudad de México y desde luego la Revista Crítica Jurídica Nueva época. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.

En cuanto a la estructura orgánica de la conferencia, estuvo integrada por la coordinación de un comité general, responsable y facilitador de la información sobre planeación dirigida a concretar la participación de coordinadores específicos de distintas universidades y geografías así como un equipo de estudiantes universitarios

y graduados que fungieron como equipo de apoyo para el manejo de transmisiones en directo desde la plataforma.

Cada coordinador específico, estuvo encargado de la organización de una mesa de conferencia a través de una dinámica de apoyo mutuo con el comité general, de tal modo que la estructura permitió la diversidad e interacción propias de la Crítica Jurídica, siguiendo las pautas procuradas por el Dr. Oscar Correas durante el tiempo que presidió directamente las conferencias desde la primera y hasta aquella realizada en 2019, produciendo en este caso una relación de reciprocidad entre coordinadores de mesas temáticas y comité general. Además de contar con la participación de ponentes Magistrales que compartieron el trabajo teórico resultado de su amplia experiencia.

Por otro lado, los contenidos fueron ejes que combinaron diferentes tendencias de la Crítica Jurídica como *Pensamiento Anarquista y Derecho, Marxismo y Derecho*, entre otros temas contingentes, *Pandemia y Crítica Jurídica* o *El T-MEC.* Todos alternados a su vez, con temáticas de la misma relevancia entre derecho y sociedad desde diversas disciplinas, logrando así una sustancial interdisciplina.

Respecto a la presentación de las mesas, como espacios de encuentro para quienes ejercen la Crítica Jurídica, se concretó de acuerdo al programa previsto y con el debido apoyo técnico, en el siguiente orden de participación:

Ceremonia Inaugural: Mtra. Marisela Acosta Rojas, Editora de la Revista Crítica Jurídica Nueva Época, México; Dra. Socorro Apreza Salgado, Directora del Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UNAM, México; Dr. Fernando Flores Trejo, Institución: Coordinador de la División de Estudios de Posgrado en Derecho, UNAM, México.

Conferencia Magistral. Reconocimiento a la trayectoria del Dr. Óscar Correas: Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel Universidad Autónoma de Aguascalientes, México*;* Dr. Arturo Berumen Campos*,* Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México; Dr. Augusto Sánchez Sandoval*,* Facultad de Estudios Superiores Acatlán-UNAM, México*;* Dr. Fernando Tenorio Tagle*,* Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.

Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena: Dr. Carlos Ordóñez Mazariegos (coordinador) Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México; Dr. Carlos Calderón, Coordinador de los Posgrados en Derecho, Centro Universitario de Occidente, Universidad de San Carlos de Guatemala; Dra. Rosa Xiap, Riscajché, Centro Universitario de Occidente, Universidad de San Carlos de Guatemala; Dr. Víctor Ferrigno, PNUD, Consultor

independiente, Guatemala; Dr. Rigoberto Quemé, Centro Universitario de Occidente, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Conferencia Magistral El T-MEC: Dr. Jorge Witker, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.

Avances y retrocesos del Constitucionalismo Andino: Dr. Luis Fernando Ávila Linzán (Coordinador/ponente), Centralia/Universidad Central del Ecuador; Dr. Santiago Machuca Lozano Centralia/Universidad Central del Ecuador; Dra. Viviana Morales, Centralia/Universidad de las Américas; Dra. Raúl Llasag Fernández, Centralia/Universidad Central del Ecuador; Dr. Alex Valle Franco, Centralia/Instituto de Altos Estudios Nacionales; Moderadora. Saira Novoa, Centralia/Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Marxismo y Derecho: Dr. Enoque Feitosa (coordinador/ponente), Universidad Federal de Paraíba, Brasil; Dra. Lorena Freitas, Universidad Federal de Paraíba, Brasil; Dr. João Bandeira, Universidad Federal de Cariri, Brasil; Dra. Beatriz Oliveira; Universidad Federal de Santa Maria, Brasil.

Derecho Humamos y Crítica Jurídica: Mtro. Sergio Tapia (Coordinador/ponente), CES Universidad de Coimbra, Portugal; Mtra. Marcela Uchoa, FLE Universidad de Coimbra, Portugal; Mtro. Jorge Reyes Negrete, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; Mtro. Diego León Gómez Martínez, Universidad de Santiago de Cali, Colombia.

Pensamiento Anarquista y Derecho: Dr. Aníbal D'Auria (Coordinador/ponente), Universidad de Buenos Aires, Argentina; Mtra. Elina Ibarra, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Dr. Juan Carlos Balerdi, Universidad de Buenos Aires, Argentina; Mtra. Sofía Aguilar (moderadora), Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Conferencia Magistral, Reflexión Filosófica Latinoamericana: Dr. Horacio Cerutti Guldberg, CIALC-UNAM, México; Dr. Mario Magallón Anaya, CIALC-UNAM, México; Dra. Laura Prieto (moderadora) Posgrado CELA-UNAM México.

Arte y Derecho: Mtro. Humberto Rosas (coordinador/ponente), Facultad de Derecho/Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, México; Dr. José Ramón Narváez Hernández Posgrado en Derecho UNAM, México; Mtra. Monserrat García Robles Facultad de Derecho UNAM, México; Mtro. Adrián Castillo Sámano, Facultad de Derecho/Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, México.

Enseñanza del Derecho y Crítica Jurídica: Dr. José Orler (coordinador/ponente), Universidad Nacional de la Plata, Argentina; Dr. David Sierra Sorokinas, Universi-

dad de Antioquia, Colombia; Lic. Cecilia Actis, Universidad Nacional de la Plata, Argentina; Mtro. Sergio Martín Tapia Arguello CES Universidad de Coimbra, Portugal.

Criminología Crítica y Derecho: Dr. Erick Gómez Tagle (coordinador/ponente), Instituto Europeo de Investigación Criminal, España; Dra. Aida Araceli Manzo Maldonado, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México; Dra. Luz Margarita González López Universidad de Quintana Roo, México; Dr. José Luis Vegas Roche Universidad Santa María de Venezuela.

Pandemia y Crítica Jurídica: Dr. Arturo Berumen Campos (coordinador/ponente) Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México; Mtra. Jaqueline Ortiz Andrade Facultad de Derecho, UNAM, México; Mtra. Erika García Landeros Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, México; Mtra. Quetziquel Flores Villacaña, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México; Mtro. Cesar Flores Mancilla, Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, México.

Derecho Internacional Contemporáneo: Dr. Julio Moreira (coordinador/ponente), Universidad Federal de la Integración Latinoamericana UNILA, Brasil; Dr. Camilo Pérez Bustillo Standford University, USA; Dr. Mohsen Al Attar University West Indies, Barbados; Dra. Radha D´souza, University Westminster, Reino Unido de gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Derecho, lucha de Clases y reconfiguración del capital: Dr. Daniel Sandoval Cervantes (coordinador/ponente) Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa, México; Dra. Alma Melgarito Rocha Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México; Dra. Marina Correa de Almeida Programa Universitario de Derechos Humanos, UNAM, México; Mtro. Víctor Romero Escalante, Programa de Posgrado de Estudios Latinoamericanos, UNAM, México.

Derecho Internacional y el gentil discurso colonial: Dr. Germán Sandoval Trigo (coordinador/ponente), Universidad del Norte, Colombia; Dra. Liliana Obregón, Universidad de los Andes, Colombia; Dr. Miguel Rábago, Universidad de los Andes, Colombia; Dr. José Manuel Barreto, Universidad Católica, Colombia.

Cuestión agraria y propiedad: Dra. Amanda Villavicencio Peña (coordinadora/ponente), Universidades para el Bienestar Benito Juárez García, México; Dra. Cristina Vidotte Blanco Tarreaga, Universidad Federal de Goías, Brasil; Dr. Claudio Lopes Maia, Universidad Federal de Goías, Brasil; Mtro. Nicolás Vázquez Ortega, El Colegio de México.

Ceremonia de Clausura: Comité Organizador de la XV Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica.

Equipo de asistencia técnica en plataforma: Blanca Arely Baños Rostro, Pablo Aurelio Bouchan Salazar, María Fernanda Castro González, Luis Antonio Corral Taja Benjamín Corro Del Moral, Mireille García Alcalá, Adriana Azucena López Hernández, Paulina Jazmín López Ibarra, Martha Jazmín Lucas Alvarado, Karina Luna Gómez, Michelle Martínez Ayala, Evelyn Mireya Pérez Torres, Rocío Pastrana Loreto.

Finalmente y bajo este esquema de la *xv Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica*, podemos decir que fue un éxito, el cual se agradece a todas y todos por su actitud participante y especialmente al Dr. Oscar Correas, por haber confiado siempre en el trabajo colectivo para la difusión y retroalimentación de la Crítica Jurídica.

Amanda Villavicencio Peña
Junio de 2021

Normas editoriales de la revista Crítica Jurídica | Nueva época y lineamientos para el dictamen

Política de la revista

Crítica Jurídica Nueva Época tiene como objetivo publicar trabajos de la teoría crítica relacionados con la sociología, la filosofía y la teoría del derecho. Para este fin, *Crítica Jurídica Nueva Época* sólo recibe trabajos inéditos que profundicen en tales temáticas y planteen soluciones acordes con la problemática que abordan.

Al enviar su trabajo, el autor o autores se comprometen a no publicar éste en otro medio antes de su aparición en la revista. No obstante, el autor es dueño de todos los derechos sobre su artículo y si decide publicarlo posteriormente, se compromete a mencionar que el trabajo apareció previamente en *Crítica Jurídica Nueva Época*, incluyendo el número y la fecha de la revista.

Envío de artículos

- Los trabajos podrán enviarse en archivo digital formato de WORD a los correos cri_jur@yahoo.com.mx y criticajuridica1@gmail.com.
- El envío tiene que incluir dos documentos; en uno deberá aparecer el nombre del autor y en el otro se omitirá.

Documentos anexos

- Se debe adjuntar en el correo electrónico, una carta compromiso con firma autógrafa mediante la cual el autor o los autores mencione(n) expresamente que el artículo

que ha(n) enviado es de su autoría y no ha sido publicado con anterioridad ni aparecerá en otro medio antes que en la revista (en caso de aprobarse para publicación, la carta deberá enviarse físicamente).

- En el mismo envío, un documento aparte, incluir una breve reseña curricular del autor donde se mencione su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, así como la información de contacto: dirección postal, número telefónico y correo electrónico.

Formato

El texto deberá estar en formato de Word, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de 1.5. El primer párrafo y la primera línea después de cada subtítulo van sin sangría; el segundo párrafo y los siguientes, con sangría izquierda en la primera línea.

Los títulos de libros y revistas van en *cursivas* y también las palabras en un idioma distinto al del artículo. En particular, se escribirán con mayúscula inicial los nombres de ciencias. Las palabras *estado y derecho*, con minúscula, a menos de que se trate de nombres propios como *Estado de México*, o de disciplinas, como *Derecho Constitucional.* Cuando se escriba entre —*rayas*— se debe utilizar rayas (se encuentran en el menú de Word "insertar" y luego "símbolos especiales") y no -*guiones*-. Se debe evitar el subrayado y se prefieren las *cursivas* para resaltar un término.

Carátula

La carátula es la primera página del documento y debe incluir los elementos que se enlistan a continuación (ver el ejemplo de carátula más adelante):

- Título del trabajo en español, centrado y en negritas.
- Debajo el título en inglés.
- Nombre(s) y apellido(s) del autor(es), como desea(n) que aparezcan en la revista, alineados a la derecha.
- Resumen en español, o *resumo* para los artículos escritos en portugués, y *abstract* en inglés (máximo 12 líneas).
- Palabras clave y *keywords* debajo del resumen y del *abstract*, respectivamente. Se recomienda incluir de 5 a 7 palabras que describan el contenido del trabajo.
- Sumario. Éste consiste en la mención ordenada con números arábigos de cada apartado general del trabajo; los subtítulos no se incluyen.

- Pie de página: Información del autor (autores) de su universidad, centro o instituto con su actual adscripción. Tamaño de letra 10 puntos.
- Después de estos elementos comienza el texto del trabajo, con el primer apartado.

Ejemplo de carátula

Título en español

Título en inglés

Nombre(s) y apellido(s) del autor 1

Nombre(s) y apellido(s) del autor 2

RESUMEN
Lorem ipsum dolor sit amet, consectetuer adipiscing elit. Nam nibh. Nunc varius facilisis eros. Sed erat. In in velit quis arcu ornare laoreet. Curabitur adipiscing luctus massa. Integer ut purus ac augue commodo commodo. Nunc nec mi eu justo tempor consectetuer. Etiam vitae nisl. In dignissim lacus ut ante. Cras elit lectus, bibendum a, adipiscing vitae, commodo et, dui. Ut tincidunt tortor.

Palabras clave:
Crítica jurídica, derecho, revista, Latinoamérica, teoría del derecho.

ABSTRACT
Donec nonummy, enim in lacinia pulvinar, velit tellus scelerisque augue, ac posuere libero urna eget neque. Cras ipsum. Vestibulum pretium, lectus nec venenatis volutpat, purus lectus ultrices risus, a condimentum risus mi et quam. Pellentesque auctor fringilla neque. Duis eu massa ut lorem iaculis vestibulum. Maecenas facilisis elit sed justo. Quisque volutpat malesuada velit.

Keywords:
Legal criticism, law, journal, Latin America, law theory.

SUMARIO: 1. Lorem ipsum. 2. Dolor sit amer. 3. Consectetuer. 4. Nunc varius facilisis eros.

Carátula

Información de Universidad, Centro o Instituto.

Time New Roman 10 puntos, sin sangrías.

[1]Universidad Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras.

[2] Universidad Nacional de la Plata, facultad de Derecho.

Sistema de citas y bibliografía

Citas

La revista *Crítica Jurídica Nueva Época* utiliza un sistema para citas textuales basado en notas al pie de página. Excepcionalmente se aceptará el estilo Harvard, y los artículos escritos en portugués podrán apegarse al sistema vigente en su país.

Cuando las citas son textuales deben ir entrecomilladas, no así las paráfrasis, y en ambas se inserta una llamada para nota al pie con la fuente citada. No se usan sólo mayúsculas para los apellidos de autores citados; es decir, se escribirá Marx, y no MARX.

En la primera mención de una fuente en la nota al pie se incluye la referencia bibliográfica completa y posteriormente se utilizan abreviaturas latinas en cursivas. En particular, *ibidem* e *idem* no llevan tilde ni punto, la abreviatura *ibid*. sí lo lleva y en *et al*. sólo va punto después de *al*.; asimismo, *op. cit*. únicamente puede iniciar con "o" mayúscula de acuerdo a las reglas de puntuación, pero *cit*. siempre iniciará con minúscula.

- Latinismos más frecuentes

ca. (circa)	"Alrededor de". Se usa habitualmente en textos de historia o para datar acontecimientos no exactos.
cfr. (confer)	"Compare". Remite a una fuente que aborda el mismo tema, pero con otro tratamiento o que no se incluye en la bibliografía. En la primera mención se incluye la ficha completa.
et al. (et alii)	"Y otros". Se usa cuando existen más de tres autores de una obra. Con esta indicación se incluye al primero y se omite al resto de los autores.
idem	"Lo mismo". Se refiere a la misma fuente y página(s) de la nota inmediata anterior.
ibid. (ibidem)	"Mismo lugar". Remite a la misma fuente de la cita inmediata anterior, pero página diferente; por lo tanto, requiere de número de página(s).

op. cit. *(opere citato)*	"En la obra citada". Se utiliza cuando se trata de una fuente citada que no es la inmediata anterior. Si en el texto no se menciona al autor de la fuente, la nota debe iniciar con el apellido únicamente, después op. cit. y la(s) página(s). Si existe más de una fuente de un mismo autor, se incluye una forma corta del título y después op. cit.
sic	"Así". Por lo general entre paréntesis, da a entender que una palabra o frase empleada que pudiera parecer inexacta, es textual.
supra	"Arriba o antes". Remite al lector a un pasaje previo. Se puede anotar la página o epígrafe.
infra	"Abajo o después". Se refiere a párrafos posteriores.
passim	"En diversos pasajes". Cuando una cita alude a diferentes páginas.

▪ Abreviaturas más frecuentes

cap., caps.	capítulo, capítulos
comp.	compilación
coord., coords.	coordinador(a), coordinadores(as)
doc. inéd.	documento inédito
ed.	edición
núm., núms.	número, números
p., pp.	página, páginas
reimp.	reimpresión
s.f.	sin fecha
s.p.i.	sin pie de imprenta
vol., vols.	volumen, volúmenes

▪ Notas explicativas

En las notas explicativas al pie de página se pueden incluir datos complementarios al texto; son comentarios u observaciones que hacen los autores, por lo que no necesariamente incluyen información bibliográfica.

Bibliografía

La bibliografía va al final de cada artículo. Se recomienda incluir solamente las fuentes citadas en el desarrollo del trabajo atendiendo lo siguiente:

- Incluir las fuentes o fichas bibliográficas completas tal como en la primera mención en el artículo, salvo que en esta lista los nombres de los autores inician por el apellido.
- El orden es alfabético.
- En caso de existir más de una fuente de un mismo autor, éstas se ordenan de manera cronológica ascendente (de la más antigua a la más reciente).
- A partir del segundo autor de una obra, se inicia con el nombre y luego el apellido.
- Las fuentes deben incluir el nombre completo y no iniciales, tanto en la primera nota al pie como en la bibliografía.
- En las revistas se omite el lugar de edición, así como la preposición "en" antes del título de la revista.
- El número de página(s) en la bibliografía se omite para libros completos, pero se utiliza para capítulos, secciones o artículos.
- La fecha de consulta de los sitios web es opcional.
- La separación de cada elemento es con coma.

Ejemplos de notas al pie de página y bibliografía

- *Libros*
  - Autor,
  - Título,
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - año.

En las coediciones, los coeditores se separan con una diagonal.

Ejemplos para nota al pie:
Antonio Truyol y Sierra, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968.

Oscar Correas, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, CEIICH-UNAM/Ediciones Coyoacán, 2003.

Ejemplos para bibliografía:
Truyol y Sierra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968.

Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos*. Apuntes para un ensayo, México, CEIICH-UNAM/Ediciones Coyoacán, 2003.

- *Libros con dos o más autores*
  - Autor
  - y nombre y apellido del segundo autor,
  - Título del libro,
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - Año.

Cada autor se separa con coma, excepto el último, que va precedido de la conjunción "y". A partir de tres autores, en la nota al pie se utiliza la abreviatura *et al.* después del nombre del primer autor. En la bibliografía se anotan todos los nombres.

Ejemplos para nota al pie:
Max Horkheimer y Theodor Adorno, *Dialéctica del iluminismo,* Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

Marco Aparicio *et al*. (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ejemplos para bibliografía:
Horkheimer, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

Aparicio, Marco, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- *Capítulos o secciones de libros*

- Autor,
- [y nombre y apellido del segundo autor,]
- "Título del capítulo/sección",
- en
- Autor del libro por nombre y apellido
- (figura autoral),
- Título del libro,
- Ciudad,

- Editorial,
- año,
- pp.

Si el autor del capítulo o sección es el mismo que el del libro, no se repite el nombre, pero en caso de ser coordinador, editor o compilador, se menciona de nuevo.

Ejemplo para nota al pie:
Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, p. 205.

Ejemplo para bibliografía:
Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, pp. 201-246.

- *Artículo de revista académica*
  - Autor,
  - "Título del artículo",
  - Título de la revista,
  - vol.,
  - núm.,
  - año,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie:
Aníbal Quijano, "La crisis del horizonte de sentido colonial/moderno/eurocentrista", *Casa de las Américas,* vol. 50, núm. 259, 2010, p. 8.

Ejemplo para bibliografía:
Quijano, Aníbal, "La crisis del horizonte de sentido colonial/moderno/eurocentrista", *Casa de las Américas,* vol. 50, núm. 259, 2010, pp. 4-15.

- *Artículo de periódico o revista*
  - Autor,
  - "Título del artículo",
  - Título de la revista o periódico,
  - vol.,

- núm.,
- fecha,
- pp.

Si no se dispone del nombre del autor, la nota al pie comenzará por el título del artículo; la bibliografía, por el nombre de la publicación.

Ejemplos para nota al pie
Gregorio Belinchón, "El padrino del cine español", *El País,* 19 de julio de 2010, p. 35.

"Damnificados por 'Manuel' pelean por ayuda", *La Jornada*, 30 de octubre de 2013, p. 1.

Ejemplos para bibliografía:
Belinchón, "El padrino del cine español", El País, 19 de julio de 2010, pp. 34-36.

La Jornada, "Damnificados por 'Manuel' pelean por ayuda", 30 de octubre de 2013, p. 1.

- *Datos del traductor o similar*
  - Autor,
  - Título,
  - trad. de [nombre y apellido del traductor]
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - año.

Cualquier dato adicional o complementario se anota entre el título y la ciudad de publicación, separado por comas.

Ejemplo para nota al pie:
Karl Marx, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Diana Castro, 3 vols., 8ª ed., México, Siglo xxi, 1999.

Ejemplo para bibliografía:
Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Diana Castro, 3 vols., 8ª ed., México, Siglo xxi, 1999.

- *Tesis*
  - Autor,
  - "Título de la tesis",
  - tesis de grado,
  - Institución,
  - año.

Ejemplo para nota al pie:
Martha Angélica Meza Méndez, "Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre anatocismo", tesis de licenciatura, UNAM, 2003.

Ejemplo para bibliografía:
Meza Méndez, Martha Angélica, "Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre anatocismo", tesis de licenciatura, UNAM, 2003.

- *Ponencias o conferencias*
  - Ponente,
  - "Título de la ponencia",
  - ponencia presentada en [nombre del evento],
  - Ciudad,
  - Institución,
  - año.

Ejemplo para nota al pie:
Luis David Briseño, "La antropología social en el Caribe", ponencia presentada en el III Coloquio Latinoamericano de Antropología, México, UNAM, 1990.

Ejemplo para bibliografía:
Briseño, Luis David, "La antropología social en el Caribe", ponencia presentada en el III Coloquio Latinoamericano de Antropología, México, UNAM, 1990.

- *Documento electrónico*
  - Autor u organización como autor,
  - "Título del documento",
  - en
  - *Título o nombre del sitio web,*
  - fecha de publicación o última actualización.
  - Disponible en: [enlace sin punto final]

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Fundéu (Fundación del Español Urgente), "Azafato, masculino válido", en *Fundéu BBVA*, última modificación 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.fundeu.es/?s=azafato

▪ Ejemplos citas y bibliografía de documentos jurídicos

- *Legislación*
  - Designación oficial y número de la ley.
  - *Título de la publicación donde aparece oficialmente,*
  - fecha de publicación,
  - núm.,
  - lugar de publicación,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm., 281, España, p. 33987.

- *Tesis de pleno y salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*
  - Tesis [J] para tesis jurisprudenciales y Tesis [A] para aisladas:
  - letra de la instancia correspondiente: Pleno (P), una diagonal y J. Para tesis aisladas, (1ª) o (2ª) Sala.
  - Números que corresponden a la tesis y a las dos últimas cifras del año de aprobación, separadas por diagonal; en el caso de tesis aisladas, el primer par de números va en romanos y el año completo.
  - *Título de la publicación,*
  - Época,
  - tomo,
  - fecha de publicación,
  - pp.,
  - Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo de tesis jurisprudenciales para nota al pie y bibliografía:
Tesis [J]: P./J. 18/91, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, tomo VII, junio de 1991, p. 52. Reg. IUS 205798.

Ejemplo de tesis aisladas para nota al pie y bibliografía:
Tesis [A]: 2ª. XIX/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, s. t., mayo de 2016, s. pp., Reg. IUS 2011608.

- *Tesis aisladas de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC)*
  - Tesis [A]:
  - clave de publicación sin espacios. Se indica el circuito del tribunal con número romano seguido de punto y en número arábigo el número del tribunal;

luego la sigla que expresa la materia del tribunal; el número de secuencial que corresponde a la tesis en cuestión (en número arábigo utilizando uno, dos o tres dígitos, según sea el caso, sin colocar ceros a la izquierda) y al final la sigla que expresa la materia a la que corresponde la tesis, penal (P), administrativa (A), civil (C), laboral (L) o común (K). Se finaliza con coma y luego las siglas TCC,
- *Título de la publicación,*
- Época,
- tomo,
- fecha de publicación,
- pp.
- Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Tesis [A]: L.7o.A.666A, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 1489. Reg. IUS 165873.

- *Tesis jurisprudenciales de los TCC*
  - Tesis [J]:
  - clave de publicación. Inicia con número romano que indica el circuito; sigue número arábigo que señala el tribunal de dicho circuito (cuando sea tribunal único no se hará señalamiento); letra inicial de la materia del tribunal (sólo se aplica a tribunales especializados por materia). Por último, se señala con la letra J que se trata de jurisprudencia, se coloca una diagonal (/) y el número arábigo de la tesis correspondiente. Se finaliza con coma y luego las siglas TCC,
  - *Título de la publicación,*
  - Época,
  - tomo,
  - fecha de publicación,
  - pp.
  - Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Tesis [J]: I.7o.A. J/15, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena época, tomo VX, febrero de 2002, p. 697. Reg. IUS 187750.

- *Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)*
  - Jurisprudencia
  - clave: se compone con un número consecutivo, una diagonal y el año de publicación,
  - *Título de la publicación,*
  - año,
  - número,
  - año de publicación,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Jurisprudencia 45/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 3, núm. 7, 2010, pp. 44-45.

- *Sentencias de la SCJN*
  - Tipo de asunto
  - número de expediente,
  - Nombre del ministro,
  - RUBRO (EN MAYÚSCULAS).
  - Órgano de radicación.
  - Ponente: (nombre),
  - fecha de la resolución,
  - votos a favor: #, en contra: #.
  - Disponible en: [enlace]

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Contradicción de tesis 326/2015, Min. José Fernando González Salas, IMPEDIMENTO DE UN JUEZ DE DISTRITO PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO. DETERMINAR SI SE ACTUALIZA CON LA MANIFESTACIÓN DE AQUÉL AL SEÑALAR RESPONSABLE O SI QUIERE ACREDITAR EL INTERÉS PERSONAL QUE LO VINCULA CON AQUÉL. Segunda Sala. Votado por unanimidad el 20 de abril de 2016. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=189688

- *Sentencias y opiniones consultivas (OC) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH)*
  - Corte IDH.
  - Caso (nombre más conocido) en cursivas.
  - "Título de la sentencia o de la OC",
  - Sentencia/Opinión Consultiva y fecha.

- Serie y número,
- párr. (número de párrafo).
- Disponible en: (enlace)

Ejemplo de sentencia para notas al pie y bibliografía:
Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C núm. 310. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

Ejemplo de opinión consultiva para notas al pie y bibliografía:
Corte IDH. "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A núm. 21. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Lineamientos para el dictamen

Todos los trabajos que se envíen con fines de publicación serán sometidos a una revisión por pares académicos, esto es, un dictamen riguroso realizado por al menos dos especialistas de reconocida trayectoria académica dentro de las áreas temáticas que aborda la revista. Los dictaminadores serán designados por los miembros del consejo de asesores.

Los resultados de los dictámenes son inapelables y pueden consistir en aprobar el trabajo para su publicación, sugerir modificaciones al trabajo para que éste sea aprobado o recomendar la no publicación del trabajo. En caso de que se resuelva que el trabajo necesita ser modificado para ser publicable, será responsabilidad del autor realizar dichas modificaciones y entregar la versión final. Si los dictámenes tienen resultados disímiles, es decir, uno favorable y otro desfavorable, el trabajo será enviado a un tercer dictaminador.

Normas para el arbitraje

Al dictaminar el trabajo, los pares académicos tendrán en consideración los siguientes puntos:

a. El tema sobre el que trata el trabajo tiene amplia relevancia en las discusiones teórico-filosóficas, sociológicas y jurídicas actuales.
b. El trabajo aborda el tema desde un enfoque innovador, de tal forma que su visión es original dentro de las discusiones existentes.

c. El contenido del trabajo, de acuerdo con la metodología, la forma de argumentación y la originalidad de los planteamientos que contiene, representa o posibilita un avance posterior dentro de la filosofía, la sociología y la teoría política o del derecho.
d. El contenido de la investigación está desarrollado de conformidad y con coherencia respecto a los planteamientos iniciales y los objetivos que el autor estableció al inicio de su trabajo.
e. La estructura del trabajo se desarrolla de tal forma que muestra consistencia con los objetivos y una secuencia coherente que articula de forma adecuada la exposición de cada idea o argumento, y permite una relación sólida entre las diferentes ideas o argumentos afirmados durante el desarrollo del trabajo.
f. Los argumentos que el autor expone a lo largo del trabajo se encuentran debidamente fundamentados y desarrollados de manera que resulten aceptables y que se encuentren en consonancia con los planteamientos esenciales del trabajo.
g. El autor utiliza fuentes que, debido a su relevancia dentro de la teoría y la filosofía del derecho y la política, así como a su actualidad, pueden ser consideradas como adecuadas para una investigación novedosa y que tenga como efecto un avance en dichas disciplinas.
h. El autor utiliza dichas fuentes de forma adecuada en relación con el desarrollo de los planteamientos y los objetivos del trabajo de investigación, de manera que constituya un sustento suficiente para la afirmación de sus argumentos.
i. El autor emplea una metodología y argumentación que, tanto por su idoneidad con los objetivos del trabajo y la reflexión teórico-filosófica desarrollada, así como por su rigurosidad y coherencia, permiten afirmar que el producto de la investigación resulta filosófica y teóricamente serio y concordante con los objetivos del trabajo.

Crítica jurídica
Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Crítica Jurídica Nueva Época, fue creada sin fines lucrativos de acuerdo con la legislación mexicana. Todos los artículos son sometidos a la revisión de los miembros del Consejo Editorial y Asesores. Las opiniones expresadas por los autores de los trabajos son exclusiva responsabilidad de los mismos y no representan la opinión de Crítica Jurídica Nueva Época. El material publicado en esta revista, puede ser utilizado citando su fuente. La reedición de los trabajos será autorizada por **Crítica Jurídica Nueva Época.**

El propósito de **Crítica Jurídica Nueva Época** es publicar trabajos académicos sobre teoría del derecho, filosofía y sociología, con un enfoque particular en la teoría crítica y la promoción de nuevas perspectivas desde América Latina para lograr un derecho más justo e inclusivo. La revista busca analizar el derecho desde una perspectiva que cuestione el positivismo jurídico tradicional y la visión de las élites para generar transformaciones sociales.

ISSN: 0188-3968. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2019-121014525100-102 Contacto: cri_jur@yahoo.com.mx criticajuridica1@gmail.com www.criticajuridica.org